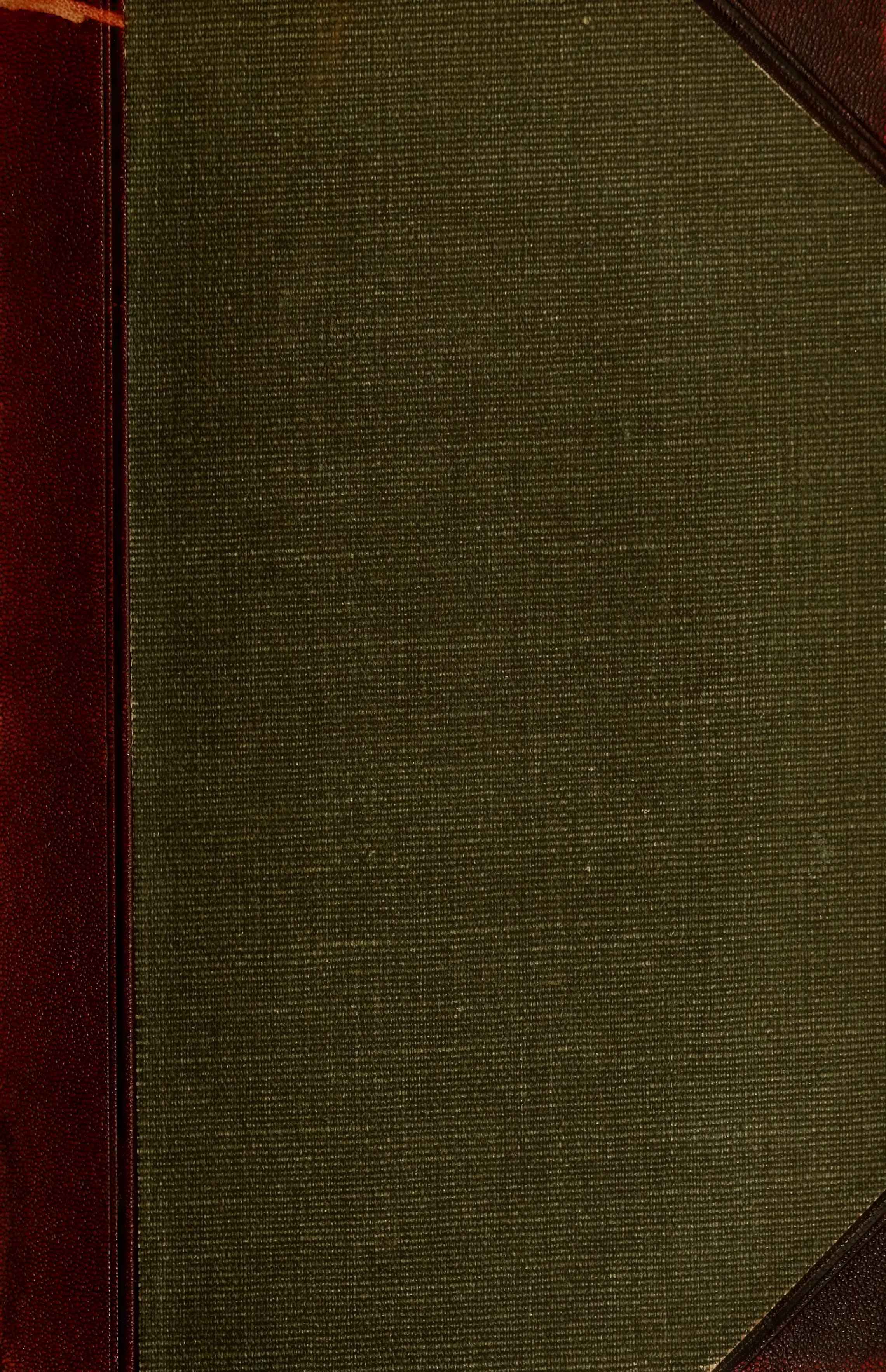



WILBUR L. CROSS LIBRARY
UNIVERSITY OF CONNECTICUT





Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Begründet von Dr. Hugo Neumann.

Herausgegeben von

Dr. Franz Schlegelberger, Kammergerichtsrat, und **Dr. Theodor v. Olshausen,** Regierungsrat.

15. Jahrgang.

Bericht über das Jahr 1916.



Berlin, 1917.
Verlag von Franz Vahlen.
W 9, Linkstraße 16.





Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags: JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Vorwort.

Zum ersten Male erscheint das Jahrbuch des Deutschen Rechtes ohne unseres lieben Freundes und Verlegers letzte sorgsame Prüfung. Friedrich Gebhardt ist am 6. Mai 1917 nach kurzer schwerer Krankheit verschieden. Mit Wehmut und herzlicher Dankbarkeit gedenken wir dieses trefflichen Mannes, dem nächst dem Begründer des Werkes das bleibende Verdienst gebührt, dem Jahrbuche durch mancherlei Fährlichkeit hindurch seinen hervorragenden Platz in der deutschen Rechtswissenschaft gewonnen und gesichert zu haben.

Der fünfzehnte Jahrgang des Jahrbuchs des Deutschen Rechtes legt Zeugnis davon ab, wie sehr trotz der langen Dauer des Krieges die Freude an der Rechtswissenschaft blüht. Nicht Arbeit, sondern Erholung ist dem Juristen wissenschaftliches Denken. Das bestätigt in erfreulicher Weise die große Zahl derer, die trotz anstrengender Tätigkeit im Heeresdienst das Wort ergriffen haben. Andererseits muß offen ausgesprochen werden, daß wir bereits an einem Überreichtum wissenschaftlicher Meinungsäußerungen leiden. Strengere Selbstzucht muß der Veröffentlichung vor der Reife leicht hingeworfener Gedanken mehr als bisher Einhalt tun, um das Gute nicht im Mittelmäßigen zu ersticken. Nur der hingebenden Tätigkeit der Mitarbeiter ist es zu verdanken, daß es gelingen konnte, überhaupt noch eine Übersicht über das Schrifttum des Jahres 1916 zu geben.

Gewaltig war auch die Zahl wichtiger Rechtssprüche. Wer das Jahrbuch zur Hand nimmt und mit der Sorgfalt anwendet, mit der es geschaffen ist, wird über die Fülle der Kriegsentscheidungen staunen, die im Berichtsjahre nicht nur zum Kriegssonderrecht im engeren Sinne — also auf dem Gebiete des Kriegsbuchs — sondern gerade auch auf dem Berichtsgebiete des Jahrbuchs ergangen sind.

Weit später als wir es gewünscht und hoffen durften, können wir diesen Band des Jahrbuchs der Öffentlichkeit übergeben. Wir müssen uns bei dem Bewußtsein bescheiden, daß weder die Herausgeber oder Mitarbeiter noch der Verlag die Verzögerung überwinden konnten. Die ungeheuren Schwierigkeiten der Drucklegung waren uns höhere Gewalt. Daß sie nun doch überwunden sind, gibt uns den Mut, trotz drohender Zunahme der Hindernisse unentwegt weiterzuarbeiten zur Ehre des deutschen Rechtes.

Die Herausgeber.

Vorwort.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Die Herausgeber.

Mitarbeiter des fünfzehnten Jahrganges.

Boschan, Geheimer Justizrat, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch IV (mit Ausnahme des ehelichen Güterrechts), Buch V, EGBGB. und Personenstandsgesetz;

Dr. **Bruck**, Professor, Direktor des Seminars für Versicherungswissenschaft in Hamburg: Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen und Gesetz über den Versicherungsvertrag;

Dr. **Gottschalk**, Rechtsanwalt in Berlin: Patentgesetz; Gesetz, betr. den Schutz von Gebrauchsmustern; Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen; Gesetz, betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst.

Hoepfel, Landgerichtsdirektor in Nürnberg: BGB. §§ 705—811; HGB. §§ 1—406; Gesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaftsgesetz; Wechselordnung und Scheckgesetz;

Dr. **Josef**, Rechtsanwalt und Notar a. D. in Freiburg i. Br.: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit;

Dr. **Levin**, Amtsgerichtsrat in Berlin: BGB. Buch I; Gerichtsverfassungsgesetz und Zivilprozeßordnung;

Dr. **Schaps**, Oberlandesgerichtsrat in Hamburg: HGB. Buch IV; Seerechtliche Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz;

Dr. **Senckpiehl**, Amtsgerichtsrat in Werder a. d. H.: HGB. §§ 407—473; Post-, Telegraphen- und Fernsprechrecht;

Dr. **Sieburg**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: Konkursordnung und Anfechtungsgesetz;

Dr. **Stern**, Amtsrichter in Berlin: BGB. §§ 812—853; Reichshaftpflichtgesetz; Kraftfahrzeuggesetz; Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; Börsengesetz und Bankdepotgesetz; Gesetz zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen sowie Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung;

Heinrich Stern, Rechtsanwalt in Berlin: BGB. §§ 854—1296 und Grundbuchordnung (für den in der zweiten Hälfte des Jahres verhinderten Geheimen Justizrat Dr. Volmer);

Volz, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. §§ 241—704;

Zelter, Justizrat, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin: BGB. Buch IV: Eheliches Güterrecht.

Inhaltsverzeichnis des fünfzehnten Jahrganges.

Nachweis der in den ersten fünfzehn

Jahrgängen bearbeiteten Gesetze.

1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.	9.	10.	11.	12.	13.	14.	15.
1 u. 2 1	1 1	1 1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
2 318	1 755	1 665	529	602	578	575	568	526	553	514	436	405	386	496
—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	422	532
—	2 317	2 134	870	1027	1060	1039	933	974	1074	1214	970	—	429	534
—	—	—	—	—	—	—	—	—	1161	1343	1088	—	437	538
—	2 1	2 1	556	637	600	591	590	544	574	573	476	445	445	564
—	2 269	2 117	655	729	718	699	691	632	687	730	585	524	531	679
—	—	2 121	—	—	722	704	695	638	692	734	589	—	534	685
—	2 336	2 611	879	1038	1072	1048	939	981	1081	1220	975	782	539	541
—	—	—	—	—	—	1169	—	—	1146	1331	—	798	565	560
—	—	—	—	731	—	708	696	—	—	—	—	—	569	563
—	2 274	—	896	—	1086	1063	954	994	1108	1251	996	831	570	686
—	2 297	—	988	—	1112	1090	975	1014	1128	1276	1021	855	583	708
—	—	—	981	—	1129	—	984	—	1137	—	1072	824	595	719
—	—	—	—	—	—	—	—	—	1134	—	1065	824	—	723
—	—	2 632	—	1053	—	1100	—	1022	—	1282	—	863	—	724
—	—	2 645	—	1066	—	1129	—	1064	—	1327	—	878	—	740
—	—	2 648	—	1068	—	1135	—	1070	—	—	1029	—	599	746
—	—	2 667	—	1079	—	1158	—	1085	—	—	1052	—	614	756
—	—	—	—	1078	—	1155	—	1083	—	—	1060	—	619	—
—	—	—	—	1068	—	1167	—	1089	—	—	1059	—	620	—
—	—	2 677	—	1083	—	1165	—	1088	—	—	1064	—	622	—
—	—	—	—	1084	—	—	1005	—	1163	—	1094	—	622	758
—	—	—	—	—	—	—	1031	—	1185	—	1132	—	635	765
3 1	—	2 320	657	736	724	709	698	639	693	738	591	528	693	810
3 16	—	2 336	633	746	737	718	709	656	710	764	616	532	714	852
—	2 361	2 290	771	902	937	894	841	813	893	1013	808	—	867	1043
—	2 478	2 253	800	942	972	—	1151	—	1003	—	887	—	885	1037
—	2 520	2 285	823	960	1009	—	1228	—	1051	—	945	—	939	1065
—	—	176	850	988	—	978	—	864	—	1064	—	650	950	1069
—	2 333	2 172	868	—	1056	—	921	—	1063	—	962	—	1016	1124
—	2 395	2 145	828	962	1020	942	880	924	947	1139	828	720	1025	1128

Abkürzungen.

ABürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
ACivPr. = Archiv für civilistische Praxis.
AfP. = Kaiserliches Aufsichtsamt für Privatversicherung.
AnnVers. = Annalen des gesamten Versicherungswesens.
AÖffR. = Archiv für öffentliches Recht.
AÖstGZ. = Allgem. Österreichische Gerichts-Zeitung.
AssekJahrb. = Ehrenzweigs Assekuranzjahrbuch.
BadNotZ. = Badische Notarszeitung.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankA. = Bank-Archiv.
BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und für Gesellschaften m. b. H.
BayNotZ. = Zeitschrift für das Notariat, für die freiwillige Gerichtsbarkeit und das Grundbuchwesen in Bayern.
BayObLG. = Entscheidungen d. Obersten Landesgerichts f. Bayern in Gegenständen d. Zivilrechts (z. B. BayObLG. 17. 7. 16; 17, 226).
BayRpflZ. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Bl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
BraunschwZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslauAK. = Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau.
BurBl. = Bureaublatt für gerichtliche Beamte.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß . . . Begründet von Busch.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentags.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotV. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
DRAZ. = Deutsche Rechtsanwaltszeitung.
DRZ. = Deutsche Richterzeitung.
DVerkZ. = Deutsche Verkehrszeitung.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung.
DVersicherungsZ. = Deutsche Versicherungszeitung.
EisenbA. = Archiv für Eisenbahnwesen.
EisenbE. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
EisenbVereinsZ. = Zeitung des Vereins deutscher Eisenbahn-Verwaltungen.
ElsLothNotZ. = Notariats-Zeitschrift für Elsaß-Lothringen.
ElsLothZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
ETZ. = Elektrotechnische Zeitschrift.
FischersZ. = Dr. Fischers Zeitschr. f. Praxis und Gesetzgebung d. Verw. f. d. Königr. Sachsen.
FrankfRundsch. = Rundschau für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.
FürsorgeZ. = Zentralbl. f. Vormundschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung.
GenBl. = Blätter für Genossenschaftswesen.
GesuR. = Gesetz und Recht.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewG. (mit Ort, z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GewuKfmG. = Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Monatsschr. d. Verbandes Deutscher GewG. und KfmG.
GewRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
GoldschmidtsZ. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
GruchotsBeitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
GrünhutsZ. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
HansGZ. = Hanseatische Gerichtszeitung (z. B. HansGZ. 16, Beibl. 106).

HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
HirthsAnn. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
HoldheimsMSchr. = Monatsschrift f. Handelsrecht, Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes (die arabische Ziffer bezeichnet den Jahrgang).
JheringsJ. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KfmG. = Kaufmannsgericht.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des KG. in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
KleinbZ. — Zeitschrift für Kleinbahnen.
KrVJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
LeipzZ. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
MasiusRdsch. = Masius' Rundschau des Versicherungswesens.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
MittöffFeuerversAnst. = Mitteilungen für die öffentl. Feuerversicherungsanstalten, Kiel.
MittVerbdPatAnw. = Mitteilungen des Verbandes deutscher Patentanwälte.
MschutzuWettbew. = Markenschutz und Wettbewerb.
NaumburgAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
NiemeyersZ. = Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht.
ÖstZBl. = Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.
OLG. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OVG. = Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts (z. B. OVG. 16.3.16; 69, 264).
PA. = Patentamt.
PBl. — Patentblatt.
PosMSchr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PrJMBl. = Preußisches Justizministerialblatt.
PrVerwA. = Preußisches Verwaltungsarchiv.
PrVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrVolksschulA. = Preußisches Volksschularchiv.
R. = Das Recht. Herausgegeben von Dr. jur. Th. Soergel.
Reger = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, herausgegeben von A. Reger.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (z. B. **RG.** 16. 3. 16; 88, 28).
RG. (Straff.) = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RheinA. = Archiv für das Zivil- und Strafrecht der Kgl. Preuß. Rheinprovinz.
RheinNotZ. = Zeitschrift für das Notariat (Rheinpreußen).
RheinZ. = Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
RuW. = Recht und Wirtschaft.
SächsOLG. = Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsOVG. = Jahrbuch des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts.
SächsRpflA. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
SaskVersZ. = Saskische Zeitschrift für Versicherungswesen.
SchlHolstAnz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffA. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
SozPr. = Soziale Praxis.
SSZ. = Speditions- und Schiffahrtszeitung.
StandesA. = Das Standesamt. Herausgegeben von L. Schmitz.
StB. = Der Standesbeamte.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb.
VA. = Veröffentlichungen des Aufsichtsamts für Privatversicherung.
VA.* = Anhang zu den Veröffentlichungen des Aufsichtsamts (z. B. VA. 16, *45).
Wallmann = Wallmanns Versicherungszeitschrift.
WarnE. = Warneyers Jahrb. der Entscheidungen, Ergänzungsband.
WuRVers. = Wirtschaft und Recht der Versicherung.
WürttJ. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.

WürttRpflZ. = Württembergische Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung.
WürttZ. = Zeitschrift f. die freiw. Gerichtsbarkeit u. die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
WZ. der Zentralmächte = Wirtschaftszeitung der Zentralmächte.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZBlFG. = Zentralbl. f. freiwill. Gerichtsbarkeit u. Notariat sowie Zwangsversteigerung.
ZfdJustSekr. = Zeitschrift für Deutsche Justizsekretäre.
ZIndR. = Zeitschrift für Industrierecht.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
ZfZollw. = Zeitschrift für Zollwesen und Reichssteuern.
ZVölkR. = Zeitschrift für Völkerrecht.

---

* vor dem Autornamen bezeichnet Selbstbericht.
Zeitschriften sind nach dem Kalenderjahr und, wenn dieses den Band nicht zweifelsfrei bezeichnet, nach der Bandzahl angeführt.
Ortsname mit Datum bedeutet Oberlandesgericht (z. B. Dresden 15. 2. 16 = Oberlandesgericht Dresden.)

Bürgerliches Gesetzbuch.

Zur Lehre von den Rechtsquellen. Auslegung im allgemeinen.

Schrifttum: Arndt, Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts bei Gesetzen, JW. 16, 809. — Bendix, Die Rechtspflicht des Schweigens und die Haftung der Rechtsanwälte, SächsRpflA. 16, 369. — Bozi, Am Wendepunkt des Rechts, GruchotsBeitr. 60, 95. — Eltze, Lücken im Gesetz, Begriff und Ausfüllung 1915. — Gieseker-Zeller, Die Rechtsanwendbarkeitsnormen 1914. — Hubrich, Zur Kontroverse über das Kirchenrecht des Allgemeinen Landrechts, VerwA. 24, 472. — Klein, Nachträge zu den „Studien zum Entwurf eines BGB. für Ungarn", ÖstZBl. 34, 196. — Merkl, Das Recht im Spiegel seiner Auslegung, DRZ. 16, 584. — Nußbaum, Theoreme und Wirklichkeit in den allgemeinen Lehren des bürgerlichen R., ABürgR. 42, 143; 154. — Oertmann, Das Bürgerliche Gesetzbuch sonst und jetzt, DJZ. 16, 755. — Sänger, Lücken im Recht, JW. 16, 1308. — Sinzheimer, Ein Arbeitstarifgesetz, 1916. — Schneider, Die Bedeutung der sog. Fiktion im heutigen Recht, LeipzZ. 16, 1089.

Inhaltsübersicht.

I. Zur Lehre von den Rechtsquellen.

1. a) Nußbaum 143, 154 über Gewohnheitsrecht, Gerichtsgebrauch und Verkehrsgebrauch.

b) Gieseker-Zeller, über den Begriff des objektiven Rechts, 62. Objektives Recht ist uns jede verbindliche Willensanordnung, welche unmittelbar den Zweck verfolgt, Konflikte zwischen den Willen mehrerer Subjekte zu schließen. — Die Natur des objektiven Rechts läßt es sehr wohl zu, daß andere Willenssubjekte als der Staat objektives Recht hervorbringen, so die zu einer Gemeinschaft sich verbindenden Staaten oder staatsuntergeordneten Verbände und Einzelpersonen.

2. Zur Frage der Prüfung der Rechtsverbindlichkeit eines Reichsgesetzes durch den Richter. **RG.** 11. 1. 16, JW. 16, 596, SeuffA. 71, 257, WarnE. 16, 141. Verfassungsrechtliche Bestimmungen haben, wie sich aus Art. 78 RV. ergibt, keine stärkere Kraft, als die Bestimmungen irgendeines anderen Reichsgesetzes, sie werden deshalb durch jedes spätere, eine abweichende Vorschrift enthaltende Reichsgesetz ohne weiteres außer Kraft gesetzt. Maßgebend für die Gerichte wie für jede andere Behörde sind deshalb bei Prüfung der Rechtsverbindlichkeit eines Reichsgesetzes, mag es sich um eine Verfassungsänderung handeln oder nicht, diejenigen Bestimmungen der Verfassung, in welchen die Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Reichsgesetzes überhaupt aufgestellt sind, also die Art. 2, 5 und 17. (Betrifft die Gültigkeit des Reichszuwachssteuergesetzes vom 14. 2. 11 nach der Änderung durch § 1 des Ges. v. 3. 7. 13.) Es wird ausgeführt, daß die Gesetze gehörig verkündet sind und die Unterschrift des Kaisers und die Gegenzeichnung des Reichskanzlers tragen. Die Eingangsworte enthalten die Erklärung, daß Bundesrat und Reichstag zugestimmt haben. Durch seine Gegenzeichnung hat der Reichskanzler die Verantwortlichkeit auch dafür übernommen, daß die Gesetze verfassungsmäßig zustande gekommen sind. Damit würde, wenn tatsächlich eine Verfassungsänderung vorliegen sollte, zugleich der

formelle Beweis geliefert sein, daß im Bundesrate die nach Art. 78 Abs. 1 erforderliche Mehrheit vorhanden gewesen war. — Waldecker, JW. 16, 596 weist darauf hin, daß in der Entscheidung die von Laband betonte Bedeutung der kaiserlichen Ausfertigung des Reichsgesetzes übernommen ist. Vgl. **RG.** 9, 235. — Arndt, 809 hält die Beweisführung des RG. nicht für schlüssig; wäre sie richtig, so dürfte das Gericht auch nicht prüfen, ob ein vom König von Preußen ausgefertigtes und verkündetes, von sämtlichen preußischen Ministern unterzeichnetes preußisches Staatsgesetz mit einem Reichsgesetz in Widerspruch steht. A. gelangt zu folgenden Sätzen: Der Richter hat dem Souverän und nur dem Souverän zu gehorchen und dessen souveräne Handlungen, das sind die gesetzgeberischen, zu befolgen. Danach darf er Reichsgesetze nicht auf ihr verfassungsmäßiges Zustandekommen prüfen, wohl aber muß er prüfen, ob Landesrecht dem Reichsrecht und ob Kirchengesetz dem Landesstaatsrecht widersprechen. Breuer, JW. 16, 1110 billigt dies Ergebnis, zeigt aber, daß es zu seiner notwendigen Ergänzung betreffs der Form nach wie vor der Labandschen Theorie bedürfe. Vgl. noch Arndt, JW. 16, 1524.

3. Über Berichtigungen im Reichsgesetzblatt vgl. Lobe, DJZ. 16, 605.

4. Das BGB. im allgemeinen, Oertmann, 755. Das Gesetzbuch hat seine Aufgabe vollbefriedigend gelöst, insbesondere durch die Ausbildung der „elastischen" Sätze im weitesten Umfang; bedeutsame Fortentwicklung des Rechtslebens durch ständige Auslegung zweifelhafter Vorschriften, ergänzende Regelung offengelassener oder doch unvollständig geordneter Fragen.

5. Rechtsvergleichendes. Klein, 196 über ungarisches Recht.

II. Auslegung im allgemeinen.

1. Methode der Auslegung im allgemeinen. a) Sinzheimer, 3, 7 über den doppelten Beruf der Rechtswissenschaft und „legislative" Rechtswissenschaft. Für die Rechtswissenschaft steht neben dem Ideal der Rechtsanwendung das Ideal der Rechtsvollendung. — Die rechtswissenschaftliche Aufgabe gegenüber den vorhandenen sozialen Bestrebungen besteht darin, diese Bestrebungen in ihren rechtlichen Bedingungen mit sich selbst in Einklang zu bringen. Sie nimmt die sozialen Bestrebungen als gegeben hin und legt sich lediglich die Frage vor, welche rechtlichen Formen vorhanden sein müssen, damit sich bestimmte soziale Zwecke ohne Widerspruch und Hemmung verwirklichen können.

b) Mehrere berechtigte Möglichkeiten der Entscheidung. Bendix, 369. Es gibt, was in rationalistischer Einseitigkeit von der herrschenden Methode verkannt wird, grundsätzlich in einer bestimmten Epoche zu ein und derselben Frage mehrere Stellungnahmen, also mehrere gleich „berechtigte" Möglichkeiten der Entscheidung. Diese, aus der Vieldeutigkeit des menschlichen Lebens folgende, in seiner Irrationalität gegründete Mehrdeutigkeit sozialer und rechtlicher Konflikte muß endlich auch auf dem Gebiete der juristischen Methodenlehre unumwunden anerkannt werden.

c) Zur Lehre von der Fiktion. Schneider, 1089 wendet sich dagegen, daß die Fiktion ein unentbehrlicher Bestandteil des juristischen Denkens sei. Der Gesetzgeber könne sie, wenn er ähnliche oder verschiedene Fälle mit derselben Rechtsfolge ausstatte, entbehren. Auch bei der entsprechenden Anwendung des Gesetzes durch den Richter handle es sich um eine Krücke beim Denkvorgange.

2. Begriff und Berücksichtigung der Lücken im Recht. A. Im allgemeinen. a) Bozi, 112. Die Rechtswissenschaft hat die Gesetze der Rechtsentwicklung zu erforschen; der Gesetzgeber hat für den tatsächlichen Rechtszustand den begrifflichen Ausdruck zu finden. Für den Richter ist das Gesetz nach wie vor bindend, aber nur in dem Sinne, daß es für die Zeit des Gesetzeserlasses das wahre Recht widergibt. Darüber hinaus hat es der Rechtsentwicklung Rechnung zu tragen, die sich ständig in neuen Rechtsbildungen verkörpert. Diese neuen Anschauungen aber, wie bisher, dem alten Gesetzgeber rückläufig in den Mund zu legen, ist in Wahrheit eine Unehrlichkeit. —Bei der Rastlosigkeit, mit der unsere Gesetzgeber arbeiten, wird ein veraltetes Gesetz zu den Seltenheiten gehören. Der Richter kann

daher die vorhandenen Gesetze unbedenklich als Ausdruck des gegenwärtigen Rechtes ebenso betrachten und anwenden, wie in den angewandten Naturwissenschaften die allgemein anerkannten Naturgesetze als wahrer Ausdruck des Naturverlaufs unterstellt werden. Kommt der Richter dabei aber zu Ergebnissen, die den Verschiebungen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens nicht gerecht werden, so hat er diesen Verschiebungen nachzugehen und aus ihnen das neue Recht ebenso herauszulesen, wie der Techniker neue Gesetze findet, wenn geänderte Verhältnisse oder auch bisher unbekannte Materialien neue Leistungen verlangen und ermöglichen, oder wie die Auffindung neuer Elemente mit bislang unbekannten Eigenschaften zur Aufstellung neuer Elementenbegriffe, neuer Elementensysteme und Gesetze führen.

b) Elze, 7. Die Vollständigkeit ist Begriffsmerkmal der Rechtsordnung. Eine Rechtsordnung als Ganzes kann niemals Lücken, sondern nur etwa Mängel haben. Wenn man dennoch das Vorhandensein von Lücken im Recht heute allgemein annimmt, so kann dies nur geschehen, indem man dabei nur einen Teil der Rechtsordnung ins Auge faßt. Es ist nicht zu billigen, wenn man schlechthin von „Lücken im Recht" spricht, ohne denjenigen Teil des Rechtes zu bezeichnen, bei dem man Lücken für vorliegend erachtet. Nähere Entwicklung des Begriffs der Lücke im Recht, 8—37: Eine Lücke im Gesetz liegt vor, wenn ein Tatbestand, welchem die Verbindung mit einer Rechtsfolge im Gesetz fehlt, nach außergesetzlichem, zwischen den Parteien geltendem und vom Gesetz geduldetem Recht mit einer bestimmten Rechtsfolge verbunden ist. (Voraussetzung des Geltens des außergesetzlichen Rechtes ist, daß es einem gemeinsamen Grundsatz entspricht, einer Vorschrift, die von mehreren als über ihrem Einzelwollen stehend anerkannt wird. Es genügt, daß diese Vorschrift den Parteien gemeinsam ist, 33, 34.)

c) Hubrich, 472 verteidgt die „Lückenlosigkeit der objektiven Rechtsordnung" Begrifflich-richtig kann als „wirkliches" oder „geltendes" Recht nur angesehen werden, was aus einer für die Gesetzesuntertanen nach Maßgabe der betreffenden Rechtsordnung wirklich mit Gehorsamsanspruch ausgestatteten Rechtsquelle fließt und sich der äußeren Erscheinung nach als Wille gültig zustandegekommenen Gesetzes- oder Gewohnheitsrechts darstellt. Die Praxis der Organe der richterlichen oder der vollziehenden Gewalt muß sich selbst zu unbeanstandbarem Gewohnheitsrecht ausgebildet haben, wenn sie sich den Charakter von „wirklichem" oder „geltendem" Recht vindizieren will. — Auch die ganze objektive Rechtsordnung ist an sich eine mit unbedingtem Verbindlichkeitsanspruch ausgestattete, vom Gesichtspunkte der Einheit beherrschte, lückenlose originäre Ordnung für die ganze konkrete Willenswelt der Gesetzesuntertanen. Daß die hiermit vertretene Theorie von der Einheitlichkeit und Geschlossenheit der Rechtsordnung gerade dem modernen deutschen Rechte entspricht, zeigt genugsam allein schon der § 1 GVG.: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt."

Vgl. hierzu Elze, 54. Der § 1 GVG. bestimmt nur dies eine: an das Gesetz ist der Richter gebunden; wo das Gesetz die Rechtsfolgen bestimmt, darf der Richter keine anderen Rechtsfolgen festsetzen. Da aber das BGB. (und fast alle deutschen Gesetze mit Ausnahme des RStrGB. (§2)) die Anwendung außergesetzlichen Rechts nicht verbieten, so ist die Anwendung außergesetzlichen Rechtes auch dem deutschen Richter nicht verboten, und daraus, daß er allgemein zur Rechtsprechung berufen ist, sowie noch aus den besonderen Bestimmungen des Art. 3 RVerf. und § 16 GVG. ergibt sich, daß er außergesetzliches Recht nicht nur anwenden darf, sondern auch anwenden muß. Sänger, 1310. In einem anderen Sinne darf man vielleicht die Rechtsordnung als lückenlos bezeichnen, insofern nämlich, als das Gebot ein wesentlicher Bestandteil der Rechtsordnung selbst ist, daß der Richter für jeden vor ihn gebrachten Streitfall eine Entscheidung geben muß. Indem auch dieser Satz, der das Gebot an den Richter enthält, die Lücken des positiven Rechtes gerecht und vollständig auszufüllen, ein Teil der Rechtsordnung ist, darf man wohl das System der Rechtsordnung als einen geschlossenen Kreis bezeichnen, als ein Gebilde, bei dem einen sehr wesentlichen, dem übrigen durchaus ebenbürtigen Teil die richterliche Lückenausfüllung bildet.

B. Wesen der Lückenausfüllung und Auffindung des Lückenrechts. Elze, 49—71. War ein Tatbestand nicht bereits im Augenblicke seines Eintretens mit einer bestimmten Rechtsfolge verbunden, so kann er auch nachträglich nicht durch den Richter mit einer Rechtsfolge verbunden werden, sondern liegt für immer im rechtsleeren Raum. — In § 1 SVG. ist die Frage, nach welchem Recht der Richter in Lückenfällen zu entscheiden habe, weder unmittelbar noch mittelbar geregelt (56). — Die Entscheidung kann nicht in Anlehnung an das Gesetz gesucht werden; sowohl die „Tatsachenanalogie" wie die „Interessenanalogie" ist abzulehnen (57—62). — Das Lückenrecht ist unabhängig vom Gesetz aufzufinden. Als taugliches Mittel hierzu sind aber „Verkehrsanschauungen" oder „herrschende Anschauungen" (Standpunkt der sog. soziologischen Jurisprudenz) nicht anzuerkennen. Die Freirechtsbewegung ihrerseits verkennt, daß die bestimmte Rechtsfolge des Lückenfalles im Augenblick seines Eintretens schon objektiv feststehen muß, damit der Fall überhaupt ein Lückenfall ist und nicht in den rechtsleeren Raum fällt. Soweit die Freirechtler aber etwa das freie Ermessen des Richters als Maßstab für die Entscheidung von Lückenfällen aufstellen, so ist damit überhaupt keine Methode der Findung des Lückenrechts angegeben. Denn es ist nicht angegeben, wie denn der Richter sein Ermessen bilden solle (66). — Der alleinige Maßstab der Richtigkeit der Entscheidung eines Lückenfalles ist, daß die Entscheidung einer über den Parteien stehenden, einer von den Parteien anerkannten Norm entspricht. Nur, wenn sie dies tut, ist sie Entscheidung nach geltendem Recht. Eine allgemeine Anleitung, wie diese den Parteien gemeinsame Norm zu ermitteln sei, läßt sich überhaupt nicht geben. — Daß aber ein gemeinsamer Grundsatz sich immer finden lassen muß, ergibt sich aus der Natur des Rechtes als eines sozialen, eines verbindenden Willens (71).

Sänger, 1312. Wenn die Frage aufgeworfen wird, nach welchen Grundsätzen, nach welchen logischen und ethischen Prinzipien der Richter bei dieser Tätigkeit vorzugehen hat, auf welche Weise er die erforderlichen Werturteile zu finden bestrebt sein muß, so gibt es nur eine mögliche Antwort: „Er hat zu verfahren, wie ein Gesetzgeber an seiner Stelle verfahren würde." — Nur muß — zugegeben werden, daß die Lehre, der Richter müsse bei dieser Tätigkeit „wie ein Gesetzgeber" verfahren, keine klare Antwort, sondern nur eine Verweisung enthält, denn auch wie ein Gesetzgeber zu verfahren hat steht keineswegs fest. — Es gibt keine Erwägung ethischer, wirtschaftlicher, soziologischer Natur, die für alle Tatbestände bei der Rechtsfindung ausschließlich zu berücksichtigen wäre, vielmehr gilt sowohl für den Gesetzgeber als für den rechtfindenden Richter, daß der Gesetzgeber bei der Bildung seiner Werturteile, bei der Abwägung der Rechtsschutzinteressen alle überhaupt möglichen Erwägungen anzustellen verpflichtet ist. — Allein der Wille der Allgemeinheit ist es, der eine jede Rechtsordnung trägt, und es muß deshalb auf das entschiedenste einer jeden Bestrebung entgegengetreten werden, welche einen sicheren Weg zur Erforschung und Erfassung des Allgemeinwillens durch einen weniger sicheren ersetzen will.

3. Aus der Rechtsprechung. a) OVG. 7. 10. 15, JW. 16, 1033, PrVerwBl. 37, 521, R. 16, 376. Für die Auslegung der Gesetze, insbesondere auch der Lokalgesetze, entscheidet in erster Linie der gemeinverständliche Sinn der Worte, und ein Zurückgehen auf die mutmaßlichen Absichten des Gesetzgebers ist ausgeschlossen, sofern die Bedeutung der gewählten Worte zu Zweifeln keinen Raum gibt (OVG. 10. 3. 97; 31, 50). Versehen der Redaktion lassen sich nicht einfach durch die Behauptung, daß es nur Versehen seien, aus der Welt schaffen, und es ist nicht die Sache der Gerichte, solche Versehen zu heilen.

b) Hamburg 29. 10. 13, HansGZ. 16, Beibl. 173. Das erkennende Gericht huldigt der Auffassung, daß es Pflicht des Richters ist, wenn mehrere Auslegungen des Gesetzes möglich sind, diejenige Auslegung zu wählen, die den Bedürfnissen des Verkehrs und der kulturellen Entwicklung am besten gerecht wird. Die Frage, welche Absichten von Personen geäußert sind, die bei der Erlassung des Gesetzes mitgewirkt haben, hat unter Umständen demgegenüber in die zweite Linie zurückzutreten. (Betraf eine Klage aus § 906, die vom **RG.** 6. 5. 14 a. a. O. anders entschieden ist.)

c) **RG.** 13. 11. 15, LeipzZ. 16, 454 und hierzu Zieger a. a. O. Die ent-

sprechende Anwendbarkeit einer Ausnahmevorschrift ist davon abhängig, ob im gegebenen Falle diejenigen besonderen Rechtserwägungen zutreffen, die zu der Ausnahmevorschrift geführt haben und die ihre innere Berechtigung erweisen. (Betraf § 41 GO.)

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen.

Schrifttum: Delius, Die rechtliche Stellung der sog. Kriegsfreiwilligen, R. 16, 120. — Dickel, Forstzivilrecht. — Josef, Zur Bestimmung des Umfangs der Vertretungsbefugnis des Vormunds, AZivPr. 114, 382. — Jung, Zivilrechtlicher Rechtsschutz gegen behördliche Verleihung bestehender Familiennamen, AZivPr. 114, 341. — Holbein, Gesetzliche Geburtstagsfolgen (Welche Rechten und Pflichten erwirbt und verliert Mann und Frau im Frieden und Kriege nach privatem und öffentlichem Reichsrechte und Großherzoglich Sächsischem Landesrechte vom 1. bis 80. Geburtstage?), Jena 1915. — Mantey, Wirkungen der Todeserklärung und ihrer Aufhebung, DNotV. 16, 497. — Zeiler, Vorname und Firmenrecht, DNotV. 16, 195 und Fremdländische Vornamen, JW. 16, 1399. — Über Kriegsverschollenheit vgl. zu § 15.

§ 6.

1. Voraussetzungen der Entmündigung wegen Geistesschwäche und Geisteskrankheit. Karlsruhe 31. 3. 15, BadRpr. 16, 116. Wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat, kommt es bei der Anwendung des § 6 Nr. 1 darauf an, ob der Kranke infolge von Geisteskrankheit oder Geistesschwäche außerstande ist, seine Angelegenheiten in ihrer Gesamtheit zu besorgen. Ein derartiges Unvermögen setzt aber begrifflich nicht voraus, daß der Kranke keine einzige seiner Angelegenheiten zu besorgen vermag. Die Entmündigung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der zu Entmündigende zur Besorgung gewisser Angelegenheiten — sei es wegen ihrer Einfachheit, sei es infolge der erlangten Übung oder aus anderen Gründen befähigt ist. (Im gegebenen Falle wurde die Entmündigung gebilligt, nachdem festgestellt, daß der Kranke zwar ein Maklergeschäft und Landwirtschaft von geringem Umfange vernünftig betreiben konnte, aber seine Prozesse als seine wichtigsten Angelegenheiten betrachtete und behandelte.) — Vgl. auch zu § 104, 1.

2. Über die Stellung des Entmündigten im Strafverfahren. Falck, R. 16, 340. Da der Entmündigte Gegenstand der Strafverfolgung und Strafvollstreckung sein kann, so muß er auch ohne weitere Vorbedingungen das Recht haben, sich hiergegen zu verteidigen und die ihm geeignet erscheinenden Anträge bei Gericht und Staatsanwaltschaft zu stellen. Vgl. Breslau 25. 3. 13, JW. 13, 960.

3. Über Gesetzgebungsfragen zu § 6 Nr. 2 und 3 vgl. *Klein, ÖstZBl. 35, 126 ff.

§ 7.

1. Begriff des Wohnsitzes. **RG.** 23. 9. 16, R. 16, Nr. 2053, WarnE. 16, 442. Unter ständiger Niederlassung ist zu verstehen ein durch einen nicht bloß vorübergehenden Aufenthalt einer Person an einem Orte und durch die Verknüpfung der Lenkung und Leitung der Angelegenheiten der Person mit dem Orte hergestelltes Zustandsverhältnis, wonach der Ort den Mittelpunkt der Lebensverhältnisse der Person bildet. Es muß also der Wille der betreffenden Person auf die Herstellung eines solchen Zustandsverhältnisses gerichtet gewesen sein, und dieser Wille muß durch Vornahme entsprechender Handlungen auch seine tatsächliche Verwirklichung gefunden haben (**RG.** 8, 147; 15, 367; 30, 348; JW. 95,265. — Betraf die Begründung eines Wohnsitzes seitens eines aus dem Ausland Heimgekehrten zu den Fahnen einberufenen Deutschen).

2. Über das Verhältnis der Landesjagdgesetze zu §§ 7ff.: *Dickel, 73ff. Die Landesgesetzgebung kann den Wohnsitz anders bestimmen, z. B. Wohnsitz bei einem Forstbeflissenen während seiner Studienzeit am Sitze der Forstakademie bestimmen. Im Zweifel aber ist dies nicht anzunehmen (S. 75).

3. Über Aufenthaltsverbot und Wohnsitzbegründung vgl. *Klein, ÖstZBl. 35, 127.

§ 8.

1. **Begründung eines Wohnsitzes für den Mündel durch den Vormund.** a) Josef, 406. Die Unterbringung des geisteskranken Mündels in die Heilanstalt durch den Vormund begründet, selbst wenn sie als dauernd beabsichtigt ist, keinen Wohnsitz des Mündels am Sitz der Anstalt; denn der Vormund ist weder rechtlich in der Lage, noch hat er tatsächlich einen Anlaß, dem Geisteskranken einen „Mittelpunkt der Verhältnisse und seiner Tätigkeit" zu bestimmen, da nicht der Mündel, sondern der Vormund die Verhältnisse des Mündels regelt und für ihn tätig ist. Der Geisteskranke behält also den Wohnsitz, den er vor der Unterbringung in die Anstalt hatte, und falls der Vormund diesen (etwa durch Auflösung der Wirtschaft des Mündels) aufgegeben hat, ist das Gericht, in dessen Bezirk die Anstalt liegt, Gericht des Aufenthalts (§§ 36, 73 FGG., § 16 ZPO.).

b) Rostock 1. 6. 15, OLG. 32, 329. Der Wille, der Mündel solle sich an einem bestimmten Orte ständig niederlassen, muß erkennbar zum Ausdruck gelangen, es muß ein objektives Merkmal für die Willensrichtung des Vormundes vorhanden sein. (Verneint im gegebenen Falle, da es sich lediglich um die Erfüllung einer durch Ortsstatut im Steuerinteresse gebotenen Anmeldepflicht — nach Ablauf von 3 Monaten handelte. — Ferner für nicht genügend erachtet die Unterbringung zu Pflege- und Erziehungszwecken, obwohl der Mündel am Orte seit 4 Jahren mit Zustimmung des Vaters erzogen wurde.) Vgl. JDR. 14, Nr. 2 und OLG. 33, 19.

2. BayObLG. 3. 5. 15, JDR. 14, Nr. 1 jetzt auch BayObLG. 16, 90.

§ 9.

1. a) Dronke, JW. 16, 561 gibt eine Zusammenstellung des Wohnsitzes der verschiedenen Militärpersonen.

b) Colmar 5. 7. 16, DJZ. 16, 1180, OLG. 33, 386. Der Wohnsitz des Garnisonortes bleibt trotz Versetzung während des Krieges, wenn die anderweitige Verwendung der Militärperson nur die Bedeutung einer bloßen Abkommandierung hatte. Vgl. Nr. 4.

2. **Zum Begriff der Militärpersonen.** München 25. 1. 16, LeipzZ. 16, 564, OLG. 32, 299, R. 16, 139, SeuffA. 71, 177. Die vom RGRKomm. zu § 9 Abs. 1 angenommene Anwendbarkeit für alle in § 38B RMilG. aufgeführte Militärpersonen beruht auf der vermeintlichen Gleichstellung des aktiven Heeres mit den Berufssoldaten. Diese wird aber durch die Klasseneinteilung des § 38B selbst widerlegt; denn a und d umfaßt die Berufssoldaten, c) die ausgehobenen Rekruten. Ein Landsturmmann steht, weil in Kriegszeiten einberufen, den im Frieden ausgehobenen Rekruten bezüglich der „Dienstpflicht im aktiven Heere" gleich (§ 109 WehrO.). Er gehört zwar dem aktiven Heer an, ist aber kein Berufssoldat, sondern dient zur Erfüllung der Wehrpflicht.

3. **Insbesondere der Wohnsitz der Kriegsfreiwilligen.** a) Delius, R. 16, 120. Weil der § 9 BGB. auf ihn nicht zutrifft, behält der Kriegsfreiwillige, welcher ja nur für die Kriegsdauer, also nur vorübergehend, Soldat ist, seinen bisherigen Wohnort, sofern er nicht einen anderen Ort dazu macht.

b) KG. 28. 10. 15, DJZ. 16, 139, JW. 16, 211. KGJ. 48A, 74. Der Umstand, daß für die Wehrpflicht im Kriege besondere Vorschriften gelten (§§ 19, 20, 96 WehrO.), schließt nicht aus, daß auch im Kriege der Heeresdienst „nur zur Erfüllung der Wehrpflicht" geleistet wird. Die Vorschrift, daß Militärpersonen ihren Wohnsitz am Garnisonorte haben, findet daher auf Kriegsfreiwillige keine Anwendung. (Es wird darauf hingewiesen, daß § 9 Abs. 2 Halbs. 1 BGB. dem § 14 Abs. 2 ZPO. a. F. entspricht und die letztere reichsgesetzliche, vorweg bereits in das RG. v. 2. 5. 74 aufgenommene Bestimmung sich an den gemeinrechtlichen von Wetzell, System (3), 491 übermittelten Grundsatz anschloß, wonach der Gerichtsstand des Garnisonortes nur für Berufssoldaten gelten sollte.) — Ebenso Stuttgart 29. 9. 16, R. 16, 630. Vgl. JDR. 14, 2a u. b.

4. **Garnisonort und Wohnsitz der während des Krieges neu aufgestellten Heeresformationen.** Verf. des preuß. Kriegsministers v. 27. 2. 16,

JMBl. 16, 56, § 2 Abs. 2; — mangels anderweiter Bestimmung wird eine Änderung des ursprünglichen für den Wohnsitz maßgebenden Garnisonorts nicht dadurch begründet, daß ein Heeresangehöriger während des Krieges bei einer anderen Formation Verwendung findet.

§ 10.

1. Entsprechende Anwendung der Vorschrift des Satz 2 auf Konsulargerichtsbezirke. **RG.** 25. 6.45; 87, 129, HansGZ. 16, Hptbl. 9 u. Beibl. 193. Es kommt auf die Umstände des Falles an, nicht darauf, wo der Beklagte seinen Wohnsitz oder seine Niederlassung, seinen Aufenthalt hat. — Die Frau wird dem Manne nicht zu folgen brauchen, — wenn der Mann sich nach China begibt, mag es auch innerhalb eines Konsularbezirks sein. Wenn dagegen die Eheleute — in Peking wohnen und der Ehemann — seinen Wohnsitz verlegt, dann wird bei entsprechender Anwendung jener Vorschriften die eine oder die andere Alternative gelten, je nachdem der neugewählte Ort innerhalb desselben Konsulargerichtsbezirks liegt oder außerhalb irgendwo im Auslande.

2. Über den Wohnsitz der Frau bei bigamischer Ehe. Riezler, JheringsJ. 66, 436.

§ 11.

1. Einfluß der Scheidung auf den abgeleiteten Wohnsitz des Kindes. BayObLG. 9. 6. 16, LeipzZ. 16, 1320, R. 16, Nr. 1443. Von der Sorge für die Person nach § 1631 BGB. ist die Befugnis, einen Wohnsitz für das Kind zu begründen, zu unterscheiden. Diese bleibt auch im Falle der Scheidung der Ehe aus seinem alleinigen Verschulden dem Vater. — Aus der Tatsache allein, daß der Mann sich in die gesetzliche Regelung nach § 1635 BGB. fügte, kann nicht geschlossen werden, daß er sich mit der Beibehaltung des Wohnsitzes des Kindes einverstanden erklären wollte.

2. Änderung des abgeleiteten Wohnsitzes. a) BayObLG. 24. 2. 16, R. 16, Nr. 889. Bei einer Korbflechterswitwe mit unstetem Aufenthalt ist nicht anzunehmen, daß sie für ihre minderjährigen, nicht bei ihr befindlichen Kinder einen selbständigen Wohnsitz begründet hat.

b) BayObLG. 9. 8. 16, R. 16 Nr. 1833. Die Tatsache des Aufenthalts in auswärtigen Dienstplätzen enthält allein noch keine Ersetzung des abgeleiteten Wohnsitzes durch einen in selbständiger Weise neubegründeten Wohnsitz.

c) Kiel 15. 7. 16, SchlHolstAnz. 16, 153. Die Aufgabe des Wohnsitzes durch den Vater bewirkt noch nicht den Verlust des abgeleiteten Wohnsitzes für die Kinder.

§ 12.

I. Schreibweise des Namens. 1. Langjährige Übung. BayObLG. 11. 2. 16, OLG. 32, 330, R. 16, 259. In Bayern kann nach dem öffentlichen Rechte durch langdauernde Übung ein Name nicht erworben werden; auch dem bayer. Landrecht ist die Ersitzung von Familiennamen fremd. Da aber erfahrungsgemäß die meisten Familiennamen durch tatsächliche Übung entstanden sind, begründet der Nachweis des langjährigen unbeanstandeten Gebrauchs eines Namens die (entkräftbare) Vermutung, daß der Gebrauch mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt. Diese Vermutung trifft bei der Gleichheit der Rechtslage nicht nur zu, wenn es sich um die Feststellung des Namens als solchen handelt, sondern auch, wenn die Feststellung nur die Schreibweise zum Gegenstande hat.

2. BayObLG. 24. 9. 15 über das Vorwort „von" im hergebrachten Namen. JDR. 14, Nr. 4b jetzt auch BayObLG. 16, 121.

II. Namensänderung. 1. Änderung des Vornamens. Zeiler, DNotV. 16, 195. Was als Ergebnis einer längeren Entwicklung zur heutigen Übung und zu geltendem Recht geworden ist: die Unveränderlichkeit des der Person von Rechts wegen zustehenden Familiennamens (derart, daß zur Änderung eine Erlaubnis der Behörde gefordert wird), dieses Ergebnis kann nicht zugleich in demselben weiten Maße für den Vornamen anerkannt werden. (Daher wird die Berechtigung zur Übersetzung des Vornamens aus einer fremden

Sprache verteidigt.) Ebenso Zeiler, JW. 16, 1399. Gegenüber etwaigen Unzuträglichkeiten ließe sich ein Ausgleich und Vorbeugungsmittel dahin treffen, daß jemand, der sich entschlossen hat, eine von der eingetragenen abweichende Vornamensform zu führen, von der Behörde (etwa vom Amtsgericht) anzuhalten wäre, in öffentlich beglaubigter Form die Erklärung abzugeben, wie er künftig seinen Vornamen im geschäftlichen Verkehr führen wolle. Diese Aufforderung könnte von Amts wegen geschehen oder auf Antrag eines irgendwie Beteiligten.

2. Delius, GesuR. 17, 215. Eigenmächtige Änderung des Familiennamens. Annahme eines Adelsprädikats. Führung eines Decknamens (Pseudonym).

3. Behördliche Genehmigung. a) Rechtsschutz gegen behördliche Verleihung bestehender Familiennamen. Jung, 344. Die Klage aus § 12 ist nicht schon um deswillen ausgeschlossen, weil die Behörde dabei in Ausübung der ihr übertragenen öffentlich-rechtlichen Amtshandlungen handelte und deswegen der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen ist. Der öffentliche Akt erfolgt gegenüber dem um Namensänderung Nachsuchenden, in keiner Weise gegenüber dem, der sich durch die Namensverleihung beschwert fühlt. Bis zur Verleihung kann der berechtigte Namensträger die Klage aus § 12 gegen den Beamten anstellen, 345. — Im Erwirken der Namensverleihung liegt das unbefugte Gebrauchmachen im Sinne des § 12 Halbs. 2. — Das Urteil gegen den neuen Namensträger würde lauten auf Beseitigung der Beeinträchtigung, die darin liegt, daß der neue Träger den fremden Familiennamen erworben hat. Der Namensträger muß sein Möglichstes tun, um die Behörde zu einer erneuten Änderung zu veranlassen, 350.

b) Führung des Adelszeichens. KG. 15. 10. 15, KGJ. 48 A 57. Nicht nur, wenn ein Adliger einen Bürgerlichen, sondern auch, wenn ein Adliger einen Adligen an Kindes Statt annimmt, geht nach preußischem Rechte (wie auch nach dem im Königreich Sachsen geltenden) Rechte die Adelsbezeichnung des Annehmenden nicht ohne weiteres, sondern nur kraft besonderer landesherrlicher Verleihung auf den an Kindes Statt Angenommenen über.

c) Gemeines Recht. Frankfurt 25. 5. 14, FrankfRdsch. 49, 144 über das Erfordernis behördlicher Genehmigung zur Namensänderung nach gemeinem Recht, allgemeinem Landrecht, den preußischen Kabinettsorders von 1816 und 1822. Die landesherrliche Genehmigung kann stillschweigend erfolgen oder durch Gewohnheitsrecht (Observanz) ersetzt werden.

d) Namensänderung für Bräute und uneheliche Kinder gefallener Kriegsteilnehmer. ZBlVormundsch. 16, 137. Rundschreiben des preuß. Ministers d. J. v. 15. 12. 15. Wenn an der Ehrlichkeit des Verlöbnisses und der ernsten Absicht der Eheschließung keine Zweifel bestehen und die nächsten Verwandten des Gefallenen damit einverstanden sind, kann dem Antrage verlobter Mädchen auf Führung des Namens des Verlobten und auf Erteilung der Erlaubnis, einem aus dem Verlöbnis hervorgegangenen Kinde den Namen des unehelichen Vaters zu geben, stattgegeben werden. Ebenso die badischen Erlasse vom 7./28. 7. und 11. 8. 16 über die Führung der Bezeichnung Frau und des Familiennamens des Verstorbenen an Verlobte und Kinder (ohne das Erfordernis der Zustimmung der Verwandten).

e) Über Verwechslung der Namenserteilung mit Vaterschaftsanerkennung vgl. Haberling, HessRspr. 17, 236 zu § 1706 BGB.

III. Übertragung des Namensrechts. **RG.** 21. 9. 15; 87, 147. Wenn der Erfinder eines Stoffes jemandem das Recht eingeräumt hat, den Stoff im gewerblichen Verkehr mit seinem Namen zu bezeichnen, so kann dieser gegen Dritte Ersatzansprüche wegen Beeinträchtigung seines Rechts so wenig wie nach § 14 WarZG., auf Grund des § 12 BGB. geltendmachen, da auch das Namensrecht wie das Warenzeichen ein absolutes Recht ist und der Substanz nach überhaupt nicht auf einen anderen übertragen werden kann. (Ob Rechte aus der Person der Vertragspartei geltend gemacht werden können, ist im gegebenen Falle nicht näher untersucht, weil jene solche Rechte nicht mehr hatte.)

IV. Über das Verhältnis des § 12 zu § 37 HGB. **RG.** 29. 9. 16; 88, 421, LeipzZ. 16, 1429. Wenn das OLG. ausspricht, daß die beklagte Aktiengesellschaft die Worte „Abteilung A. Maier jun., früher E. Müller" zur Bezeichnung eines tatsächlich gesonderten, rechtlich aber unselbständigen Teiles ihres Gewerbebetriebs verwendet, so ist damit zugleich festgestellt, daß sie diese Worte als Geschäftsbezeichnung, als sog. Etablissementsnamen, gebraucht. Auch dieser Gebrauch des Familiennamens des Klägers ist unbefugt und auf Grund § 12 zu vertreten, wenn die Bekl. nicht ein besonderes Recht auf den Gebrauch des Namens Maier erworben hat. Vgl. im übrigen unten Ziff. 5 zu § 37 HGB.

V. Öffentliches Recht. Laue, PrVerwBl. 37, 559. Die Befugnis, dem fraglichen Straßenzuge die Bezeichnung Hindenburgstraße beizulegen, steht ausschließlich der Ortspolizeibehörde zu. Die Genehmigung des Generalfeldmarschalls v. H. ist nicht erforderlich. Selbst wenn man mangels einer ausdrücklichen Genehmigung in der Straßenbezeichnung einen unbefugten Namensgebrauch erblicken wollte, so ist doch keinerlei Interesse ersichtlich, dessen Verletzung das notwendige zweite Erfordernis eines Rechtsschutzes bildet.

§ 14.

1. Stern, GruchotsBeitr. 60, 555. Für den Fristbeginn entscheidet der Nachrichteneingang, nicht der Nachrichteninhalt.

2. Hamburg 12. 10. 16, HansGZ. 16, Beibl. 288. Der Zeitpunkt des Todes eines für tot Erklärten ist, wenn er das 70. Lebensjahr überschritten haben würde, auf das Ende des fünften Jahres nach der letzten von ihm eingegangenen Nachricht festzusetzen.

§ 15.

Schrifttum: Wegen des Schrifttums zur Kriegsverschollenheit vgl. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 3, 129ff. An dieser Stelle ist lediglich hinzuweisen auf die Abhandlungen von Dronke, JW. 16, 632; Fürnrohr, DJZ. 16, 332; Hoffmann, DJZ. 16, 619; Kretzschmar, SächsRpflA. 16, 209; Lafrenz, R. 16, 505; Lemme, R. 16, 372 (hierzu Stern, 508); Lenel, DJZ. 16, 28; v. Miltner, LeipzZ. 16, 728; v. Olshausen, JW. 16, 642; Riezler, BayRpflZ. 16, 181; Schmidt, Die Rechtsverhältnisse der Vermißten usw., Berlin 1916; Sommer R. 16, 417; Stern, GruchotsBeitr. 60, 545; Weyl, DJZ. 16, 617, von denen die Zusammenhänge mit dem allgemeinen bürgerlichen Recht der §§ 15ff. besonders Dronke, v. Miltner, Schmidt und Stern behandeln. — Über Kriegsverschollenheit und Kriegsbehinderung in der Sozialversicherung und ihre Bedeutung für die Jugendfürsorge vgl. Jäger, ZBlVormundsch. 16, 144.

Muß das Vermißtsein auf dem Kriegsschauplatz eingetreten sein? Gegen die von der herrschenden Meinung vertretene Bejahung der Frage wenden sich Dronke (634) und v. Miltner (728). Dronke: Schon rein sprachlich ist diese örtliche Bezeichnung, im Gegensatz zu der sachlichen Verknüpfung in dem Ausdruck „während" nicht enthalten. Die Gefahr des spurlosen Verschwindens aus Ursachen, die mit dem Kriege und den durch ihn geschaffenen Verhältnissen und veranlaßten Maßnahmen zusammenhängen, besteht aber sowohl bei den fern vom Kampfplatze festgenommenen Zivilgefangenen als auch bei den aus dem Kampfgebiete fortgeführten Kriegsgefangenen in kaum geringerem Maße als auf den verschiedenen Kriegsschauplätzen. Man denke nur an Dahome oder Sibirien und an die englischen Konzentrationslager. Ebenso kann ein am Kriege teilnehmendes Schiff außerhalb des Kampfgebietes auf See in Verschollenheit geraten. — Nach dem Gesagten ist es nicht undenkbar, daß ein deutscher Kriegsteilnehmer im Inland in Kriegsverschollenheit gerät, z. B. auf dem Marsche oder bei der Bewachung eines Gefangenenlagers. Ebenso Schmidt (34) u v. Miltner: Wenn in dem Zusammenhang zwischen Kriegsteilnahme und Vermißtwerden auch ein räumliches Moment enthalten ist, — so wird dieses Moment doch nur in dem räumlichen Wirkungsbereich der dem Kriege eigenen Gefahren zu suchen sein. Der Bereich dieser Gefahren ist aber ausgedehnter als der Kriegsschauplatz selbst. Ein noch weit im Inlande befindlicher Truppentransport kann z. B. von einem verirrten feindlichen Flugzeug angegriffen werden mit der Wirkung eines Unfalles oder einer Panik, infolge deren einzelne vermißt werden. Dagegen wird eine Kriegs-

verschollenheit nicht entstehen können, wenn ein in die Heimat beurlaubter Soldat dort bei einer Überschwemmung oder einem großen Brande verschwindet; denn es handelte sich nicht um eine Kriegsgefahr.

Für die herrschende Meinung auf Grund der Entstehungsgeschichte, namentlich im Hinblick auf das Vorbild des preuß. Ges. v. 2. 4. 72 (GS. 341) Stern 551, der aber aus dem Inhalt des § 1 KrVerschV. v. 18. 4. 16 herleitet, daß hier nur ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Vermißtsein und der Teilnahme am Kriege erforderlich sei.

§ 18.

1. Mantey, DNotV. 16, 497. § 1. Qualitativ kein Unterschied zwischen Gegenbeweis gegen die Richtigkeit der Todeserklärung und deren Aufhebung infolge Anfechtungsklage (499). — § 2. Fälle, in denen die Wirkung der Todeserklärung bei Fortleben der für tot Erklärten sich weiter erstreckt als auf eine bloße Vermutung des Todes. — Ausnahmsweise rechtsvernichtende Kraft der Todeserklärung (507). — § 3. Praktische Einzelfragen (Miete und Pacht — Eheliche Abstammung — Annahme an Kindes Statt, 523).

2. Stern, 573. Übersicht über die Wirkungen der Todeserklärung und ihrer Aufhebung. — Schuldverhältnisse 574. — Sachenrecht 576. — Familienrecht 577. — Erbrecht 584.

3. Stern, 568. Ist die (vermutliche) Todeszeit nur dem Tage nach festgestellt, so hat nach § 18 Abs. 3 BGB. das Ende des Tages als Zeitpunkt des Todes zu gelten. Diese fingierte Todesstunde ist aber nicht ins Ausschlußurteil aufzunehmen (§ 970 Abs. 2 ZPO.).

§ 19.

Verhältnis der Lebensvermutung zur Todeserklärung. Stern, 559. Wer sich auf die Lebensvermutung beruft, hat nur zu beweisen, daß der Verschollene gelebt hat und daß er verschollen ist, daß also die Lebensvermutung überhaupt in Kraft getreten ist. Nicht dagegen braucht er auch zu beweisen, daß die Verschollenheit in bestimmter Art (Kriegsverschollenheit) und zu bestimmter Zeit begonnen hat. Das Gericht hat dann die Frage, ob der Verschollene einen gewissen Zeitpunkt erlebt hat oder nicht, so zu entscheiden, wie in einem Todeserklärungsverfahren. Die Lebensvermutung ist mit Rücksicht auf eine etwaige spätere Todeserklärung nur provisorisch, andererseits tritt die Todesvermutung erst mit der Todeserklärung ein, wenn diese überhaupt erfolgt; auch nach Ablauf der Frist des § 19 BGB. ist die Abwesenheitspflegschaft des § 1911 BGB. noch zulässig (vgl. BayObLG. 14. 11. 13, JDR. 13). Daraus ergibt sich das „Überwiegen" der Lebensvermutung, deren Behandlung im BGB. wohl etwas stiefmütterlich genannt werden kann. Wer sie beseitigen will, hat in dem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Prozeßverfahren die Voraussetzungen für den Fortfall der Lebensvermutung zu beweisen. Aus dem Gesagten ergibt sich auch die Beantwortung der weiteren Streitfrage, ob die Lebensvermutung auch für bloß „vermißte" Kriegsteilnehmer gilt, in bejahendem Sinne, wobei noch zu beachten ist, daß das Vermißtsein eine Vorstufe der Verschollenheit darstellt.

Zweiter Titel. Juristische Personen.

Allgemeine Vorbemerkungen.

Schrifttum: Dickel, Forstzivilrecht (insbes. über Publikum, Waldgenossenschaften, Sammelvermögen 82, 105, 1010, 1026). — Fleischauer, Die Repräsentantenwahl bei Gründung der Gewerkschaft, GruchotsBeitr. 60, 608. — Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZBlFG. 16, 600. — Heim, Zur Haftpflicht der staatlichen und kommunalen Wohlfahrtsanstalten, PrVerwBl. 37, 284. — Helfritz, Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens, Berlin 1916. (Vgl. hierzu Genzmer, PrVerwBl. 37, 258; Friedrichs, VerwA. 24, 255.) — Josef, Die Erstattungspflicht bei Feuerlöschschäden, PrVerwBl. 37, 760. — Krückmann, Personifizierung, AZivPr. 114, 179. — Landzettel, Die Staatsaufsicht im Bereich der Städteordnung für die 6 östl. Provinzen Preußens v. 30. 5. 53, Greifswald 1916 (vgl. Buchka, PrVerwBl. 37, 386). — Latte, Wer gehört zu den verfassungsmäßig

berufenen Vertretern juristischer Personen im Sinne der §§ 31, 86, 89 BGB.? Göttinger Dissertation 1912. — Nußbaum, Theoreme und Wirklichkeit in den allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts, ABürgR. 42, 136. — Posse, Soziale Probleme. Rechtsfähigkeit der Berufsvereine, VerwA. 24, 105. — Reichel, Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb, GrünhutsZ. 42, 199. — Sinzheimer, Ein Arbeitstarifgesetz, 1916. — Waldecker, Über den Begriff der Korporation des öffentlichen Rechts nach Preuß. Rechte, Berlin 1913. (Vgl. hierzu Friedrichs, VerwA. 24, 155.) — Werneburg, Die Haftung des Militärfiskus, DJZ. 16, 290. — Wölbling, Vereinsrecht und Tarifverträge, GewuKfmG. 22, 26.

I. Zum Begriff der Juristischen Person. 1. Krückmann, 179. Es handelt sich um einen Vorgang normaler synthetischer Apperzeption, und insofern hatten diejenigen recht, die sich gegen eine Fiktion erklärten. Sie wollten damit offenbar sagen, daß in der Vorstellung einer juristischen Person wir uns nicht aus den Bahnen des üblichen Denkens entfernten. — Schließlich ist Fiktion alles; man muß nur wissen, was und wie man fingiert, und da begeht in der Tat die Lehre von der realen Verbandspersönlichkeit die in einer Hinsicht größte Fiktion von allen, denn sie fingiert nicht bloß die Menschen als Rechtssubjekte, sondern sogar als ethische und geistige Persönlichkeiten. In anderer Hinsicht ist die Fiktion der Fiktionstheorie gröber, denn sie will im Grunde die juristische Person aus dem Nichts schaffen und in Erkenntnis dieser Unmöglichkeit greift sie zur Fiktion. Unser aller gemeinsamer Fehler aber war und ist, daß wir verführt durch die unbekümmerte Selbstverständlichkeit, mit der Denker und Sprache einen geradezu ungeheuren Gebrauch von der Fiktion machen, nur in einem besonders groben Fall (der Fiktion eines angeblichen Etwas aus einem angeblichen Nichts) eine Fiktion fanden und finden, während doch schon dann eine Fiktion vorliegt, wenn aus einem Etwas ein nicht reales Etwas fingiert wird (188/189).

Ganz anders als um die Körperschaft steht es um die Stiftung. Hier ist die Subjektivierung nur bis zu der Grenze durchführbar, bis zu der sie sonst auch durchgeführt wird: Das Vermögen hat = enthält subjektive Rechte, wächst, vermehrt sich usw. Zur Personifikation reicht es nicht; die Zusammenfassung der einzelnen im Vermögen enthaltenen Rechte zu einem Rechtssubjekt ist ganz ausgeschlossen; sie können wohl zu einer Vermögenseinheit, aber nicht zu einer Subjektseinheit zusammengefaßt werden (195. — K. schließt sich der Zweckvermögenstheorie an im Zusammenhang mit seiner Rechtsbesitztheorie, wonach die Verwalter der Stiftung die Ausübungsmöglichkeit für die zum Zweckvermögen gehörenden subjektlosen aber nicht zwecklosen Rechte haben. Vgl. JDR. 14, I 1. — IheringsJ. 65, 209 ff.).

2. Nußbaum, 170. Der Gegensatz der Fiktions- und der organischen Theorie tritt uns heute aus den Lehrbüchern in der Form versteinerter Dogmen gegenüber und läuft, rein logisch genommen, auf einen Wortstreit hinaus. Und doch spiegeln sich in diesem Streit — machtvolle Entwicklungen der Rechtswirklichkeit wider. Die Fiktionstheorie ist die natürliche theoretische Grundlage des älteren, insbesondere des römischen Konzessionssystems: die juristische Person war an sich nichts, der Staat war der Gott, der ihr das Leben einhauchte. Dem trat seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts jene gewaltige Bewegung entgegen, die eine Befreiung des Körperschaftswesens aus den Fesseln der Konzessions- und Privilegienwirtschaft, eine von den Gedanken der Selbsthilfe und Selbstregierung getragene Förderung des wirtschaftlichen und idealen Zusammenschlusses der Volksgenossen forderte. Deutlich erkennen wir rückblickend heute in dem triebhaften Drang der sechziger Jahre die ersten Äußerungen des organisierenden Geistes, dessen mächtigste Entfaltung erst unser Jahrhundert erleben sollte. Der juristisch-dogmatische Ausdruck jenes Dranges aber ist die germanistisch-organische Körperschafts-(Genossenschafts-)Theorie: der Staat kann der Körperschaft kein Leben geben, sie schöpft ihre Daseinsberechtigung aus sich selbst, sie ist vorhanden vor der staatlichen Anerkennung und bedarf ihrer nicht. (Vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht I, 638, 652, 882.)

3. Zur Kritik der herrschenden Lehren von der Rechtssubjektivität der juristischen Person vgl. auch Pagel, ABürgR. 42, 231; ferner Schneider, LeipzZ. 16, 1091: Für

das Verständnis der juristischen Person, insbesondere der öffentlich-rechtlichen des Staates, ist die „Fiktion der Persönlichkeit" überflüssig. Beim Staate ist sie überhaupt kaum vorstellbar, bei der juristischen Person des Privatrechts ist eine genaue Vorstellung, um was es sich eigentlich handelt, sehr wohl zu erreichen, wenn man nur nicht das eigentliche Wesen des Rechts in die Willensbetätigung als Hauptsache, sondern in die Zweckabsicht verlegt.

II. Über rechtstatsächliche Erörterungen in der Lehre vom Vereinsrecht vgl. Nußbaum 162, 171, 175 und (Forderungen für die Lehrdarstellung) 181.

III. Handlungs- und Deliktsfähigkeit der juristischen Personen. Reichel 199 verneint die Handlungsfähigkeit der juristischen Person. (Gegen die Deliktsfähigkeit der jur. Person das von ihm 200 Anm. 49 mitgeteilte Urteil Zürich 7. 7. 15 in der Strafsache wider Carboz und Fischlin AG.). Nach schweizerischem und österreichischem Recht ist eine juristische Person, ungeachtet des guten Glaubens des im gegebenen Falle für sie handelnden Organs, schon dann schlechtgläubig, wenn auch nur eines ihrer (sonstigen) im allgemeinen vertretungsberechtigten Organe zur Zeit des Erwerbsaktes um den Mangel der Verfügungsbefugnis des Gegenkontrahenten weiß, gleichviel übrigens, ob dieses Organ am Erwerbsakt mitwirkend oder mitwissend beteiligt ist oder nicht.

IV. Besondere Fälle. 1. Die Städte und Landgemeinden der östlichen Provinzen Preußens. Helfritz zieht in seinem Buche (über die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen im Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens) grundsätzliche Folgerungen aus der gesamten Lehre des Körperschaftsrechts. „Die Theorie der realen Verbandspersönlichkeit hat ihren siegreichen Einzug gehalten. Die veränderte Auffassung vom Wesen der Körperschaft hat aber auch eine andere Auffassung von Willensbildung und Willensbetätigung der Körperschaft in den Vordergrund gerückt. An die Stelle der rein zivilistischen Konstruktion eines Stellvertreters ist die Lehre vom handelnden Organ getreten. Wenn dies nicht eine Gelehrtentheorie geblieben ist, sondern im positiven Gesetzesrecht seinen Niederschlag gefunden hat, so darf man an einem solchen Wandel des Rechtssystems in seinen Grundzügen nicht achtlos vorbeigehen, wo es gilt, ein einzelnes Gesetz, hier also die Städteordnung, auszulegen." 8.

Vgl. unten zu § 89 C 4.

2. BayObLG. 4. 7. 16, R. 16, 521 und Nr. 1988. Eine Rechtspersönlichkeit der Familie ist, abgesehen vom hohen Adel, weder nach dem Bayerischen Verfassungsrecht einschließlich des Lehnsrechts, noch nach dem früheren Recht der Stadt Nürnberg anzunehmen.

3. Zur Theorie von der Rechtssubjektivität der alten Hamburger Testamente. Hamburg 10. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 29. Nur für die Vertretung nach außen galt der Nachlaß wie eine juristische Person.

I. **Vereine.** 1. Allgemeine Vorschriften.

§ 21.

Zum Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs.

1. Haus- und Grundbesitzervereine. **RG.** 22. 6. 16, R. 16, Nr. 1445. Ein Haus- und Grundbesitzerverein mit der satzungsmäßigen Aufgabe, das Wohl der Haus- und Grundbesitzer, zugleich aber auch das der Anmieter in einer Stadt zu wahren und zu fördern, ist kein wirtschaftlicher, auch wenn von den in der Satzung für die Erreichung dieses Zwecks in Aussicht genommenen Veranstaltungen einzelne darauf hinweisen, daß es ihm auch um die allgemeine wirtschaftliche Lage seiner Mitglieder und deren günstige Gestaltung zu tun ist.

2. Eintragungsfähigkeit der sogenannten Markenvereine bejaht von Dresden 13. 9. 16, JW. 16, 1432. Wie das **RG.** in dem Beschlusse v. 30. 10. 13; 83, 232 ausführt, kann von einem wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe eines Vereins nur gesprochen werden, wenn die von dem Verein entwickelte Tätigkeit gegen ein Entgelt erfolgt, das dem Verein selbst oder unmittelbar seinen Mitgliedern zufließt. An diesem Erfordernisse

fehlt es hier. Der Verein bezweckt die Förderung der gemeinsamen geschäftlichen Interessen seiner Mitglieder und damit den Schutz des soliden Handels. Zur Erreichung dieses Zweckes sind die Mitglieder verpflichtet, bei Barkäufen einen gleichmäßigen Rabatt in Marken zu gewähren. Der Verein läßt die Marken anfertigen, gibt sie gegen Zahlung des aufgedruckten Preises an die Vereinsmitglieder ab und löst sie von deren Kunden, an die sie als Rabatt weitergegeben worden sind, zu dem gleichen Preise wieder ein. Irgendwelches Entgelt bezieht der Verein hierfür nicht. Auch sonst erstrebt er keinen Gewinn für sich; das Eintrittsgeld und der Jahresbeitrag, die von den Mitgliedern erhoben werden, sind lediglich zur Deckung des entstehenden Aufwandes bestimmt.

Wenn aber die Vereinsmitglieder aus ihrer Zugehörigkeit zu dem Vereine wirtschaftliche Vorteile ziehen, insofern ihnen die Rabattgewährung einen größeren Kundenkreis zuführt und sie zugleich durch die den Kunden dabei obliegende Barzahlung vor den Nachteilen des Borgunwesens bewahrt werden, so sind diese Vorteile die Folge der Einführung einer einheitlich geregelten Rabattgewährung, nicht aber wird hierdurch, wie die Vorinstanzen annehmen, die in der Ausgabe und der Einlösung der Rabattmarken bestehende Tätigkeit zu einer entgeltlichen, so daß sie einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb des Vereins im Sinne des § 21 BGB. begründete.

§ 26.

Mehrere Vorstände. BayObLG. 20. 10. 15, BayObLG. 16, 133, R. 16, Nr. 188. Es ist sehr wohl denkbar, daß ein Verein sich zwei „Vorstände" mit verschiedener Zweckbestimmung schafft, einen zur Leitung der inneren Vereinsangelegenheiten bestimmten und einen zweiten zur Erfüllung der Vorschrift des § 26 Abs. 1. (Im Anschluß an KG. 29. 9. 11, RJA. 11, 265.)

§ 27.

Abberufung des Vorstandes. BayObLG. 17. 7. 14, JDR. 14, jetzt auch OLG. 32, 330.

§ 29.

Anwendung auf die juristischen Personen des Handelsrechts. 1. BayObLG. 12. 11. 15, BayObLG. 16, 144, BayRpflZ. 16, 15, LeipzZ. 16, 72, RJA. 15, 44, R. 16, Nr. 189. Daß § 29 auch auf die juristischen Personen des Handelsrechts ergänzend Anwendung findet, ist in der Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannt. Soweit das GenossenschG. und das Statut keine oder keine ausreichenden Vorschriften enthalten, kommen die Vorschriften des BGB. ergänzend zur Anwendung.

Vgl. JDR. 14, ferner auch zu § 30 FGG. (die Bestellung eines Vorstandsmitglieds für eine juristische Person des Handelsrechts nach § 29 BGB. ist Handelssache im Sinne des § 30 FGG.) und Josef, Die Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen als Beschwerdegericht, HoldheimsMSchr. 16, 137.

2. KG. 17. 3. 16, R. 16, Nr. 1998 über die Bestellung eines Liquidators einer G. m. b. H. nach § 29 BGB.

§ 31.

1. Latté gelangt zu dem Ergebnis, daß für den Begriff des verfassungsmäßig berufenen Vertreters drei Merkmale bestimmend sind: die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht, die Selbständigkeit der Entschließung und die Berufung durch die Satzung. „Verfassungsmäßig berufener Vertreter ist diejenige selbständige und mit rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht ausgestattete Person, die zur Tätigkeit innerhalb eines bestimmten Geschäftskreises durch die Satzung der Körperschaft, bzw. durch Gesetz oder eine gleichwertige allgemeine organisatorische Bestimmung berufen ist" (55, 59, 91). Es wird darauf hingewiesen, daß die jüngere Rechtsprechung des RG. in ständiger Übung diese drei Erkennungsmerkmale zur Bestimmung der Rechtsnatur des Sondervertreters verwendet. (Vgl. einerseits **RG.** 74, 257, JW. 11, 85, 149, 640; 12, 338, andererseits **RG.** 53, 280; 70, 120, JW. 11, 85, 149, 939, sowie **RG.** 55, 176; 62, 35; 74, 23 und JW. 11, 85, 149,

640, 939; 12, 283, 338 u. a.) Durch Häufung der Unterscheidungsmerkmale wird zwar der Kreis der die juristische Person gemäß §§ 31, 89 haftbar machenden Personen eingeschränkt, indessen wird die Haftung durch die Rechtsprechung des RG. insofern erweitert, als dieses eine allgemeine Verpflichtung der verfassungsmäßigen Vertreter zur Überwachung der Angestellten und ihrer Verrichtungen annimmt (97).

2. Ist der Betriebsdirektor einer Straßenbahn verfassungsmäßiger Vertreter der betreibenden Aktiengesellschaft? **RG.** 20. 3. 16, WarnE. 16, 199. Als allgemeiner verfassungsmäßiger Vertreter der beklagten Allgem. Elektrizitätsgesellschaft wird der Betriebsdirektor nicht in Betracht kommen. Wohl aber kann sich herausstellen, daß er als besonderer Vertreter für den Geschäftszweig der Verwaltung Spandauer Bock—Spandau anzusehen ist. Wie in **RG.** 53, 276; 62, 31; 74, 21, 250; 79, 101 ausgeführt worden ist, ist das wesentliche Merkmal der Vertreterstellung im Sinne des § 31 wie des § 30 BGB. die Berufung durch die Satzung der juristischen Person, wogegen der angestellte Beamte im Sinne des § 831 BGB. seine Berufung ohne satzungsmäßige Begründung seiner Stellung auf Verwaltungshandlungen des Vorstandes zurückführt. Aus den Satzungen der Beklagten und durch deren Auslegung in ihrem inneren Zusammenhange unter Berücksichtigung der mit ihnen in Verbindung stehenden organisatorischen Bestimmungen für die einzelnen Geschäfts- und Betriebszweige der — Unternehmungen des Beklagten ist zu ermitteln, ob W. — ähnlich wie der Filialleiter einer Aktiengesellschaft — als besonderer Vertreter der Beklagten anzusehen ist, oder ob ihm nur eine mehr untergeordnete, rein technische Stellung in der Organisation der Beklagten übertragen war, die rechtlich unter § 831 BGB. steht.

3. *Dickel, 114ff., 603ff. gibt Beispiele aus der Praxis, insbesondere über die rechtliche Stellung des Oberförsters und Försters.

§ 32.

1. Bezeichnung des Gegenstandes der Beschlußfassung bei der Einberufung der Mitgliederversammlung eines eingetragenen Vereins. BayObLG. 17. 12. 15, BayObLG. 16, 157; BayRpflZ. 16, 94, LeipzZ. 16, 622, R. 16, 381, OLG. 32, 331. Wenn § 32 BGB. zur Gültigkeit eines Beschlusses fordert, daß der Gegenstand bei der Berufung der Mitgliederversammlung bezeichnet wird, so hat diese Bestimmung den Zweck, die Mitglieder in den Stand zu setzen, sich auf den Stoff der Tagesordnung gehörig vorzubereiten und sich gegen Überrumpelung durch Beschlüsse, von deren Inaussichtstehen sie keine Kenntnis hatten, zu schützen. Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn die Tagesordnung ersehen läßt, welche Gegenstände zur Beratung und Beschlußfassung gelangen sollen. Es muß also in der Tagesordnung selbst angegeben werden, über welche Gegenstände Beschluß gefaßt werden soll, also auch, wenn es sich um „Anträge" handelt, welche Gegenstände diese betreffen. Die bloße Angabe „Anträge" genügt nicht; denn solche können alle denkbaren Gegenstände betreffen, und es ist daher aus einer so allgemein gefaßten Ankündigung nicht zu ersehen, was etwa als Gegenstand der Beschlußfassung in Betracht kommt.

2. Vereinsbeschlüsse wirtschaftlicher Natur. Hamburg 6. 4. 16, OLG. 32, 333. Ein Verein darf nicht selbst Einrichtungen treffen und gewerblich verwerten, die unmittelbar darauf gerichtet sind, dem Verein gewerbliche Einkünfte zu verschaffen. Das schließt aber nicht aus, daß ein nach § 21 eintragungsfähiger Verein Beschlüsse faßt und Einrichtungen ins Leben ruft, die den privatwirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder förderlich sind. (Im gegebenen Falle handelte es sich um einen Vereinsbeschluß, der die Mitglieder verpflichtet, bei Submissionen einen Aufschlag zugunsten der Mitbewerber zu machen. Der Einwand, daß der Beschluß gegen §§ 21, 43 verstoße, wurde zurückgewiesen, ebenso daß er wider die guten Sitten verstoße. In letzterer Beziehung wurde u. a. erwogen, er beruhe offenbar auf der Erwägung, daß es unbillig sei, wenn die unberücksichtigten Bewerber bei Submissionen für ihre oft mühevolle Arbeit und beträchtliche Auslagen keine Entschädigung erhielten.) Vgl. JDR. 14 zu §§ 33 u. 43.

§ 39.

1. Zwingender Charakter der Vorschrift, Begrenzung der Schiedsgerichtszuständigkeit. RG. 21. 9. 16; 88, 395, JW. 16, 1474. Die Vorschrift des § 39 Abs. 2, deren Unnachgiebigkeit schon aus ihrer Nichteinreihung unter die im § 40 angegebenen nachgiebigen Vorschriften ersichtlich ist, beschränkt die Satzungsfreiheit insofern, als das Recht, beliebig auszutreten, den Mitgliedern nicht über die daselbst vorgesehenen Einschränkungsmöglichkeiten hinaus verkürzt werden darf. Eine darüber hinausgehende Bindung des austretenden Mitglieds darf aber auch nicht in der Weise bestehen bleiben, daß zwar im allgemeinen eine Beendigung der Mitgliedschaft eintritt, das Mitglied aber dessenungeachtet in einzelnen Beziehungen der Satzung unterworfen bleibt. — Dies gilt auch von der Gebundenheit der Mitglieder an die schiedsgerichtlichen Normen der Satzung. Es folgt daraus, daß auch eine etwa für die Zeit nach der Austrittserklärung vorgesehene Zuständigkeit des Schiedsgerichts sachlich nicht weiter ausgedehnt werden kann, als darauf, ob die Mitgliedschaft zeitlich bis zur äußersten Grenze des § 39 Abs. 2 nach der Austrittserklärung noch fortbestanden hat oder innerhalb dieser Grenze noch fortbesteht.

2. Richterliche Nachprüfung des Ausschlusses. RG. 31. 5. 16, R. 16, Nr. 1835. Die Frage, ob die Organe des Vereins sich bei der Ausschließung eines Mitgliedes innerhalb der satzungsmäßigen Ausschließungsbefugnis gehalten haben, unterliegt der richterlichen Nachprüfung.

3. Ausschlußverfahren gegen nicht physische Vereinsmitglieder. RG. 26. 1. 16, R. 16, Nr. 615. Da Vereine und juristische Personen in ihrer unstreitigen Eigenschaft als Verbandsmitglieder ebenso wie natürliche Personen Zuwiderhandlungen gegen die Satzung zu begehen und den Verband zu schädigen imstande sind, so unterstehen sie auch für derartige Verfehlungen dem satzungsmäßig für derartige Verfehlungen zu bestellenden Ehrengerichte.

4. Anspruch ausgeschiedener Vereinsmitglieder auf Erteilung einer Abrechnung. Observanz. Hamburg 25. 11. 15, OLG. 32, 332. Es war festgestellt, daß, wenn ein Mitglied austrat — was wohl ein- bis zweimal im Jahre vorkam —, von jeher mit diesem in der Weise abgerechnet wurde, daß ihm von dem vorhandenen Bar- und Bankbestand nach Abzug der Schulden ein Kopfteil ausgezahlt wurde; dagegen hatte es an den ausstehenden Forderungen des Vereins keinen Anteil.) Diese ununterbrochene Übung weist alle Merkmale des Herkommens auf, wie solche nach Analogie des Gewohnheitsrechts innerhalb der Autonomie des Vereins objektives Recht schafft. Es ist nicht erforderlich, daß eine solche Gewohnheit schriftlich niedergelegt sei. Die Kenntnis einer solchen Observanz ist nicht notwendig, um sie für das Vereinsmitglied verbindlich zu machen; wie denn allgemeine Rechte des Vereinsmitglieds als solchen nicht auf besonderen Verträgen mit dem Verein, sondern auf dessen autonomer Satzung beruhen. (Der Anspruch auf Abrechnung zurückgewiesen, da nach der observanzmäßigen Art der Auseinandersetzung kein Anrecht an ausstehenden Forderungen bestand.)

§ 43.

1. Über die geringe Bedeutung der §§ 43—53 in der Rechtsanwendung. Nußbaum, 174.

2. OVG. 11. 3. 15, JDR. 14 über Übergriffe eines Idealvereins auf wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb auch JW. 16, 1289 und OVG. 69, 323.

§ 54.

1. Über die Rechtsfähigkeit des nicht eingetragenen Vereins. Pagel, ABürgR. 42, 240. Der Verein ist eine auf die Dauer angelegte und unabhängig von dem jeweiligen Bestand seiner Mitglieder zu denkende Gesellschaft.

2. Über die Zahl und wirtschaftliche Bedeutung der nicht eingetragenen Vereine. Nußbaum, 178.

3. Haftung der Vereinsmitglieder. a) Bethke, PosMSchr. 16, 73. Die Ansicht, daß im Zweifel die Beschränkung der Haftung als gewollt anzusehen sei, ist unhaltbar. Würde die Beschränkung den Regelfall bilden, dann würde eine Vereinbarung nötig sein, um zu erreichen, was das Gesetz in § 427 BGB. als das Normale bezeichnet. — Die einzelnen Mitglieder werden durch die vom Vorstand namens des Vereins eingegangenen Verpflichtungen zur Zahlung von Geld oder zu anderen teilbaren Leistungen auch dann persönlich als Gesamtschuldner verhaftet, wenn den Vorstandsmitgliedern durch die Satzung die Pflicht auferlegt ist, beim Abschluß von Rechtsgeschäften die Haftung auf das Vereinsvermögen zu beschränken, die Vorstandsmitglieder dieser Pflicht aber nicht nachkommen.

b) Vgl. dagegen **RG.** 5. 10. 16, R. 16, Nr. 2054, WarnE. 16, 445. Die aus den §§ 54, 427, 714 BGB. zunächst an sich begründete Haftung aller Vereinsmitglieder für die Verbindlichkeiten des nicht eingetragenen Vereins kann durch die Satzung ausdrücklich oder stillschweigend auf das Vereinsvermögen beschränkt werden; nach der Rechtsprechung des RG. ist sogar im Zweifel als gewollt anzunehmen, daß die Mitglieder persönlich nur zu den satzungsmäßigen Beiträgen, nicht zu einer weitergehenden Haftung sich verpflichten wollten, und daß der Dritte, der mit einem nicht eingetragenen Vereine Geschäfte abschließt, mit diesem Willen der Vereinsmitglieder rechnet und deshalb auch ohne genauere Kenntnis die Haftungsbeschränkung gegen sich gelten lassen muß (63, 62; 74, 371; JW. 07, 136; 10, 227, GruchotsBeitr. 53, 398). Ebenso Posen 30. 6. 16, PosMSchr. 16, 90, wo hervorgehoben ist: Das ist das Vernünftige und daher in Ermangelung anderer Abreden nach Treu und Glauben als ergänzend vereinbart anzusehen.

c) **RG.** 22. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 256, LeipzZ. 16, 303. Eine Haftung nicht rechtsfähiger Vereine aus unerlaubten Handlungen ihrer Vorstandspersonen, wie ihrer sonstigen Angestellten ist ohne Unterschied nur aus dem Gesichtspunkte des § 831 (nicht § 31) zu beurteilen.

4. Begriff des Handelnden. Posen 30. 6. 16, PosMSchr. 16, 90. Der Begriff ist im Gesetze nicht näher bestimmt. Der Vorstand ist es nicht ohne weiteres, andererseits auch nicht der, der namens des Vereins gewisse untergeordnete Funktionen ausführt (z. B. nicht, wer die Eintrittskarten am Eingang des Gartens verkauft), sondern im allgemeinen das Vereinsmitglied oder die Mitglieder, die sich nach außenhin erkennbar als verantwortlich und entscheidend für die betreffende Rechtshandlung hinstellen oder nach den Umständen des Falles als so hingestellt werden müssen. (Betraf die Schadensersatzklage gegen eine Freiwillige Feuerwehr, die ein Feuerwerk gegen Eintrittsgeld veranstaltet hatte.)

5. Einzelne Fälle. a) Nicht eingetragene Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Waldecker rügt in der Besprechung von Parisius und Krüger, RG. betr. Erw.- u. Wirtschaftsgen., 8. Aufl., GoldschmidtsZ. 78, 523, daß a. a. O. in unklarer Weise die Genossenschaft vor der Eintragung als Gesellschaft des BGB., bzw. als nicht eingetragener Verein nach § 54 bezeichnet werde.

b) Feuerwehr. Josef, 760. Soweit eine Feuerwehr nicht als Einrichtung der Gemeinde besteht, stellt sie sich dar als nicht rechtsfähiger Verein, so daß sich die Schadensersatzpflicht wegen Feuerlöschschäden nach § 54 BGB. regelt, die Ersatzpflicht also den beim Brand tätig gewesenen Mitgliedern, und zwar der Natur der Sache nach gesamtschuldnerisch obliegt. (Vgl. Wurm, PrVerwBl. 36, 7.) Für Beschädigungen durch die städtische Feuerwehr haftet die Gemeinde gemäß §§ 31, 89, 904 Abs. 2 BGB.

c) Kommunale Sparkassen. *Fraeb, 601. Bilden mehrere Kommunalverbände einen Sparkassenverein ohne juristische Persönlichkeit, so finden gemäß § 54 die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung.

6. Umwandlung des nicht rechtsfähigen Vereins in einen rechtsfähigen. Fraeb a. a. O. Erlangt ein nicht rechtsfähiger kommunaler Sparkassenverein ohne Wesensveränderung nachträglich auf dem vorgeschriebenen Wege die Rechtsfähigkeit, so gehen die alten Rechte und die Verbindlichkeiten auf den rechtsfähigen Verein über. Kann aber der seitherige nicht rechtsfähige Sparkassenverein nur auf Grund neuer Satzungen

die Rechtsfähigkeit erhalten, so geht das Vermögen nicht ohne formelle Übertragungsakte über. Dies kann nicht dadurch umgangen werden, daß die Vereinsmitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins mit neuer Satzung einen neuen rechtsfähigen Verein gründen und als Mitglieder des alten nicht rechtsfähigen Vereines beschließen, diesen in den rechtsfähigen Verein umzuwandeln. Das würde auf Identitätsfälschung hinauslaufen.

§ 55.

Dickel, 93 über Gründe für die Zweckmäßigkeit der Eintragung.

§ 59.

Fleischauer, 628 bekämpft **RG.** 20. 3. 15, BrassertsZBergR. 56, 534, wonach die vor der Auflassung und Eintragung einer Gewerkschaft im Grundbuche gefaßten Beschlüsse als solche einer Gewerkensammlung überhaupt nicht in Betracht kommen. Die Wahl des Vorstandes einer Aktiengesellschaft durch die Gründungsbeteiligten, des Genossenschaftsvorstandes vor der Eintragung in das Genossenschaftsregister und ebenso der Geschäftsführer einer G. m. b. H., ferner der Stiftungsorgane durch den Stifter vor Entstehung der Stiftung, seien rechtsgültig. Das beruhe auf einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, die auch den nicht rechtsfähigen Verein im Verfahren zur Eintragung der Rechtsfähigkeit als rechtsfähig behandle. In gleicher Weise müsse das Konvaleszenzprinzip auch bei der Gewerkschaftsgründung in Anwendung gebracht werden. Aus § 59 BGB. folge, daß der Vorstand zur Zeit der Entstehung des eingetragenen Vereins bereits gewählt sein müsse, theoretisch ohne Existenz des eingetragenen Vereins und ohne eine Mitgliederversammlung eines eingetragenen Vereins.

§ 60.

KG. 4. 6. 15, OLG. 33, 389. Eine zurückweisende Verfügung i. S. des § 60 Abs. 2 liegt vor, wenn die Eintragung endgültig versagt wird, mag auch zur Vermeidung von Kosten die Möglichkeit eröffnet worden sein, die Satzung durch entsprechende Änderung mit der Rechtsauffassung des Gerichts in Einklang zu bringen.

§ 61.

1. Allgemeines über die Rechtsanwendung. Nußbaum, 178. Es ist mißverständlich, mit Enneccerus I, 249 zu sagen, daß Vereine zu politischen Zwecken Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister erlangen, vielmehr ist das Gegenteil der Fall. Den Vereinen wird wohl allgemein — wenigstens in Preußen — die Eintragung versagt.

2. Insbesondere die Berufsvereine. a) Sinzheimer über den Begriff der Berufsvereine als „Schöpfer und Verwalter des Tarifvertrages", 51, 55, 62. Unter Berufsvereinen im weitesten Sinne verstehen wir solche freiwillige Vereinigungen von Arbeitgebern oder Arbeitern, die eine Einwirkung auf die Arbeits-, Gehalts- oder Lohnverhältnisse in ihrem Berufe bezwecken. Für die Arbeitgeberseite wird diese Begriffsbestimmung auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse genügen. Für die Arbeiterseite aber fragt es sich, ob nicht eine engere Bestimmung des Begriffs im Hinblick auf die Zwecke des Tarifvertrages notwendig ist. (Wird näher ausgeführt und festgestellt.) Auf der Arbeiterseite kommen für den Tarifvertragsabschluß nur solche Berufsvereine in Betracht, die nur Arbeiter oder Angestellte aufnehmen, die die Vereinszugehörigkeit von der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Werke nicht abhängig machen, die willens und imstande sind, ihre Interessen auch durch wirtschaftlichen Kampf wahrzunehmen. Wir nennen solche Berufsvereine „unabhängige Berufsvereine". — Vgl. über die Verfassung der Tarifbehörden 168, das Verfahren vor ihnen 172, das Verhältnis der Tarifbehörden zum Vertragswillen 176.

b) Wölbling, 26 fordert im Interesse der Berufsvereine eine allgemeine Anweisung an die Verwaltungsbehörde, aus der gewerkschaftlichen Betätigung keinen Anlaß zum Einspruch gegen die Eintragung zu entnehmen. Eine solche Verwaltungsverordnung

sei nach der jüngsten Deklaration des Vereinsgesetzes eigentlich das Gegebene. Hingewiesen wird auf die bayerische Vollzugsanweisung zum Vereinsgesetz vom Jahre 1908, welche bestimmt, daß gewerkschaftliche Vereine, die sich innerhalb des Rahmens des § 152 GO. betätigen, als politische nicht anzusehen seien.

c) Posse, 105 untersucht, inwiefern es wirtschaftlich gerechtfertigt und politisch zulässig ist, die engeren verwickelteren Bestimmungen des HGB. zu erweitern und abzuändern und vor allem für die Verleihung der Rechtsfähigkeit an Berufsvereine ein anderes Verfahren einzuführen, als das des BGB., das der dringenden sozialen Forderung erleichterter Eintragung der Berufsvereine in das Vereinsregister unter entsprechenden wirksamen Schutzmaßregeln Rechnung trägt, und die Berufsvereine von der Willkür der Verwaltungsbehörde freimacht. Empfohlen wird mit Köppe (Arbeitsvertrag als Gesetzgebungsproblem) die Anerkennung der Rechtsfähigkeit unabhängig von der Eintragung in das Vereinsregister, ähnlich wie bei den mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Gesellschaften des Handelsrechts, indessen nur für Vereine, welche die Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen und die Unterstützung der Vereinsmitglieder bezwecken, und unter gesetzlicher Festlegung und Begrenzung der Verantwortlichkeit der Verbände der Unternehmer wie der Arbeiter.

3. Der Deutsche Monistenbund als politischer und religiöser Verein bezeichnet vom SächsOVG. 25. 11. 15, GesuR. 17, 374.

§§ 67, 71.

Hamburg 25. 6. 15, IDR. 14 über das Prüfungsrecht des Registergerichts auch OLG. 32, 335 und SeuffA. 71, 50.

II. Stiftungen.

§ 80.

1. Zum Begriff der Stiftung im allgemeinen. **RG.** 24. 6. 16; 88, 335, JW. 16, 1269, LeipzZ. 16, 1361, R. 16, Nr. 1448. Es ist nicht richtig, daß unter einer „Stiftung", selbst wenn sie Gegenstand eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden ist, stets nur eine „rechtsfähige" Stiftung im Sinne der §§ 80ff. BGB. verstanden werden kann. Eine solche Annahme würde weder dem gewöhnlichen, noch dem gesetzlichen Sprachgebrauche entsprechen. Denn die §§ 80ff. BGB. regeln nicht erschöpfend das ganze Gebiet der Stiftungen. Sie lassen nicht nur die Stiftungen des öffentlichen Rechts (§ 89 BGB.), sondern auch alle diejenigen privatrechtlichen Zuwendungen außer Betracht, die zwar einem bestimmten Zweck gewidmet sind, aber keine selbständige Natur und keine Rechtsfähigkeit besitzen. Auch diese unselbständigen Zuwendungen, die ebensogut auf einem Rechtsgeschäft unter Lebenden (z. B. einer belasteten Schenkung), wie auf einer letztwilligen Anordnung beruhen können, werden herkömmlich und gesetzlich wenigstens insoweit, als sie anderen juristischen Personen, namentlich öffentlichen Korporationen zufallen, unter dem vieldeutigen Ausdruck „Stiftungen" mitbegriffen.

2. Genehmigung der Stiftungen. a) Bayerisches Recht. BayVGH. 16. 2. und 15. 3. 16, R. 16, 428. Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung ist eine privatrechtliche Willensbestimmung des Stifters (das Stiftungsgeschäft) und ein Akt des öffentlichen Rechts (die staatliche Bestätigung des Stiftungsgeschäfts) erforderlich. Nach älterem bayerischem Recht war landesherrliche Bestätigung erforderlich. — Die kirchlichen Pfründen gehören nach bayerischem Rechte zu den Stiftungen.

b) Preußisches Recht. Rechtsgutachten des KG. v. 5. 3. 15, PrMBl. für i. V. 15, 262, DNotV. 16, 9. Eine Stiftung kann, wenn sie als eine einheitliche Stiftungspersönlichkeit entstehen soll, nur einheitlich genehmigt werden, entweder durch den König oder durch das Gericht. — Eine Stiftung, die der Begriffsbestimmung des Art. 1 § 1 PrAGBGB. (V. v. 16. 11. 99, GS. 562) nicht entspricht, die nicht ausschließlich dem Interesse von Mit-

gliedern einer Familie oder mehrerer Familien, vielmehr auch fremden Interessen dienen soll (gemischte Stiftung) bedarf der Königlichen Genehmigung und nur dieser.

3. Geltendmachung der Anwartschaft nach bayer. R. BayVGH. 5. 4. 16, R. 16, 521. Eine Verwaltungsrechtssache im Sinne Art. 8 Ziff. 35 VerwGG. ist erst gegeben, wenn jemand den Rechtsanspruch erhebt, daß er zum Genuß oder Mitgenuß einer Stiftung zugelassen werde und dieser Anspruch von anderer Seite bestritten wird. Dagegen ist es nicht zulässig, daß die Angehörigen einer Familie oder eines Stammes im allgemeinen einen Verwaltungsrechtsstreit behufs Erzielung eines Ausspruchs über die Frage erheben, ob ihre Familie oder ihr Stamm vor anderen Familien oder Stämmen ein Vorrecht auf den Stiftungsgenuß hat.

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechts.

§ 89.

A. Begriff der juristischen P. d. ö. R.

1. Über den Begriff der Korporation des öffentlichen Rechts nach Preuß. R. a) Waldecker, 29. Als öffentlich-rechtlich erscheint diejenige Körperschaft, welche durch staatsrechtlichen Satz als solche anerkannt ist, die zu einem Gliede des Staatsganzen, des Staatsorganismus erklärt ist. Nicht kommt es hierbei auf den besonderen Zweck, den die Körperschaft verfolgt, sondern darauf an, ob der Staat — etwa mit Rücksicht auf diesen Zweck — das Gemeinleben der Korporation für wichtig genug erachtet, sie gleichartigen Normen zu unterstellen, wie sie sein eigenes Gemeinleben beherrschen. — Friedrichs, VerwA. 24, 155 hält demgegenüber an seinem Merkmal VerwA. 23, 9 (JDR. 14, 1) fest. Unrichtig sei, daß die Unterwerfung unter öffentlich-rechtliche Körperschaften stets auf freiem Willensentschlusse beruhe, das sei falsch nicht nur bei den Gemeinden, sondern bei allen öffentlichen Körperschaften.

b) Waldecker, 32. Nur das Landesrecht entscheidet; es gibt keinen besonderen Begriff der öffentlichen Körperschaft im Sinne des BGB.

c) Waldecker, 170. Auf öffentliche Körperschaften sind die §§ 21—79, auf Stiftungen des öffentlichen Rechts die §§ 80—88 nicht anwendbar.

d) Über den öffentlichen Charakter der Marschwasserlösungsverbände in Schleswig-Holstein. OVG. 23. 5. 16, SchlHolstAnz. 16, 138.

e) *Dickel, 102, 108 über die Verwaltungsabteilungen des Staats, insbesondere über forstfiskalische Wald- und Jagdbezirke (Teilung nach der Jagdordnung).

2. Begriff der öffentlichen Stiftung. BayVGH. 19. 1. 16, R. 16, 379. Stiftung ist ein durch Willensverfügung bestimmten Zwecken gewidmeter, mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteter Vermögensinbegriff. Für die Entstehung einer selbständigen Stiftung wird — abgesehen von den durch Staatsakt errichteten Stiftungen — ein privatrechtlicher Akt, der die dauernde zeitlich unbegrenze Widmung des Vermögens für die Stiftungszwecke enthält, und die landesherrliche Bestätigung gefordert. Durch die landesherrliche Bestätigung wird der Stiftung die Rechtspersönlichkeit verliehen. Als öffentliche Stiftungen sind diejenigen anzusehen, die ganz oder teilweise einem öffentlichen Zweck gewidmet sind. Zu solchen öffentlichen Zwecken gehören zunächst die drei verfassungsmäßigen Zwecke: Kultus, Erziehung und Unterricht, Wohltätigkeit. Streitigkeiten über Genuß- und Verwaltungsrecht bei öffentlichen Stiftungen sind Verwaltungsrechtssachen. Diese verwaltungsrechtliche Zuständigkeit erscheint als ein Ausfluß des dem Staate gegenüber dem gesamten Stiftungswesen zukommenden Schutz- und Aufsichtsrechts. An dieser Zuständigkeit wurde durch Art. 6 des BayAGBGB. nichts geändert.

B. Die rechtliche Stellung der Anwaltskammern.

Frankfurt a. M. 3. 2. 16, FrankfRdsch. 49, 301, JW. 16, 516. Die Anwaltskammer ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts; sie kann selbständig Vermögen erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Das ergibt sich aus § 49 Ziff. 5 RAO., demzufolge

der Vorstand das Vermögen der Kammer zu verwalten und ihr über die Verwaltung jährlich Rechnung zu legen hat, ferner aus § 57 Abs. 2, der die Kassengeschäfte, das Recht zur Empfangnahme von Geld und zur Vertretung der Kammer in Prozessen dem Schriftführer des Vorstandes überträgt. Endlich bestimmt § 97 Abs. 2, daß Geldstrafen gemäß §§ 58, 63 zur Kasse der Kammer fließen, die auch die nach § 48 Ziff. 2 festgesetzten Beiträge vereinnahmt. Hiernach ist also der Anwaltskammer, und zwar der Kammer mit ihrem Vorstande zusammen die Verwaltung und Verwendung des Vermögens anvertraut. Aus dieser Befugnis muß dann aber auch vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Beschränkungen das weitere Recht gefolgert werden, in verständiger und gewissenhafter Erwägung die Zwecke zu bestimmen, denen das Vermögen dienen soll. Die Anwaltskammer bildet nun die Gesamtheit der Anwälte des Bezirks, und mit Recht ist für das Vermögen dieser Gesamtheit die Zweckbestimmung in Anspruch zu nehmen, dieser Gesamtheit und ihren gemeinsamen Interessen zu dienen. Diese Zweckbestimmung und die Freiheit des Ermessens in der Verwendung des Vermögens der Kammer für ihre Zwecke können nur im Gesetze selbst ihre Schranke finden, und diese Schranke soll sich aus dem Begriff der gemeinschaftlichen Angelegenheiten des § 48 Ziff. 2 RAO. ergeben. — Zieht das Gesetz selbst keine Schranke, so hat die begriffliche Auslegung freien Weg, und diese muß zu der Auffassung führen, daß alles, was in den Wirkungskreis der Kammer als solcher fällt, gemeinschaftliche Angelegenheit ist, gemeinschaftlichem Interesse dient. Der Begriff der gemeinschaftlichen Angelegenheiten deckt sich also mit dem Begriff des gemeinschaftlichen Interesses, und zwar sowohl des materiellen als auch des idealen. (Es wurde daher für rechtsgültig erachtet der von der Anwaltskammer des OLGBezirks Frankfurt a. M. in der Versammlung vom 13. 11. 15 gefaßte Beschluß, um die Mittel zur Unterstützung der Kollegen zu stärken, den bisher 20 M. betragenden Kammerbeitrag auf 50 M. zu erhöhen, damit neben den 20 M., die bisher erhoben wurden, weitere 20 M. für jedes Kammermitglied an die Leipziger Hilfskasse und weitere 10 M. in eine neu zu schaffende Hilfskasse der Frankfurter Anwaltschaft gelegt werden sollten.)

Demgegenüber führen Caspari und Friedländer, JW. 16, 898 u. 899 aus, die Anwaltskammer habe zwar das Recht, die Mittel für Zuwendungen an die Hilfskasse zu bewilligen und ihre Mitglieder zur Aufbringung dieser Mittel heranzuziehen. Nirgends sei ihr aber das Recht verliehen, ihren Mitgliedern die Zugehörigkeit zu einem Verein aufzuzwingen und sie personenrechtlich an eine Vereinigung, der sie nicht freiwillig angehören wollen, zu binden. Friedländer hebt aber -> mit Recht <- hervor, es sei nach der Fassung des Kammerbeschlusses zweifelhaft, ob die Frankfurter Anwaltskammer eine eigentliche Zwangsmitgliedschaft sämtlicher Anwälte des Bezirks bei der Hilfskasse im Auge hatte.

C. Die rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen der Körperschaften des öffentlichen Rechts.

1. Haftung des preußischen Eisenbahnfiskus.

RG. 7. 10. 15, LeipzZ. 16, 221. Zu den verfassungsmäßigen Vertretern des preußischen Eisenbahnfiskus gehören nicht nur die Mitglieder der Eisenbahndirektion, sondern auch der Vorstand der Eisenbahnbetriebsinspektionen, dem die Ausführung und Überwachung des Betriebsdienstes und die Bearbeitung der Personalangelegenheiten der ihm dienstlich unmittelbar unterstellten Beamten und Hilfsbediensteten obliegt. (§ 11 EisenbahnVerwO. 10. 5. 07, § 9 GeschA. f. d. Eisenbahn-BetriebsInsp. 4. 5. 10, **RG.** 53, 280.)

2. Haftung des Militärfiskus.

Werneburg, 290. Auf Grund der §§ 31, 89 besteht eine Haftung des Militärfiskus für Handlungen und Unterlassungen seiner Organe, wobei als Organ in dieser Beziehung anzusehen ist, wer verfassungsmäßig befugt ist, den Willen des Staates zu erklären, im übrigen ist der verfassungsmäßig berufene Vertreter im Sinne des § 31 BGB. gleich-

bedeutend mit den — hier in der staatlichen Verfassung — besonders bestellten Vertretern des § 30 BGB. Für die Haftung wesentlich ist immer der Zusammenhang des schädigenden Aktes mit der Vertretungsbefugnis des Organes.

3. Haftung des Staates in Ausübung der öffentlichen Gewalt.

Hamburg 27. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 161. Die Verletzung der den staatlichen Organen im Interesse der Sicherheit des öffentlichen Verkehrs obliegenden Fürsorgepflichten macht den Staat unter allen Umständen gemäß §§ 31, 89 BGB. haftbar.

Vgl. dagegen Hartmann a. a. O. 166. Der Staat befindet sich in der Ausübung der öffentlichen Gewalt nicht nur dann, wenn er Befehls- und Zwangsgewalt ausübt, sondern auch dann, wenn er kraft gesetzlicher Anordnung seinen Untertanen Schutz und Fürsorge angedeihen läßt (unter Bekämpfung von RG. WarnE. 15, 389).

4. Haftung der Gemeinde und Kommunalverbände nach preußischem Recht.

a) Allgemeine grundsätzliche Erörterungen von Helfritz. Es wird gezeigt, daß die Rechtsprechung des RG. über die Vertretung der Städte und Landgemeinden zu § 56 Ziff. 8 der Städteordnung v. 30. 5. 39 und § 88 Abs. 4 Ziff. 7 der Landgemeindeordnung v. 3. 7. 81 die maßgebenden Fragen nicht in befriedigender Weise löst, weil sie diese Lösung nahezu ausschließlich im Wege der zivilistischen Konstruktion versucht (10—25). „Die grundlegenden Entscheidungen des RG. stellen in den Vordergrund die Vorschriften über die Vertretung der Gemeinden nach außen und suchen aus ihnen die Schlußfolgerungen für das Zustandekommen rechtsverbindlicher Verpflichtungen der Gemeinden überhaupt abzuleiten. Dabei fassen sie das Verhältnis der Gemeinde zu dem für sie nach außen handelnden Organ nach der Lehre der Stellvertretung des bürgerlichen Rechts auf. Dies hat im Gefolge, daß die Erörterungen sich nicht um den Gegensatz von Willensbildung und Willenserklärung gruppieren, sondern um den Gegensatz von Vertretungsmacht nach außen und Innenverhältnis zum Vertretenen. Auf dieser Grundlage ist eine befriedigende Lösung der Frage nicht möglich. Wenn es Sache des öffentlichen Rechts ist, die Vertretung der Gemeinden nach außen zu regeln, und wenn die wenigen Gesetzesbestimmungen hierüber keine erschöpfende Regelung bringen, so darf man die Ergänzung nicht ohne weiteres aus dem System des Privatrechts schöpfen. Ehe man zu einer auch nur analogen Heranziehung der Normen des Bürgerlichen Rechts schreitet, bedarf es der Prüfung, inwieweit das öffentliche Recht selber eine Grundlage zur Lösung der Frage bietet" (26—28). Es wird weiter dargelegt, daß die Lösung in den Grundsätzen über körperschaftliches Wollen und Handeln der öffentlichen Gemeindekorporation vorhanden ist. Zu diesem Zwecke werden die Grundzüge der Organlehre erörtert (29—48), sodann Begriff und Umfang der Gemeindeangelegenheiten festgestellt (49—67), Zuständigkeit und Wirkungskreis der einzelnen Gemeindeorgane besprochen (68—105; insbesondere bei den Stadtgemeinden die „Arbeitsteilung nicht nach Materien, sondern nach Funktionen"; Begriff des „Verwaltens" und „Ausführens" im Sinne der Städteordnung, 72—76; — die rechtliche Stellung und Tätigkeit der Deputationen, die sich mit dem Magistrat in die Funktion des Verwaltens teilen 78—93; — die Gemeindebeamten als Gemeindeorgane; die Gemeindeorgane, deren Zuständigkeit nicht aus dem Gesetz erkenntlich ist — die Zuständigkeit wird hier begründet durch die in der Praxis gebräuchliche Zuständigkeitsübertragung, 96. Die Zuständigkeitsübertragung in der Gemeindeverwaltung ist auf Gemeindebeamte im weitesten Sinne beschränkt, sie ist zu verstehen als Fortbildung des bestehenden Rechts im Wege der Verwaltung.) Im Anschluß daran wird nachgewiesen, daß das RG. bei seinen auf Grund des § 89 Abs. 1 BGB. gefällten Urteilen die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Vertretung von Stadtgemeinden durch besondere, nicht dem Magistrat angehörige Vertreter anerkennt, während die auf Grund des § 56 Ziff. 8 der StO. ergangenen Reichsgerichtsentscheidungen nur diejenigen Verpflichtungserklärungen gelten lassen, die den Formvorschriften dieses letzten Gesetzesparagraphen entsprechen (106—112).

Als Ergebnis wird festgestellt: Die Vertretung nach außen ist kein Zweig der Gemeindeverwaltung, sondern eine Funktion auf verschiedenen Gebieten. Die Vorschriften über die Vertretung nach außen sind den Grundsätzen des körperschaftlichen Wollens und Handelns untergeordnet. Die in § 56 Ziff. 8 der StO. enthaltenen Formvorschriften gelten nur dann, wenn der Geschäftszweig dem Magistrat vorbehalten ist, nicht aber, wenn an die Stelle des Magistrats als verwaltende Behörde ein unteres Organ getreten ist. Die Bezeichnung „Magistrat" im Sinne dieser Gesetzesbestimmung ist ausdehnend auszulegen und trifft zugleich die dem Magistrat unterstellten, für die einzelnen Geschäftszweige errichteten Verwaltungsdeputationen und die ihm ebenfalls unterstellten Gemeindebeamten. Dies gilt auch von der Ausstellung der Gemeindeurkunden (113—117). Die Verabsäumung der Formvorschriften hat aber nur die Unwirksamkeit der Urkunden zur Folge. Dafür, daß eine weitergehende Folge eintritt, bietet der Wortlaut der Gemeindegesetze keinen Anhalt. Nur dann, wenn die Urkunde für das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts unerläßlich ist, insbesondere dann, wenn sich der Rechtsakt in der Urkunde selbst vollzieht, ist mit ihrer Rechtsunwirksamkeit auch das Rechtsgeschäft hinfällig. Ist aber die Errichtung einer Urkunde nicht erforderlich, so ist mit dem Fehlgehen der schriftlichen Organbehandlung noch nicht die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts ausgeschlossen, sofern nur seine sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, insbesondere bei Verträgen die Willenseinigung der Parteien auch ohne Niederschrift in einer Vertragsurkunde erkennbar ist (122). Endlich wird auf die praktische Brauchbarkeit des Ergebnisses hingewiesen und hervorgehoben, die Gefahren, die sich aus der vertretenen Auffassung gegenüber der „Willenstheorie" ergäben, seien keine erheblichen, da, die Unwirksamkeit der Erklärung angenommen, nach §§ 89 Abs. 1, 31 die Gemeinde in jedem Falle zum Schadensersatze verpflichtet sei, soweit das Vertretungsorgan überhaupt nur innerhalb der ihm zustehenden Verrichtungen gehandelt habe.

b) Aus der Rechtsprechung. aa) Allgemeines über die bisherige Rechtsprechung. — Folge des Mangels der verfassungsrechtlichen Form. **RG.** 29. 1. 16, JW. 16, 677, LeipzZ. 16, 677, R. 16, 221 und Nr. 892 hält an der bisherigen Rechtsprechung fest, wonach Verträge, in welchen Verpflichtungen einer Stadtgemeinde übernommen werden, ohne Errichtung einer der Form des § 56 Nr. 8 der Städte-O. entsprechenden Urkunde, durch den Bürgermeister nicht rechtswirksam abgeschlossen werden (vgl. JDR. 13, 14 Anhang zu § 89). — Daß auch der Magistrat in corpore (dessen Vertretungsbefugnis der § 56 Nr. 8 an die Spitze stellt, um in den folgenden Bestimmungen gewisse Erleichterungen zn geben), Verträge für die Gemeinde ohne Beobachtung der in § 56 Nr. 8 Satz 2 vorgeschriebenen Urkundsform nicht abschließen können, ist in den bisherigen Entscheidungen des RG. weder ausdrücklich gesagt, noch aus ihnen zu entnehmen (**RG.** 31, 326, JW. 12, 1064).

Der Mangel der verfassungsrechtlichen Form kann durch Erfüllung nicht geheilt werden. — Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ist nach der ständigen Rechtsprechung des RG. grundsätzlich nicht heilbar, insbesondere nicht durch Erfüllung von der einen oder von beiden Seiten, abgesehen von den im BGB. besonders hervorgehobenen Fällen (§§ 313 Satz 2, 766 Satz 2, 518 Abs. 2, 2301 BGB). — Vgl. auch zu §§ 125 u. 141 BGB.

bb) Insbesondere die Haftung der Kreise. α. **RG.** 31. 5. 16, R. 16, 422. § 137 Abs. 3 KreisO. i. d. Fassung v. 19. 3. 81 ist für alle Rechtsgeschäfte gegeben, durch welche ein Kreis einem Dritten verpflichtet werden soll, nicht bloß für diejenigen dieser Rechtsgeschäfte, über welche tatsächlich eine Urkunde errichtet wird. — Es kann nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, das Vertretungsorgan beim Abschlusse eines mündlichen Vertrages der bezeichneten Art ganz uneingeschränkt, bei schriftlichen Verträgen aber nur unter sehr erheblichen Kautelen und Schutzmaßregeln mit für die Kreise bindender Kraft wirken zu lassen (JW. 05, 446, **RG.** 64, 411; 67, 209; 68, 408). — Wenn der Kreis nicht gebunden wird, so wird es auch nicht der Vertragsgegner (**RG.** 31, 326). — § 137

Abs. 3 betrifft auch Rechtsgeschäfte, durch welche der Kreis Dritten gegenüber eine bedingte Verpflichtung übernimmt, da die Vorschrift zwischen bedingten und unbedingten Verpflichtungen nicht unterscheidet.

β. Posen 23. 2. 15, PosMSchr. 16, 44. Die Kreisausschüsse der Provinz Posen können den Kreis durch formlose Willenserklärungen nicht verpflichten, obwohl § 137 der KreisO. v. 13. 12. 72/19. 3. 81 über die Beurkundung von Rechtsgeschäften in Art. VB Nr. 2 Abs. 2 des Ges. über die allg. LV. in Posen v. 19. 5. 89 nicht aufgenommen ist. Diese Annahme ist aus den Bestimmungen aller in Betracht kommenden Organisationsgesetze — erlassen für die Provinz, den Kreis, die Landgemeinden, die evangelischen und katholischen Kirchengemeinden — für alle solche Korporationen begründet (**RG.** 82, 7).

cc) Einseitige Erklärungen. **RG.** 6. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 516, R. 16, 171. Eine einseitige Verpflichtungserklärung ist auch dann, wenn sie unter einer auflösenden Bedingung abgegeben wird, kein Rechtsgeschäft, das die Gemeinde gegen einen Dritten verbinden soll und daher der Form des § 88 LGO. v. 3. 7. 91 bedarf, vielmehr gelten für sie nur die allgemeinen Grundsätze. (Der Beklagte hatte sich verpflichtet, für alle Parzellen seines Grundstücks auf Verlangen der Gemeinde Pflastergeld zu bezahlen, sobald mit dem Pflastern begonnen werde, — unter der Bedingung, daß für die Parzellen Ausnahmebewilligung zum Bauen erteilt werde.)

dd) Bedingte Erklärungen. **RG.** 6. 4. 16, BankA. 15, 321, JW. 16, 965, R. 16, 518. Die Vorschrift des § 56 Nr. 8, daß die Genehmigung der Aufsichtsbehörde einer von der Stadtgemeinde ausgestellten, diese verpflichtenden Urkunde in beglaubigter Form beigefügt werden muß, hat nur solche Fälle im Auge, in denen die Genehmigung der Aufsichtsbehörde bereits erteilt ist. Wollte man dies nicht annehmen, so käme man zu dem vom Gesetz sicherlich nicht gewollten Ergebnis, daß eine Stadtgemeinde sich auch nicht bedingt, nämlich unter dem Vorbehalt der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, vertraglich verpflichten könnte, was praktisch zu den größten Unzuträglichkeiten führen würde.

ee) Die Anstellung der Beamten. *α*. Laue, PrVerwBl. 37, 479. Die den Formvorschriften entsprechend ausgestellte Anstellungsurkunde verpflichtet die Gemeinde selbst dann, wenn sie einen rechtsgültigen Beschluß über die Anstellungsbedingungen nicht gefaßt hat. Denn diese Beschlußfassung ist ebenso wie die in § 56 Z. 6 StO. vorgeschriebene Anhörung der Stadtverordnetenversammlung vor der Anstellung eine innere Angelegenheit der Stadtgemeinde. Durch die Unterlassung wird die Rechtsgültigkeit der durch Aushändigung der Anstellungsurkunde erfolgten Anstellung gegenüber dem Angestellten nicht berührt.

β. **RG.** 1. 2. 16, LeipzZ. 16, 950. Die Formvorschrift des § 91 ProvinzialO. findet auf die Anstellung von Provinzialbeamten ebensowenig Anwendung wie § 56 Nr. 8 StO. und § 88 Nr. 5 LO. auf die Anstellung von Gemeindebeamten. (Die Anstellung des Klägers als Beamten war gemäß § 60 ProvinzialO., wonach der Provinzialausschuß die Provinzialbeamten zu ernennen hat, durch den Provinzialausschuß erfolgt, und die urkundliche Mitteilung des Landeshauptmanns war erfolgt gemäß dem Willen des Provinzialausschusses.) — Daß die Anstellungsurkunde vom Provinzialausschuß unterzeichnet oder sonst in einer besonderen Form (z. B. mit Siegel) gefertigt werden müsse, ist nirgends vorgeschrieben. — Ebenso **RG.** 19. 9. 16, R. 16, 606.

Zweiter Abschnitt. Sachen.

Schrifttum: Aubele, Die Gefahren der Anwendbarkeit des formlosen Abzahlungsvertrages auf Bauwerke, Gebäude und andere Werke, BayNotZ. 53, 401. — Bouvier, Überbauungen, BayNotZ. 53, 48. — Dickel, Forstpolizeirecht (122ff., betr. Wald- und landw. Grundst., 124, 130. — Anerbengut, 126ff.; Entscheidungen über „ländl. Stelle", „Hof", „Ansiedlungsplatz", „Acker", „Deichähnl. Erhöhung", 130ff.; Bestimmungen der Jagdges. über Größe der Grundst., 132; Pflanzungssuperfizies, 146). — Droste, Das Anbauen an eine übergebaute Giebelmauer, GruchotsBeitr. 60, 251. — Krückmann, Einheit, Subjekt, Person, AZivPr. 114, 174. — Peters, Ersitzung öffentlicher Sachen, VerwA. 24, 167 (Nachweis, daß nach preußischem Rechte die Archive der Körperschaften

des öffentlichen Rechts „durch die Gesetze des Staates von dem gemeinen Verkehr ausgenommen“ (§ 4 I 8 ALR.) waren und daher durch keine Verjährung erworben werden konnten. § 581 I 9 ALR.) — Teich, Die rechtliche Natur der Elektrizitätsleitungsnetze, RheinZ. 8, 329. — Werneburg, Die Maschinen in der Zwangsversteigerung des Fabrikgrundstücks, BayNotZ. 53, 121 u. SächsRpflA. 16, 453. (Vgl. zu § 90 ZG.)

§ 93.

I. Zum Begriff der einheitlichen Sache im allgemeinen. Krückmann, 174. Es ist an sich ganz richtig, wenn die Wissenschaft darauf sieht, ob die Verkehrsauffassung die Sache als Einheit ansieht; dazu ist jedoch zu bemerken, daß tatsächlich die Sachen als Einheiten angesehen werden genau in derselben Weise und aus denselben Gründen, aus denen wir überhaupt den Einheitsbegriff anwenden. (141—163 wird ausgeführt, daß die Zusammenfassung der uns umgebenden Vielheiten zu Einheiten den Uranfang unseres Denkens und Beobachtens darstellt.) Für die Sachen gilt nichts Besonderes, im Gegenteil, sie stellen den eigentlichen Urfall der angewandten Einheit dar. Das gibt aber auch genau die Grenze an, wieweit zu gehen ist. So will z. B. Cosack (§ 42 II 1 b) Spiegel und Konsole, wenn sie im Stil zueinander passen, als Einheit betrachten, sobald sie durch Klammern locker verbunden sind. Darin wird ihm kein Laie folgen. Die verschiedene Namengebung ist ein sicherer Beweis, daß dies zwei verschiedene Einheiten sein sollen. Die Sprache ist unbestechlich und sollte am wenigsten in diesen Fragen vernachlässigt werden. — Es läßt sich auch nicht sagen, daß besondere juristische Erwägungen eingreifen. Im Gegenteil ist vor diesen besonderen juristischen Erwägungen zu warnen, vielmehr darauf zu sehen, daß wir uns möglichst in Übereinstimmung mit der natürlichen Anschauung halten. Für diese haben wir aber ein sicheres Erkenntnismittel, das von den Juristen aber noch immer nicht genügend gepflegt wird, die Sprache.

II. Einzelne Fälle. 1. Dämme. **RG.** 13. 11. 15, R. 16, Nr. 3. Aus der Zugehörigkeit der Böschung zur Dammkrone geht nur hervor, daß auch jener Teil des Dammes unter dem öffentlichen Schutz steht und insoweit das Verfügungsrecht der Klägerin über jenen Teil ihres Grundstücks beschränkt ist. Dagegen wird dadurch das Eigentumsrecht als solches nicht berührt.

2. Doppelgebäude. Giebelmauern. Droste, 253. Die für die Teilbarkeit eines Einzelgebäudes maßgeblichen Grundsätze müssen nicht unbedingt auch für ein Doppelgebäude Geltung haben. Die Teilbarkeit einer durch die Verbindung mehrerer Sachen entstandenen neuen Sache (dadurch, daß ein Gebäude an ein bestehendes Gebäude angebaut wird, werden die beiden Gebäude physisch miteinander verbunden; es entsteht ein Doppelgebäude) bestimmt sich nach eigenen Grundsätzen. Es wäre deshalb möglich, daß ein Gebäudeteil, welcher wesentlicher Bestandteil eines Einzelgebäudes ist, durch das Anbauen eines anderen Gebäudes diese Eigenschaft verliert. Wäre insbesondere die Giebelmauer wesentlicher Bestandteil des Einzelgebäudes, so müßte sie nicht deshalb auch wesentlicher Bestandteil jedes der zu einem Doppelgebäude verbundenen Gebäude sein. Das Einzelgebäude ist ohne Abschlußmauer unbenutzbar. Es wird aber benutzbar, wenn es durch die Mauer des Nachbargebäudes abgeschlossen wird. Im Verkehr wird die Teilung eines Doppelgebäudes verschieden gehandhabt. Regelmäßig wird die Mittellinie der Scheidewand als Grenze bestimmt. Auch eine Dreiteilung ist noch jetzt in der Weise üblich, daß an der ganzen Scheidewand Eigentum der beiden Nachbarn nach Bruchteilen begründet wird. Es geschieht dieses, wenn die Gebäude wesentliche Bestandteile von Grundstücken sind, dadurch, daß die Nachbarn aus der von der Scheidewand überbauten Fläche ein selbständiges Grundstück bilden und sich dieses zu Miteigentum auflassen. Es ist aber auch durchaus keine Seltenheit, daß die Scheidewand in vollem Umfange dem einen oder dem anderen Gebäude allein zugeteilt wird. Einer solchen Teilung die rechtliche Anerkennung zu versagen, würde jedes stichhaltigen Grundes entbehren. Die eigene Abschlußmauer fehlt dem Gebäude regelmäßig, wenn sie vollständig auf dem Nachbargrundstück steht. Auch § 921 BGB. setzt die Möglichkeit voraus, daß die Grenzscheide einem der Nachbarn allein gehört. — Für

die Entscheidung der Frage, ob eine Giebelmauer oder ein anderer Gebäudeteil wesentlicher Bestandteil des Gebäudes ist, ist die Bestimmung des § 94 Abs. 2 nicht verwertbar. Durch die Verbindung der Baumaterialien entsteht das Gebäude als neue Sache. Eine Sache, zu welcher andere Sachen als wesentliche Bestandteile verbunden sind, ist nicht um deswillen unteilbar. — Vgl. ferner zu § 912 BGB.

3. Elektrische Kabeln und Gasleitungen. Braunschweig 9. 2. 15 (Plenarbericht), SeuffA. 71, 131. a) Was Bestandteile sind, sagt das BGB. nicht, bestimmt sich vielmehr ausschließlich nach der Verkehrsauffassung. Dabei kommt es nicht, wie bezüglich des § 97, darauf an, daß sich eine ganz positive Verkehrsauffassung über die Bestandteilseigenschaft einer bestimmten Sache oder Sachenart gebildet hat, sondern nur darauf, ob ein jeder verständige Beurteiler die miteinander verbundenen Sachen im gegebenen Falle als eine einzige Sache ansehen würde oder nicht (JW. 12, 128). Danach aber kann man unbedenklich sagen, daß die bloß mechanische Verbindung einer Sache mit einem Grundstück, dessen Zwecken zu dienen sie gar nicht bestimmt ist, im allgemeinen nicht dazu führen wird, diese Sachen zu Bestandteilen des Grundstücks zu rechnen. Besonders aber wird die Verkehrsauffassung eine derartige Bestandteilseigenschaft der Leitungsstrecken in bezug auf die verschiedenen Grundstücke, die von ihnen durchschnitten werden, verneinen. — Die Gas- und Wasserleitungsrohre, sowie die Stromzuleitungskabel erleiden also durch Einsenkung in fremde Grundstücke an ihren Eigentumsverhältnissen an sich keine Veränderung. Vgl. JDR. 14 Nr. 4a (Dresden 21. 11. 14 jetzt auch SächsOLG. 37, 104), Nr. 4b (**RG.** 5. 3. 15 jetzt auch SeuffA. 71, 178), Nr. 3 (**RG.** 2. 6. 15, jetzt auch 87, 43).

b) Insbesondere die rechtliche Natur der Elektrizitätsleitungsnetze. Teich, 329. Die verschiedenen Meinungen lassen sich heute im allgemeinen dahin zusammenfassen, daß die Juristen meist für die Bestandteils- oder wenigstens die Zubehöreigenschaft sind, während die Technik mehr dazu neigt, das Leitungsnetz als vollständig selbständige dem Elektrizitätswerk gleichberechtigte Sache anzusehen. Teich begründet die neuere (in **RG.** 83, 67 vertretene) Auffassung, wonach die Fern- und Freileitungen als Zubehör erklärt werden, während die ältere Rechtsprechung 48, 267; 67, 233 sie als Bestandteile der elektrischen Beleuchtungsanlage (Zentrale) bezeichnet. Dagegen könne nicht (mit Ingenieur Thierbach, Die Rechtsverhältnisse von Leitungsnetzen, Berlin 1915 S. 5) geltend gemacht werden, die Betriebssicherheit habe verlangt, daß die Möglichkeit der Versorgung ein und desselben Netzes von mehreren Kraftwerken aus erfolgen könne, und deshalb seien heute sogenannte Gegenseitigkeitsverträge zur Aushilfe und Unterstützung bei Betriebsstörungen zwischen mehreren Überlandzentralen durchaus üblich und notwendig. Eine Sache könne rechtlich durchaus Zubehör mehrerer Sachen sein. Die Hauptsache brauche auch an Umfang nicht größer zu sein als das Zubehör. Die Verkehrssitte komme in den allgemeinen Lebens- und Geschäftsgewohnheiten zum Ausdruck. Die Allgemeinheit, deren Sachkenntnis durch keinerlei technisches Vorurteil getrübt sei, werde stets diejenige Stelle, welche die Kraft erzeuge, aber wohl nie diejenige, welche die Kraft (Energie) weiterleite, „vermittele", als die Hauptsache ansehen.

III. Über das Verhältnis des § 93 zu § 94 und § 98 Nr. 1. **RG.** 13. 11. 15, LeipzZ. 16, 603, R. 16, Nr. 1, 2, 4, 56. a) Bei einem für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichteten Gebäude können Einrichtungsgegenstände, wenn sie nicht nach Maßgabe der §§ 97, 98 Nr. 1 BGB. als zum Betriebe bestimmte Gerätschaften Zubehör sind, allerdings auch wesentliche Bestandteile sein. Dies jedoch nur, wenn die Voraussetzungen des § 93 gegeben sind. Gegenstände sind nicht lediglich deshalb, weil sie bei einem für einen gewerblichen Betrieb eingerichteten Gebäude zu den Einrichtungsgegenständen gehören, zur Herstellung des Gebäudes i. S. des § 94 Abs. 2 eingefügt. Vielmehr ist ein für einen gewerblichen Betrieb eingerichtetes Gebäude hinsichtlich des Umfanges der Bestandteile und der Erfordernisse für die Eigenschaft der Bestandteile als wesentlicher ein anderes als das im § 94 Abs. 2 gemeinte Gebäude, das nur die zu seiner Herstellung eingefügten Gegenstände als wesentliche Bestandteile in sich schließt (JW. 11, 574).

b) Wenn es sich darum handelt, ob Gegenstände nach § 93 wesentliche Bestandteile eines eingerichteten Gebäudes im Sinne des § 98 Nr. 1 sind, ist in erster Linie zu prüfen, ob sie durch ihre Einbringung in das Gebäude überhaupt zu dessen Bestandteilen geworden sind. Wie das RG. hinsichtlich der zum Betrieb bestimmten Maschinen und sonstigen Gerätschaften bei dauernd für gewerblichen Betrieb eingerichteten Gebäuden ausgesprochen hat, wäre dazu erforderlich, daß das Gebäude und die Gegenstände sich nach allgemein natürlicher Anschauung zu einer Körpereinheit vereinigt darstellten und die zu dem Ganzen verbundenen Gegenstände ihre frühere Eigenschaft als selbständige Sachen dergestalt verloren hätten, daß sie nur als unselbständige Stücke der Körpereinheit erschienen. Für die Frage, ob dies der Fall, ist die Art und Weise der Zusammensetzung wesentlich. (Lose Verbindung genügt nur unter besonderen Umständen, z. B., wenn die Gegenstände einander besonders angepaßt oder zur Herstellung des Ganzen verfertigt sind (**RG.** 2. 6. 15, JW. 15, 908). c) Zu unterscheiden ist zwischen einem durch Zusammensetzung früher selbständiger Gegenstände zu einer Körpereinheit gewordenen Ganzen und einer zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zweckes zusammengebrachten Sachgesamtheit, der im Verkehrsleben eine einheitliche Bezeichnung gegeben zu werden pflegt. Eine solche Sachgesamtheit ist doch nach Sachenrecht keine Körpereinheit, sondern sie besteht aus einer Mehrheit von Sachen, die ihre körperliche Selbständigkeit bewahrt haben (JW. 11, 532; 12, 123, **RG.** 55, 284; 59, 20. — Betraf eine elektrische Licht- und Kraftstation).

§§ 94, 95.

1. Begriff der „Einfügung". BayObLG. 9. 11. 14, BayObLG. 15, 651. Zur Herstellung eines Gebäudes eingefügt ist ein Gegenstand nur dann, wenn er zwischen andere Gebäudeteile hineingebracht und in die für ihn bestimmte Stelle eingepaßt worden ist, wenn ferner die Einbringung des Gegenstandes dazu mitgewirkt hat, daß das ihn als Teil in sich schließende Gebäude in seiner Eigenart als Baulichkeit hergestellt wurde. (Verneint für einen Dampfkessel mit Überhitzer.)

2. Begriff des Grundstücks. Verbindung mit mehreren Grundstücken (vgl. auch zu § 93 II 2). Bouvier, 48. a) Ist das Bauwerk nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden, so wird es entgegen der Regel des § 94 gemäß § 95 nicht Grundstücksbestandteil. Es behält also seine Selbständigkeit als körperliche Sache des Rechtsverkehrs (§ 90 BGB.), und zwar als bewegliche Sache. Dies ist auch dann anzunehmen, wenn nach der Art der Verbindung mit dem Grundstück oder der Größe des Bauwerks das Bauwerk eine „unbewegliche Sache" zu sein scheint; denn es ist zu beachten daß das Gesetz nur „bewegliche Sachen" und „Grundstücke" unterscheidet und einen die Grundstücke nur mitumfassenden weiteren Begriff einer „unbeweglichen Sache" nicht kennt. Was also nicht Grundstück ist, ist bewegliche Sache, wofern es überhaupt seine Selbständigkeit als körperliche Sache beibehält und nicht Bestandteil einer anderen Sache geworden ist. b) Wird eine Sache mit mehreren Grundstücken verbunden, so wird jeder Bauwerksteil Bestandteil des damit bedeckten Grundstücks. Daß das Gebäude an sich eine einheitliche Sache im Sinne des § 93 BGB. ist, ändert hieran nichts; denn ein Gebäude kann nicht gleichzeitig Bestandteil mehrerer selbständiger Grundstücke und zugleich eine einzige einheitliche Sache im Rechtssinne sein. Da es vielmehr durch die dauernde Verbindung seine Selbständigkeit als körperliche Sache verliert (§ 94 BGB.), so ist § 93 auf das Bauwerk nicht anwendbar.

3. Über die Anwendung der §§ 94, 95 auf das Erbbaurecht vgl. KG. 25. 6. 14 zu § 1017 BGB.

4. Aubele, 401 wendet sich gegen den formlosen Abzahlungsvertrag über Bauwerke, Gebäude und andere Werke im Sinne des § 95 BGB. Er bewirkt gerade das Gegenteil von dem, was das Abzahlungsgesetz an sich bezweckt: das Kreditbedürfnis des wirtschaftlich schwächeren Käufers oder Erwerbers wird nicht nur nicht befriedigt, der Abzahlungsvertrag wird ihm vielmehr direkt gefährlich. Er begibt sich

in die Gewalt des Gläubigers, ohne die Möglichkeit zu erlangen, das Objekt des Erwerbs als reales Pfand zu benutzen. — Die Abweichung von dem Grundsatz der Formfreiheit des Abzahlungsvertrages für dieses besondere Abzahlungsgeschäft würde der wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung desselben entsprechen. Die einzig brauchbare Form dabei wäre die gerichtliche oder notarielle Beurkundung.

§ 96.

1. Nur „subjektiv dingliche" Rechte fallen unter § 96. **RG.** 31. 3. 16, WarnE. 16, 201. § 96 hat nur die Bedeutung, daß die sog. subjektiv-dinglichen Rechte, die mit dem Grundstückseigentum rechtlich verknüpft sind, im Rechtsverkehr so behandelt werden sollen, als ob sie Bestandteile des Grundstücks wären. Zu diesen Rechten sind (die im gegebenen Falle in Betracht kommenden) rein schuldrechtlichen Vertragsrechte nicht zu rechnen, und daran ändert nichts der Umstand, daß sie mit Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Bestimmung zur Zeit der Veräußerung in einem tatsächlichen, geschäftlichen Zusammenhange mit den Gasanstaltsunternehmern und damit auch in einem gewissen tatsächlichen Zusammenhange mit den Grundstücken standen, auf denen dies Unternehmen betrieben wurde. (Betraf die Verstempelung von Vertragsrechten betr. die Gasfortleitung auf fremden Grundstücken, die Gasabgaben, die Benutzung der gemeindlichen Straßen bei ihrer Veräußerung zugleich mit den Grundstücken und dem Gasunternehmen selbst — gemäß Tarif-Nr. 11 a RStStG. v. 15. 7. 09.)

2. *Dickel, 133. Jagdrecht ist nicht Realrecht, sondern Eigentumsinhalt; ebenso Fischereirecht da, wo es dem Grundeigentümer zusteht (wie nach preuß. FischG. v. 1916).

§ 97.

1. Druckereieinrichtung. **RG.** 18. 12. 15, JW. 16, 321, LeipzZ. 16, 547, R. 16, Nr. 383, 384. Der Sachverständige hatte begutachtet, die Bauart des Gebäudes spreche nicht dafür, daß es dauernd und lediglich als Druckereigebäude erbaut sei. RG. billigt trotzdem die Annahme des LG., daß die streitigen Maschinen und Gerätschaften zum Betriebe einer Druckerei Zubehör des für den Druckereibetrieb eingerichteten Hintergebäudes seien, da der Gebäudeteil, wenn er auch nicht ursprünglich zu diesem Zwecke erbaut worden, durch eine nachträgliche bauliche Einrichtung, bei der die Maschinen in entsprechender Weise mit dem Gebäude verbunden werden, die Zweckbestimmung habe erhalten können, dauernd als Druckerei zu dienen. Vgl. hierzu Nußbaum, JW. 16, 322: die Entscheidung sei nur zutreffend, wenn es sich um eine erhebliche bauliche Änderung mit der angegebenen Zweckbestimmung gehandelt habe.

2. Gastwirtschaft und Küferei. LG. Gießen 14. 7. 16, HessRspr. 17, 170. Fässer als Zubehör des Apfelweins. Dagegen nicht Zubehör der aufgestellten Hofraite das Küferhandwerkszeug, die fertigen und halbfertigen Küferwaren und das Werkholz, da die Räume, in denen seither die Küferei betrieben wurde, nicht in erkennbarer Weise gerade für den Betrieb eingerichtet waren.

3. Pferde. Kiel 22. 12. 15, SchlHolstAnz. 16, 4. Der Umstand allein, daß der Grundstückseigentümer den Stall zur Unterbringung seiner Mietpferde benutzt hat, gibt ihm noch nicht die Eigenart eines Reitstalles in dem Sinne, daß die in ihm aufgestellten Pferde Zubehör des Stalles sind.

4. Holzvorräte. **RG.** 17. 3. 15, JDR. 14, Nr. 1 jetzt auch LeipzZ. 16, 746.

§ 98.

Nr. 2. Celle 9. 3. 16, LeipzZ. 16, 1138. Unter einem Landgut im Rechtssinne kann nur eine im einheitlichen Eigentum stehende Grundstückseinheit oder -mehrheit verstanden werden.

§ 99.

1. Früchte des Bergwerkseigentums. Haußmann, GoldschmidtsZ. 78, 390. Im Anschluß an den Fruchtbegriff des BGB. sind die geförderten Mineralien Früchte des Bergwerkseigentums.

2. *Dickel, 154. Fruchtbegriff und Wald; — über planlos und planmäßig bewirtschaftete Holzungen 159ff.; — über Jagdbeute 161, 1061ff. — Vorschriften des BGB. über Früchte bei Jagdpacht 1053; — über Fruchtbegriff bei Familienfideikommissen 995.

§ 100.

1. Ist Kaninchenfang Nutzung des Grundstücks? Nach *Dickel, 163 in der Regel nicht, wenn die Kaninchen nicht jagdbar sind.

2. Über Anwendung des § 100 auf die Jagdpachtung. *Dickel, 1052.

§ 102.

RG. 7. 2. 16. Über das Verhältnis des § 101 Nr. 2 zu § 1569 vgl. § 1569 BGB.

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

Erster Titel. Geschäftsfähigkeit.

Schrifttum: Auerswald, Recht der Minderjährigen in Arbeit und Dienst unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse der im Gewerbebetrieb der Eltern beschäftigten Kinder, GewuKfmG. 22, 27. — Boschan, Der Dienst- und Arbeitslohn des Fürsorgezöglings, ZBlVormundsch. 16, 169. — Cohn, Der nichtentmündigte Geisteskranke im rechtsgeschäftlichen Verkehr, BankA. 16, 52. — Delius, Die rechtliche Stellung des sogenannten Kriegsfreiwilligen, R. 16, 122. — Josef, Zur Bestimmung des Umfangs der Vertretungsbefugnis des Vormundes, AZivPr. 114, 382 (399). — Lazar, Die Vorbereitung zu einer Leistung, Diss. 1916. — Pagel, Zur Lehre von der Rechtsfähigkeit, ABürgR. 42, 227. — Polenske, Zum Begriff des Gastschaftsvertrages, AZivPr. 114, 415.

Vorbemerkungen. Über den Begriff des Rechtssubjekts, Rechtsobjekts und der Rechtsfähigkeit.

1. Pagel, 235. Soll der Rechtssubjektsbegriff (und entsprechend der Rechtsobjektsbegriff) ein ganz allgemeiner Rechtsbegriff sein, dessen materielle Inhalte im einzelnen dem Rechtszweck entsprechend wechseln, je nach der rechtlichen Beziehung, die sich durch einen bestimmten Rechtszweck ergibt — Stammler sagt deshalb (schon in der Gießener Festschrift 1907), Rechtssubjekt sei, was Endzweck des Rechts sei oder von der Rechtsordnung im Sinne des Endzwecks behandelt werde —, so muß das, was nach der Norm geschehen soll, in seinen objektiven Inhalt und seine subjektive Zuständigkeit zerlegt werden. Die zerlegten Bestandteile müssen sodann jeder auf eine in ihnen jedesmal enthaltene, festumgrenzte Einheit bezogen werden. Der objektive Inhalt zeigt als die so zu findende Einheit das Rechtsobjekt, die subjektive Zuständigkeit zeigt die Rechtssubjekte (den Berechtigten und Verpflichteten) an, 239. So wenig wie es eine ein für allemal feststehende materiale Erfüllung des Rechtssubjektsbegriffs überhaupt gibt, so wenig gibt es für alle Normen im Bereiche einer Rechtsordnung eine in geschlossener Zahl feststellbare Reihe von Rechtssubjekten. Vielmehr kann alles, was sich rechtlich als Einheit begreifen läßt, innerhalb derselben Rechtsordnung Rechtssubjekt, aber auch Rechtsobjekt sein, je nachdem die eine oder andere Rechtsnorm, dieses oder jenes Rechtsverhältnis in Frage kommt. Das Kind ist Rechtssubjekt, es hat Rechte und Pflichten; wegen dieser Pflichten kann — in sein Vermögen vollstreckt werden; das Kind haftet. Das Kind ist aber als Gegenstand der elterlichen Gewalt auch Rechtsobjekt. Es ist dem Gewalthaber herauszugeben von dem, der es ihm widerrechtlich vorenthält.

Relative Rechtsfähigkeit begegnet uns ferner durchgängig im Rechte der Gesellschaft und beim sog. nicht rechtsfähigen Verein. Eine bedingte relative Rechtsfähigkeit treffen wir beim nasciturus an und ebenso bei der zur Erbin eingesetzten Stiftung, die erst durch staatliche Genehmigung für den allgemeinen Rechtsverkehr iure pleno ins Leben tritt.

2. Über subjektives Recht, Rechtslage, Erlaubnis, Ermächtigung vgl. *Dickel, Forstpolizeirecht, 165.

§ 104.

1. Feststellung der Geisteskrankheit. a) Stuttgart 25. 1. 16, R. 16, Nr. 619. Die Feststellung einer Geisteskrankheit im technisch-medizinischen Sinne genügt nicht; es muß der Nachweis hinzukommen, daß die Geisteskrankheit die freie Willensbestimmung ausschloß.

b) **RG.** 27. 3. 16, BayRpflZ. 16, 322, LeipzZ. 16, 937. Die Wahnvorstellungen heben die Verantwortlichkeit des Kranken nur insoweit auf, als sie seine freie Willensbestimmung ausschließen. Einer Person, die (wie im gegebenen Falle die Beklagte) von der krankhaften Vorstellung beherrscht wird, daß ihr Mann dauernd die eheliche Treue bricht, kann nicht schon wegen dieser Wahnideen das Vermögen freier Willensbestimmung überhaupt abgesprochen werden.

c) **RG.** 18. 11. 15, R. 16, Nr. 8. Ist bei einem Menschen die freie Willensbestimmung infolge krankhafter und nicht bloß vorübergehender Störung der Geistestätigkeit allgemein ausgeschlossen, dann ist er nach § 104 Nr. 2 schlechthin geschäftsunfähig, und bedarf es keines besonderen Nachweises dafür, daß er auch gerade bei dem einzelnen Geschäft, um das es sich handelt, unter dem Einfluß seiner krankhaften Vorstellungen oder Triebe gestanden habe und von ihnen beherrscht worden sei. (Daher für unerheblich erachtet, daß im gegebenen Falle nicht besonders der Einfluß der geistigen Erkrankung auf das Testament festgestellt war.) — Ebenso **RG.** 9. 12. 15, LeipzZ. 16, 1470. — Vgl. auch zu § 6, 1.

2. Geschäftsunfähigkeit trotz Aufhebung der Entmündigung angenommen von BayObLG. 16. 9. 16, R. 16, Nr. 1837, da festgestellt, daß die Geistesschwäche des X nicht geheilt sei und X an ausgeprägtem Querulantenwahne leide.

§ 105.

1. **RG.** 11. 1. 16, FrankfRdsch. 49, 225, LeipzZ. 16, 800, R. 16, Nr. 385. Willenserklärungen, die jemand in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden geistigen Zustande abgegeben hat, sind nach § 105 nichtig, einerlei, ob der Zustand seiner Natur nach von Dauer ist oder nicht. Wenn in § 105 Abs. 2 von dem Zustand einer vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit die Rede ist, so soll damit nur der Gegensatz zu § 104 Nr. 2 betont werden, der die Geschäftsunfähigkeit begründet.

2. Der nicht entmündigte Geisteskranke im rechtsgeschäftlichen Verkehr. a) Cohn, 52 untersucht die drei Fragen: 1. Sind die Gefahren, die der rechtsgeschäftliche Verkehr mit anscheinend geschäftsfähigen Geisteskranken mit sich bringt, in so hohem Maße vorhanden, daß man darum von einem die Rechtssicherheit bedrohlichen Zustand zu sprechen berechtigt ist? 2. Reichen die bestehenden Gesetze aus, ihnen zu begegnen? 3. Welche gesetzlichen Maßnahmen erscheinen geeignet, Abhilfe zu schaffen? Die erste Frage wird bejaht, die zweite verneint. § 105 Abs. 1 zieht nur die sich von selbst ergebenden Folgen, zu denen die Voraussetzung des § 104 Nr. 2, wonach der Wille des Geisteskranken als Wille nicht in Betracht kommt, nötigt. Darum setzen diejenigen, welche lehren, daß eine vernünftige Auslegung zu einem vernünftigen Rechtszustand führt, sich nicht über den Wortlaut, sondern in Wahrheit über das Gesetz hinweg. — Zu 3. An dem Grundsatz der absoluten Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ist festzuhalten, die Gewährung des Anspruchs auf das negative Interesse ist der Entscheidung nach billigem Ermessen vorzuziehen. — Auf dem Gebiete des Grundbuchverkehrs ist der Schutz des guten Glaubens an die Richtigkeit des Inhalts des Grundbuchs auf den Mangel der Geschäftsfähigkeit auszudehnen. Die nämlichen Grundsätze sind auf die Willenserklärungen, welche gegenüber einem nicht erkennbaren Geisteskranken abzugeben sind (§ 131 BGB.), entsprechend anzuwenden. Vgl. JDR. 14, Nr. I u. II, **RG.** 10. 3. 15 jetzt auch GruchotsBeitr. 60, 118.

b) Einen von der Rechtsprechung bisher noch nicht betretenen Weg zur Lösung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit unerkennbar Geisteskranken weist LG. Nürnberg 27. 11. 13, JW. 16, 1434. Das Gesetz knüpft in den beiden Fällen des § 104 Nr. 2 und 3 die Rechtsfolge der Geschäftsunfähigkeit nicht an die bloße Tatsache der geistigen Erkrankung, ebensowenig

wie der dritte Fall der Geschäftsunfähigkeit in § 104 Nr. 1 aus der geistigen Beschaffenheit der Minderjährigen allein sich ergibt; es muß vielmehr je noch ein weiteres hinzukommen: die von der des Normalen abweichende geistige Verfassung muß in die äußere Erscheinung treten. Es muß der Minderjährige unter 7 Jahren sein, seine geistige Unreife muß durch die durch das Alter bedingte körperliche Beschaffenheit erkenntlich sein; im Falle der Nr. 3 muß der Kranke entmündigt sein, was wiederum nach § 6 Nr. 1 BGB. zur Voraussetzung hat, daß das Leiden dadurch in Erscheinung tritt, daß der Kranke seine Angelegenheite nnicht zu besorgen vermag; im Falle der Nr. 2 aber muß die krankhafte Störung der Geistestätigkeit den Ausschluß der freien Willensbestimmung verursachen und so in die äußere Erscheinung treten. (Verneint bei einem an progressiver Pyralyse leidenden Bauspekulanten, dessen Erklärungen Grundbuchrichter und Notar seit Jahren beurkundeten, ohne ihn als geisteskrank zu erkennen.)

3. Über den Einfluß der Geschäftsunfähigkeit auf den „Gastschaftsvertrag", wenn man in ihm einen einseitig verbindenden Schuldvertrag erblickt, vgl. Polenske, 420; siehe auch zu § 721.

§ 107.

1. Die rechtliche Stellung der sogenannten Kriegsfreiwilligen. Delius, 122 bekämpft die Ansicht des Reichsmilitärgerichts, das auf den zwischen dem Freiwilligen und der Heeresverwaltung zu schließenden öffentlich-rechtlichen Vertrag die Vorschriften des BGB. über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger für entsprechend anwendbar erklärt. (**RMG.** 6. 1. 16; 19, 291, DStrafrZ. 16, 178. Die Geschäftsfähigkeit der Kriegsfreiwilligen und die davon abhängige Rechtswirksamkeit des abgeschlossenen Dienstvertrags ist nach den Gesetzen des Staates zu beurteilen, dem sie angehören. Stellen diese Gesetze aber weitergehende Voraussetzungen für die Geschäftsfähigkeit auf als das deutsche Recht, so ist die Einstellung des Kriegsfreiwilligen rechtsgültig, wenn die Voraussetzungen der §§ 107 ff. BGB. gegeben sind.) Die uneingeschränkte Anwendung privatrechtlicher Grundsätze auf öffentlich-rechtliche Verträge hat große Bedenken gegen sich. Für privatrechtliche Verhältnisse mag ein Schwebezustand erträglich sein, unmöglich ist er aber für die Soldateneigenschaft. — Man kann also nur sagen: Fehlt die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, dann kann keine Soldateneigenschaft erworben werden. Nachträgliche Genehmigung hat keine rückwirkende Kraft, sondern gilt erst vom Zeitpunkt ihrer Erteilung ab. — Zustimmend dagegen v. Olshausen, LeipzZ. 16, 430.

2. Über den Einfluß der beschränkten Geschäftsfähigkeit auf den Gastschaftsvertrag als einseitig verbindender Schuldvertrag vgl. Polenske, 421; siehe auch unten zu § 721.

§ 108.

Lazar, 61 untersucht, ob die Genehmigung eines Vertrags durch den gesetzlichen Vertreter zugleich eine Genehmigung für eine ohne seine Einwilligung abgegebene, die Hauptverpflichtung vorbereitende Willenserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen darstellt. Ein Minderjähriger erhält z. B. die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zum Abschluß eines Kaufvertrags. Zur Zahlung des Kaufpreises hat er vorher einen Teil seines Guthabens bei der Sparkasse abgehoben. Wenn er kein anderes Vermögen als die Forderung an die Sparkasse besaß und der Vertreter dies wissen mußte, wird die Genehmigung des Kaufes auch die für die Abhebung umfassen. Besitzt der Minderjährige kein Vermögen, so dürfte ein Einverständnis des dies wissenden Vertreters mit dem Kaufe auch die Genehmigung der Geldbeschaffung hierzu in sich schließen, z. B. durch Aufnahme eines Darlehns. Sollte der gesetzliche Vertreter dagegen irrtümlich angenommen haben, der Minderjährige besitze Vermögen, mit dem er den Kaufpreis bezahlen könne, so steht ihm, wenn er nachträglich von dem Darlehn erfährt, die Anfechtung der Genehmigung zu. → Der letztere Satz ist bedenklich; es liegt ein unerheblicher Irrtum im Beweggrund vor. ←

§§ 109, 110.

v. Schwerin in der Besprechung von Schreiber, Schuld und Haftung (vgl. JDR. 14 zu §§ 106 ff.), GoldschmidtsZ. 78, 511 bekämpft die Ansicht Schreibers, daß § 109 nicht angewendet werden könne, wenn der Vertrag seinem Inhalte nach durch Erfüllung allein nach § 110 vollgültig werde. Soweit die Absicht der Erfüllung mit seinen Mitteln zwar auf seiten des Minderjährigen bestanden, der Gegenkontrahent aber nicht gewußt habe, daß er mit einem Minderjährigen zu tun habe, sei der volle Schutz des § 109 Abs. 1 notwendig. — Nicht die Mittel sind, wie man ungenau sagt, frei, sondern die Verfügung ist eine mehr oder weniger freie. Verfügt der Minderjährige unter Überschreitung der ihm gesetzten Schranken, so tritt allerdings keine Wirksamkeit nach § 110 ein; aber er hat auch nicht mit „freien Mitteln" erfüllt. — Man muß scharf unterscheiden zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft. Dieses ist mit der Überlassung der Mittel genehmigt, jenes dagegen nicht. Nach § 110 gilt aber das Verpflichtungsgeschäft als wirksam, wenn das genehmigte Verfügungsgeschäft vorgenommen ist. Bis zu dessen Vornahme kann das Verpflichtungsgeschäft genehmigt und es kann die Genehmigung verweigert werden; die Verweigerung hindert die nachfolgende Anwendung des § 110. — Schwerin leugnet ferner den von Schreiber behaupteten Unterschied zwischen zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäften der §§ 107—109 und Rechtsgeschäften kraft Ermächtigung nach § 110.

§ 110.

Verfügungen über Ersparnisse. BayObLG. 2. 6. 16, BayRpflZ. 16, 263, LeipzZ. 16, 1321, R. 16, Nr. 1449, 1450. Ob die Verfügungsgewalt des Mündels sich auch auf die an Stelle des überlassenen Geldes getretenen Ersatzstücke erstrecke und ob ihm auch darüber die freie Verfügung zustehe, darüber gehen in der Rechtslehre die Meinungen auseinander. Die Frage des Umfanges der Verfügungsgewalt ist indessen weniger Rechts- als Tatfrage. Wieweit vom gesetzlichen Vertreter die Überlassung zur freien Verfügung gewollt ist, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Ein Grundsatz, daß die Überlassung von Geldern zur freien Verfügung auch die freie Verfügung über die Ersatzstücke einschließe, ist weder aus dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck des § 110 zu entnehmen. — Verkehrsbedürfnis und allgemeine Lebenserfahrung spielen bei der Auslegung der vom Vater oder Vormund eingeräumten Befugnis eine wesentliche Rolle. (Vgl. **RG.** 74, 234; Boethke DJZ. 03, 450; Riezler, daselbst 565; Wimpfheimer, DJZ. 12, 277; Brenn, R. 12, 436.)

§ 111.

Josef, 399, 413. Die Vaterschaftsanerkennung und ebenso die Unterhaltsverpflichtung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft im Sinne des § 111, zu dem der Minderjährige der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf, ohne letztere ist diese Erklärung des Minderjährigen nach Satz 1 unwirksam, nichtig, so daß sie auch nicht einmal durch nachträgliche Genehmigung des Vaters wirksam werden kann. Aber dessenungeachtet darf das AG. nicht auf Grund des Art. 40 Abs. 2 PrFGG. die Beurkundung ablehnen; denn (trotz der entgegengesetzten Angabe des Minderjährigen) ist die Möglichkeit doch vorhanden, daß der Vormund dem Mündel vorher die Einwilligung zur Abgabe der verlangten Erklärungen erteilt hat, so daß diese also nicht „offenbar" ungültig gewesen wären. Dagegen ist das Ersuchen um Beurkundung der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung abzulehnen, wenn nicht der Vormund zu gleicher Zeit mit dem Mündel zu gerichtlichem Protokoll diese Unterwerfungserklärung des Mündels genehmigt hat.

§ 112.

Weber, DRZ. 16, 238 fordert, daß nicht nur zum selbständigen Betrieb des Geschäfts durch den Minderjährigen und zum Erwerbe eines Geschäfts als Ganzen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung verlangt, sondern daß auch die Geschäftsführung des Vaters beaufsichtigt und er in allen Fällen, in denen er auf den Namen des minderjährigen Kindes ein Erwerbsgeschäft betreibt, alljährlich veranlaßt werde, dem Gerichte eine Ver-

mögensübersicht mit Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit einzureichen, daß ferner, falls der Vater oder die Mutter nach ihrer Vergangenheit keine Garantie für gute Geschäftsführung biete, ein Gegenvormund bestellt werde. Dadurch würden Schiebungen von Eltern auf die Kinder fast unmöglich gemacht und viele Interventionsprozesse vermieden.

§ 113.

1. GG. Solingen 25. 11. 15, GewuKfmG. 21, 115. Ein Minderjähriger, der ermächtigt ist, eine Stelle selbständig anzunehmen und die Bedingungen hierfür zu vereinbaren, kann rechtsverbindlich eine Erklärung unterschreiben, nach der versäumte Zeit in keinem Fall gezahlt werden soll. (Die Klage auf Bezahlung der durch Besuch der Fortbildungsschule versäumten Zeit wurde daher abgewiesen.)

2. Auerswald, 29 untersucht zunächst im allgemeinen die Rechtsverhältnisse, die sich ergeben, wenn der gesetzliche Vertreter den Arbeitsvertrag für den Minderjährigen abschließt, oder wenn der Minderjährige selbst den Arbeitsvertrag auf Grund der Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters im Bereiche von § 113 BGB. schließt. Im letzteren Falle sei nur der Minderjährige zur Führung des Prozesses berechtigt, ein Eingreifen des Vertreters in den Prozeß ausgeschlossen. Der Widerruf der Ermächtigung könne nur dem Minderjährigen gegenüber erklärt werden, die Vorschriften der §§ 167 und 170 BGB. seien nicht anwendbar, wohl aber § 172 Abs. 2 entsprechend anzuwenden, da die Bestimmung in § 113 in erster Linie zur Sicherheit des Verkehrs beitragen wolle. Über den Teil des Barlohnes müsse der Minderjährige, auch wenn jener der Verwaltung des Vaters unterstehe, insoweit selbständig verfügen können, als er ihn zur Erfüllung der ihm nach dem Arbeitsvertrag obliegenden Verpflichtung benötigt. Wegen der Zuständigkeit für die Einklagung der Lohnforderung vgl. zu § 14 GVG. — Sodann werden die Fälle erörtert, wenn Kinder in den eigenen Geschäftsbetrieben ihrer Eltern tätig werden. Ist ein Arbeitsvertrag zwischen den Familienbeteiligten nicht vereinbart worden, so kommen die Vorschriften über den Arbeitsvertrag nicht in Frage. Ein Lehrvertrag ist dem § 113 nicht zu unterstellen. Vgl. LG. Leipzig 4. 2. 16, GewuKfmG. 21, 171. Ist ein Dienst- und Arbeitsvertrag zwischen Gewalthaber und Kind geschlossen, so ist zu unterscheiden, ob der Minderjährige bereits auf Grund erteilter Ermächtigung des § 113 bei Dritten vorher in Arbeit oder Dienst gewesen ist, oder zum ersten Male bei dem Gewalthaber selbst in ein Arbeitsverhältnis tritt. Im letzteren Fall liegt die Sache ebenso, als wenn der Gewalthaber als gesetzlicher Vertreter für den Minderjährigen mit Dritten den Arbeitsvertrag geschlossen hat; die Ermächtigung des § 113 fehlt hier also. Der Vertrag selbst ist materiell unwirksam wegen Kollision der beiderseitigen Interessen. Der Gewalthaber oder Vormund hat gemäß § 1909 Abs. 2 dem Vormundschaftsgericht behufs Bestellung eines Teilpflegers Anzeige zu machen. Dagegen wird ein gültiger Arbeitsvertrag im Sinne des § 113 geschlossen (nicht etwa die erteilte Ermächtigung widerrufen), wenn der Minderjährige bereits vorher die Ermächtigung zum Abschluß von Arbeitsverträgen mit Dritten erteilt erhalten hatte.

3. Der Arbeits- und Dienstlohn des Fürsorgezöglinge. Boschan, 170. Der durch den Zögling verdiente Lohn fließt dem Kommunalverband nicht als Entgelt für die Arbeitsleistung zu, sondern gehört zu den allgemeinen Einnahmen der Fürsorgeerziehung, denen die in § 15 FEG. genannten Ausgaben gegenüberstehen. Es steht mit der Rechtslage durchaus im Einklange, wenn die Kommunalverbände davon Gebrauch machen, den dem Zögling gutgeschriebenen Lohn diesem nicht sofort auszuhändigen, sondern die Aushändigung ganz oder in einzelnen Abschnitten von dem Beweise guter Führung abhängig zu machen.

Zweiter Titel. Willenserklärung.

Schrifttum: Bang, Falsa demonstratio. Ein Beitrag zur Lehre der Auslegung und Anfechtung, IheringsJ. 66, 310. — Bayer, Die Zustellung einer Erklärung an eine unrichtige Person, VerwA. 24, 246. — Busch, Die zivilrechtliche Wirksamkeit von Verträgen,

die unter Überschreitung der Höchstpreise geschlossen sind, DJZ. 16, 127. — Dickel, Forstpolizeirecht. — Endemann, Das Testament im Briefe, DJZ. 16, 32. (Hierzu Weißler, DNotV. 16, 283.) — Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZVlFG. 16, 600. — Frankenburger, Die rechtsgeschäftliche Anfechtung der Willenserklärung nach dem derzeitigen Stande der Rechtsprechung, HoldheimsMSchr. 16, 195, 216. — Fuchs, Stellung der sog. Freirechtsschule zu den Formvorschriften, DNotV. 16, 369. — Fuld, Schadensersatz und Einwand der Sittenwidrigkeit, R. 16, 640. — Hallbauer, Die Sicherungsübereignung eine Ehrenrettung, BankA. 15, 261. — Hermann, Mündliche Nebenabreden zu schriftlichen Verträgen, HoldheimsMSchr. 16, 86. — Hoyer, Über Prämienverfall beim Tode des Versicherten im Kriege, R. 16, 35. (Hierzu Dörstling, a. a. O. 168 u. Schubart, a. a. O. 215.) — Jäger, Sukzessivlieferungsverträge im Konkurse, LeipzZ. 16, 22. — Josef, Die Schadensersatzpflicht der Agenten bei Vermittlung verbotener Verträge, ABürgR. 42, 81. — Josef, Zur Bestimmung des Umfangs der Vertretungsbefugnis des Vormundes, AZivPr. 114, 382 (392). — Klein, Kann sich ein Mißverhältnis der Leistungen im Sinne des § 138 Abs. 2 auch aus Umständen ergeben, die der Eingehung des Geschäfts nachgefolgt sind? BayRpflZ. 16, 108. — Kipp, Die guten Sitten im Kriege, DJZ. 16, 466. — Krückmann, Noch etwas von den guten Sitten, LeipzZ. 16, 1457. — Krückmann, Das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und die Sittenwidrigkeit des Leistungsvertrages, BayRpflZ. 16, 273. — Lazar, Die Vorbereitung zu einer Leistung, Diss. 1916. — Lehmann, Die Kriegsbeschlagnahme als Mittel der Organisation der Rohstoffe und Lebensmittelversorgung, 1916. — Löwenberg, Der Kriegsbankier, DJZ. 16, 859. — Lurje, Die Umgehung des Gesetzes im öffentlichen Recht, PrVerwBl. 37, 322. — Mangler, Die Einschränkung der schrankenlosen Vertragsfreiheit, DRZ. 16, 79. — Neukamp, Die Sicherungsübereignung, BankA. 15, 113 u. 134. — Nußbaum, Theoreme und Wirklichkeit in den allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts, ABürgR. 42, 109, 183, 187. — Oertmann, Rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot und einstweilige Verfügung, R. 16, 58. — Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, JheringsJ. 66, 130. — Pagel, Prozessieren wider Treu und Glauben, Rechtsgang 2, 213. — Richter, Die fiduziarische Übertragung des Prozeßführungsrechts im eigenen Namen, GruchotsBeitr. 60, 766; vgl. zu § 50 ZPO. — Riehl, Die Anfechtungsklage wegen arglistiger Täuschung, GruchotsBeitr. 60, 801. — Schmidt, Sind Dienstbarkeiten als Verfügungsbeschränkungen zu bezeichnen? BayNotZ. 53, 133. — Schneider, Treu und Glauben in der Rechtsanwendung, LeipzZ. 16, 1466. — Seeger, Überfahrtsrechte, BoschersZ. 16, 197. — Spitzauer, Höchstpreise und deren Einwirkung auf laufende Verträge, BayRpflZ. 16, 197. — Starck, Zu §§ 124, 823 BGB., R. 16, 98. — Sturm, Über volkstümliche Rechtsprechung, DRZ. 16, 444. — Wiesmann, Bildung von Eigenjagdbezirken, VerwA. 24, 367 (Fiduziarische Eigentumsübertragung zur Bildung von Eigenjagdbezirken).

Nußbaum, 183. Rechtstatsächliche Erörterungen zur Lehre vom Rechtsgeschäft, insbesondere über die Bedeutung des Stempel-(Verkehrssteuer-)Rechts für das private Verkehrsrecht, über die Formularvereinbarungen durch Interessentengruppen, über das rechtsgeschäftliche Urkunden- und Formularwesen; — ferner über die geringe praktische Bedeutung der Begriffe „Rechtsgeschäft, Willenserklärung" (187). — In den wenigen Beispielen, die aus der Praxis zu entnehmen sind, zeigt sich, daß mit der Entscheidung, ob Rechtsgeschäft oder nicht, wenig gewonnen ist. Denn wenn die Entscheidung negativ ausfällt, so bleibt erst die Hauptfrage zu beantworten, nämlich ob die formell für die Rechtsgeschäfte erlassene Vorschrift nicht analog auf die betreffende Rechtshandlung anzuwenden ist. Es wird deshalb regelmäßig dahingestellt bleiben können, ob formell ein Rechtsgeschäft vorliegt oder nicht, die Untersuchung wird vielmehr der Frage zu gelten haben, ob eine bestimmte Rechtsregel, z. B. über die Zulässigkeit der Vertretung oder über die Folgen der Geisteskrankheit, ihrem Grundgedanken nach auf den Fall anwendbar ist oder nicht.

§ 117.

1. Umgehungs- und Scheingeschäft. a) Lurje, 322. Wesentlich ist die Untersuchung des Inhalts des Verbotsgesetzes und seine Vergleichung mit dem Inhalt des zur Umgehung des Verbotsgesetzes vorgenommenen Rechtsgeschäfts. (Nicht vom Umgehungsgeschäft ist auszugehen.) — Eine Umgehung des Gesetzes ist begrifflich überall da denkbar, wo der Gesetzgeber in den von ihm aufgestellten Rechtsnormen den Rechtsuntertanen

ein bestimmtes Handeln gebietet oder verbietet. Gebots- und Verbotsgesetze sind es also, bei denen man von einer Umgehung sprechen kann. Auszuscheiden sind die Gebots- und Verbotsgesetze, die als Folge der Zuwiderhandlung entweder überhaupt keine Bestimmung aussprechen oder sich damit begnügen, unter Anerkennung der dem Gebot oder Verbot zuwider vorgenommenen Handlung eine zivilrechtliche Ersatzpflicht auszusprechen. In Betracht kommen lediglich die Gebots- und Verbotsnormen, die als Folge der Zuwiderhandlung die Nichtigkeit des Geschäfts aussprechen (§§ 248, 125 BGB.), und nicht nur eine bestimmte Rechtsform betreffen. Um die Wirkungen der Umgehung eines Verbots- oder Gebotsgesetzes festzustellen, kommt es vor allem darauf an, festzustellen, ob ein Verbots- oder Gebotsgesetz in diesem weiteren Sinne vorliegt. Dies ist eine Frage der Gesetzesauslegung; der wirkliche Inhalt, nicht der Wortinhalt des Gesetzes ist maßgebend. — Das zur Umgehung getätigte Rechtsgeschäft ist seinem Wesen nach durchaus nicht Scheingeschäft. — Es ist derart vorzugehen, daß zunächst untersucht wird, ob ein Scheingeschäft vorliegt, und erst bei Verneinung dieser Frage festzustellen, ob die begrifflichen Voraussetzungen eines Umgehungsgeschäfts gegeben sind. (Im behandelten Falle, wo Altkupfer zum zulässigen Höchstpreise angeboten, daran jedoch die Bedingung für den Käufer geknüpft war, Zink zu einem den Marktpreis um 70 M. überschreitenden Preise abzunehmen, konnte die Vereinbarung eines gemäß § 117 BGB. nichtigen Zinkkaufs vorliegen. Gleichzeitig war das verdeckte, von den Parteien in Wirklichkeit gewollte kombinierte Rechtsgeschäft nichtig, da der Kupferkauf wegen Übertretung der Höchstpreisverordnung unmittelbar nichtig war und ein Zinkverkauf zum Marktpreis ohne gleichzeitigen Kupferverkauf nicht dem Willen der Vertragsparteien entspricht.) Folgen Beispiele der Umgehung des Art. 13 Preuß. Verf., §§ 29—34 GewO., der Tarifstelle 25b des preuß. StStG. vor der Novelle v. 26./30. 7. 1909; des § 24 des Pensionsgesetzes für Offiziere v. 31. 5. 06.

b) Katzenstein, JW. 16, 1183. Wenn das RG. (wie in JW. 16, 49) sich auch auf anderen Rechtsgebieten, z. B. auf dem der Gehaltsschiebungsverträge zu dem Satz bekannt hätte, daß auch in der Benutzung erlaubter Rechtsformen eine Gesetzesumgehung liegt, wenn dadurch die rechtspolitischen Zwecke anderer Vorschriften vereitelt werden, so wären wir mancher crux unseres Rechtslebens ledig.

c) **RG.** 17. 1. 16, WarnE. 16, 68 läßt die Feststellung des LG. gelten, daß die Beteiligten, indem sie dem Beklagten das Recht eingeräumt haben, Pfandbestellung an den Maschinen zu verlangen, damit eine Sicherungsübereignung gemeint haben. Sei hiernach eine Sicherungsübereignung von vornherein beabsichtigt gewesen, dann könne von einer Umgehung des Gesetzes nicht die Rede sein; es sei denn der Wille der Vertragschließenden darauf gerichtet gewesen, daß die Maschinen in das Eigentum des Beklagten übergehen, von der Aktiengesellschaft aber leihweise weiter benutzt werden sollten.

2. Insbesondere die Sicherungsübereignung. Neukamp, 113 erörtert a) die Rechtsgütigkeit der Sicherungsübereignung, b) die Frage der wirtschaftlichen Notwendigkeit, c) welche gesetzgeberischen Maßnahmen sich empfehlen, um sie in einer brauchbaren Weise umzugestalten. Zu a) Vom Standpunkt des geltenden Rechts aus muß daran festgehalten werden, daß die Rechtsgültigkeit einer Übereignung nicht deshalb in Frage gestellt werden kann, weil sie „zu Sicherungszwecken" erfolgte, da bei unserer „abstrakten" Eigentumsordnung weder die causa, noch der Zweck der Eigentumsübertragung ihre Gültigkeit zu beeinflussen vermag. (Es ist aber zu untersuchen, wie in Wirklichkeit die Sachlage gestellt ist.) Der Erwerb einer Sache zu Eigentum mit der Absicht, daß der Veräußerer sie, wie bisher wirtschaftlich nutzen, besitzen, die Gefahr ihres Untergangs tragen soll usw., ist eine contradictio in adjecto. — Jede Auslegung, die einen auf eine Sicherungsübereignung gerichteten Vertrag als auf wirklichen Eigentumserwerb abzielend bezeichnet, verstößt gegen § 157 BGB. Denn es ist mit „Treu und Glauben" nicht in Einklang zu bringen, wenn ein auf Erwerb von „Eigentum" gerichteter Wille da „konstruiert wird", wo in Wirklichkeit nichts anderes vorliegt,

als eine Verpfändung (114). Zu b u. c) Die Sicherungsübereignung hat nur dann einen Sinn, wenn dem „Sicherheitsbesteller“ die Sache, mit der die Sicherheit bestellt werden soll, zu eigener wirtschaftlicher Benutzung belassen wird. Eine solche wirtschaftliche Benutzung und Verwendung ist aber nur bei körperlichen Sachen, nicht dagegen bei Forderungen möglich, da deren wirtschaftliche Verwertung lediglich in ihrer „Einziehung besteht“ (115). Für eine Sicherungsübereignung von Forderungen besteht daher kein wirtschaftliches Bedürfnis. Ebensowenig für eine solche von Grundstücken, da hier die Hypothek dem Gläubiger ausreichende Sicherheit gewährt und die wirtschaftliche Weiterbenutzung des Pfandgrundstücks gestattet. Die Nachteile, die mit der Zulassung der Sicherungsübereignung beweglicher Sachen, deren wirtschaftliche Benutzung dem Schuldner nicht entzogen werden soll, verbunden sind und die Gefahr ihres Mißbrauchs überwiegen die Vorteile in solcher Weise, daß einer gänzlichen Beseitigung dieser Einrichtung schwerlich Bedenken entgegenstehen dürften. Mindestens empfiehlt sich eine dem Art. 717 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs entsprechende Bestimmung. (Der Richter entscheidet nach seinem Ermessen über die Wirksamkeit der Übereignung, wenn damit die Benachteiligung Dritter oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist (136/137). — Vgl. ferner die Ausführungen 134 über die Sicherungsübereignung als Verstoß gegen die guten Sitten. — Nicht deshalb, weil der Schuldner geknebelt wurde, sondern lediglich deshalb, weil seine Gläubiger selbst durch die Sicherungsübereignung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise geschädigt worden sind, kann die Anwendung des § 826 BGB. zu ihren Gunsten in Frage kommen; mit anderen Worten, die Sittenwidrigkeit muß sich gegen die Gläubiger richten und dadurch ihr Schaden entstanden sein. — Vgl. dagegen Hallbauer, 261. Die Unzulänglichkeit der pfandrechtlichen Gesetzgebung ist es, die der Sicherungsübereignung die Daseinsberechtigung gegeben hat. Die moderne Entwicklung des geschäftlichen und industriellen Lebens hat eine große Reihe von Werten geschaffen, die wirtschaftlich und finanziell zur Sicherstellung sehr wohl geeignet sind, diese Sicherstellung auf dem Wege des Pfandrechts nicht gewähren können. — Die Sicherungsübereignung ist aber (de lege ferenda) nur bei solchen Sachen zuzulassen, die in der Hand des Übereigners zum Gebrauche oder zur Benutzung bestimmt sind, nicht aber bei Dingen, die der Übereigner verbrauchen oder veräußern will (also insbesondere nicht die Übereignung eines ganzen Warenlagers). Vgl. hierzu auch Silberschmidt, HoldheimsMSchr. 16, 224 und die dort wiedergegebene Entsch. München 15. 6. 16; ferner Neukamp, BankA. 15, 310 Anm. 2.

3. Die Sicherungsabtretung. a) Rostock 13. 7. 15, MecklZ. 34, 174. (Wirkung des Treuhandverhältnisses bezüglich einer von dem Treuhänder zur Sicherheit abgetretenen und demnächst zurückerworbenen Forderung des Treugebers.) Es wurde im Anschluß an **RG.** 45, 80 und 79, 121 bejaht, daß die Treugeberin (hier die Ehefrau des Gemeinschuldners) gegenüber der Konkursmasse des Treuhänders (des Ehemannes) die Forderung als ihr gehörig in Anspruch nehmen konnte, obwohl der Ehemann, nachdem ihm die Forderung zurückübertragen war, eine Rückübertragung auf die Ehefrau noch nicht vorgenommen hatte.

b) Colmar 21. 12. 15, SeuffA. 71, 136. Der abtretende Treugeber mag berechtigt sein, den Auftrag zu widerrufen und dadurch einen Anspruch auf Rückübertragung zu erlangen. Solange er von diesem Rechte keinen Gebrauch macht, ist er zur Einziehung der Forderung nicht befugt. Diese Lösung ist nicht nur theoretisch die einzig mögliche, sondern entspricht auch den Verkehrsbedürfnissen, indem sie dem Schuldner der Forderung, dem die Abtretung bekannt geworden ist, den erforderlichen Schutz angedeihen läßt, da er nicht wissen kann, welches Verhältnis zwischen altem und neuem Gläubiger besteht und ihm eine weitere Prüfung in dieser Richtung nicht zugemutet werden kann, nachdem ihm der bisherige Gläubiger die Abtretung angezeigt hat. Ebenso Dresden 10. 6. 15, SächsOLG. 37, 131. Andererseits für das Widerspruchsrecht des Abtretenden gegenüber Pfändungen von Gläubigern des Inkassozessionars Hamburg 22. 3. 16, R. 16, Nr. 1084.

c) Über die Verpflichtung des Zessionars zur Beitreibung und Rech-

nungslegung vgl. Dresden 20. 1. 14, OLG. 33, 242 zu §§ 402, 666 BGB., über den Anspruch auf Rückübertragung KG. 15. 4. 15, OLG. 33, 245.

4. Treuhandgeschäft überhaupt. Karlsruhe 14. 10. 14, BadRpr. 16, 83. Ein Treuhandgeschäft zur Vermeidung des Konkurses ist als unter der Bedingung abgeschlossen anzusehen, daß der Konkurs nicht eintritt.

5. Die fiduziarische Eigentumsübertragung zur Bildung von Eigenjagdbezirken. Wiesmann, 367, 377 bespricht den, besonders in Westfalen häufigen Fall der Bildung von Eigenjagdbezirken durch Übertragung von Miteigentum (A, B und C, die je 30 ha besitzen, schaffen durch gegenseitige Auflassung von Eigentumsbruchteilen — $^1/_{1000}$ — ein Miteigentumsverhältnis). Wiesmann spricht sich gegen ein Scheingeschäft aus; die Absicht der Parteien gehe ernstlich darauf hin, die Rechtsänderung tatsächlich eintreten zu lassen, und zwar mit den geringsten möglichen Mitteln. Ferner wird die Sittenwidrigkeit des Geschäfts verneint unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des OVG., die sogar die in der offenkundigen Absicht der Steuerersparung vorgenommenen Rechtsgeschäfte als nicht gegen die guten Sitten verstoßend ansieht (384). Endlich wird verneint, daß § 4 JagdO. ein Verbotsgesetz enthält (385).

b) Über die fiduziarische Übertragung des Prozeßführungsrechts im eigenen Namen vgl. zu § 50 ZPO.

7. Stempelrechtliche Fragen auf dem Gebiete der Sicherungsgeschäfte. a) KG. 15. 1. 15, DNotV. 16, 33. Maßgebend ist der Wert der übereigneten Gegenstände, nicht der geringere Wert der zu sichernden Forderung. Ebenso **RG.** 8. 10. 15, R. 16, 52, WarnE. 16, 17. Wenn zur Erreichung des Sicherungszwecks die rechtsgeschäftliche Übertragung von Forderungen gewählt wird, so geht eine solche Beurkundung über die Sicherstellung von Rechten i. S. der Tarifstelle 59 d. G. v. 30. 6. 09 hinaus.

b) **RG.** 23. 11. 15, DNotV. 16, 647, HoldheimsMSchr. 16, 78, R. 16, 52, WarnE. 16, 78. Gegenstandswert ist der Gesamtbetrag der abgetretenen Mieten. Die vom Darlehnsgläubiger übernommene Verpflichtung, die einzuziehenden Mietbeträge auf seine Forderung zu verrechnen, darf als eine Gegenleistung für die Abtretung nicht angesehen werden. Diese Pflicht folgt ohne weiteres aus dem Sicherungszweck der Abtretung.

8. Zum 1500-Mark-Vertrag. GewuKfmG. 22, 64. Die außerordentliche Ausschußsitzung des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte vom 19./20. 9. 16 beschloß einen Antrag an die gesetzgebenden Körperschaften, in dem die Unterbindung dieses Vertrages durch eine Gesetzesbestimmung und gleichzeitig eine sofortige Reform des Lohnbeschlagnahmegesetzes dahin gefordert wird, daß, ebenso wie bei den Beamten, auch bei allen privaten Arbeitnehmern nur der dritte Teil des die Unpfändbarkeitsgrenze übersteigenden Lohnbetrages der Lohnbeschlagnahme unterliegt.

§ 118.

1. Muß nach § 118 BGB. die Erwartung, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, objektiv erkennbar und gerechtfertigt sein? Senf, PosMSchr. 16, 106. §§ 116 und 118 dürfen nicht auf eine gleiche Grundlage gestellt werden. Wenn feststeht, daß die Erklärung unverhohlen und als ein Spiegelbild des inneren Willens des Erklärenden abgegeben ist, so kann davon keine Rede sein, an seine Offenheit und Ehrlichkeit auch noch einen objektiven Maßstab anzulegen. Anderenfalls geriete man in das Gebiet des § 116. — Während die Kenntnis des anderen Teils in § 117 auf einer Verabredung beruht, kommt es in § 118 nur darauf an, daß die Erwartung bestanden hat, der andere sei im Einverständnis mit dem Erklärenden. Die sog. mißlungene Simulation hingegen, bei der der Erklärende einseitig ohne Einverständnis mit dem anderen Teil annimmt, daß dieser die Nichternstlichkeit seiner Willenserklärung erkennen und zum Schein darauf eingehen werde, fällt stets unter § 118 und verdient überhaupt nicht die Bezeichnung Simulation.

2. **RG.** 31. 1. 16, R. 16, Nr. 890. Erforderlich ist, daß der andere Teil die Erklärung als ernstgemeinte Willenserklärung hat auffassen dürfen und so verstanden hat.

§ 119.

I. Bang, 344, 351, 363. Falsa demonstratio und § 119 BGB. Es ist wünschenswert, daß bei einseitigem Irrtum in der Erklärungshandlung — mag es sich um ein einseitiges empfangsbedürftiges oder nichtempfangsbedürftiges Rechtsgeschäft oder um die Vertragserklärung eines Teils handeln — der Satz falsa demonstratio non nocet an Stelle des § 119 Abs. 1 BGB. angewendet werde, wenn aus den Begleitungsumständen oder der Erklärung selbst erkennbar ist, was der Erklärende gewollt hat. — Es wird ausgeführt, daß in diesen Fällen trotz des Widerspruchs von Wille und Erklärung auf Grund § 157 BGB. der § 119 Abs. 1 keine Anwendung findet, wenn sich die Abweichung der Erklärung auf unwesentliche Nebenumstände bezieht; anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn der einseitige Irrtum den Kern des Rechtsgeschäfts, den Inhalt der Erklärung betrifft. Einer Ausdehnung der aufgestellten Auslegungsregel auf die Fälle des erkennbaren Irrtums über den Inhalt der Erklärung steht sowohl die Bedeutung des Rechtssatzes selbst, als die Vorschrift des § 122 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 119 Abs. 1 entgegen. Dagegen entspricht eine solche Erweiterung in Fällen des gemeinsamen gleichartigen Irrtums bei Verträgen einem weitgehenden Verkehrsbedürfnis und besonders der Vorschrift des § 157, sowie des § 117 Abs. 2 BGB. (Dementsprechend wird die Gültigkeit von Verträgen, bei denen die Parteien sich übereinstimmend einer anderen als der verkehrsüblichen Bezeichnung bedient haben, gegen Kipp und Titze verteidigt.) — Vgl. zu § 133 u. § 313 BGB.

II. Fälle des rechtsgeschäftlichen Irrtums. 1. a) Über Kredit- und Zahlungsfähigkeit. **RG.** 18. 12. 15, LeipzZ. 16, 534, R. 16, Nr. 386. Nicht bloß ein Irrtum über Zahlungsfähigkeit des Vertragsgegners, auch ein Irrtum über die Zahlungsfähigkeit anderer mit dem Inhalte des Vertrages verknüpfter Personen (insbesondere von Vertragsbürgen) kann wesentlich sein. Erforderlich ist jedoch immer, daß der behauptete Irrtum für den Abschluß des Vertrages ursächlich gewesen sei, was gerade beim Irrtum über persönliche Eigenschaften streng zu prüfen ist. **RG.** 66, 385, GruchotsBeitr. 28, 292; 52, 923; 56, 575, JW. 12, 27, R. 07, Nr. 3440.

b) Anfechtung eines Lieferungsvertrags wegen Irrtums über die Kreditwürdigkeit des Käufers. Hamburg 15. 4. 16, HansGZ. 16, Beibl. 236 und Rostock 22. 11. 15, MecklZ. 34, 254, OLG. 32, 340. Vgl. dagegen Hamburg 4. 4. 16, OLG. 32, 339, wo der beklagte Bürge gegen den Darlehnskläger geltend machte, daß der Hauptschuldner bei Kenntnis der angeblichen Verfehlungen des Klägers und seiner dadurch bedingten Ersatzansprüche nicht auf die Einrede gegen den Anspruch aus dem Darlehne verzichtet haben würde; das sei Irrtum im Beweggrund. Vgl. JDR. 13, II 5; 14, III 4.

2. Anfechtung einer Urkunde, die ungelesen unterschrieben ist. Dresden 7. 6. 16, SächsRpflA. 16, 300 hält im Anschluß an **RG.** 57, 358; 62, 201; 77, 309 daran fest, daß, wer eine Urkunde unterzeichnet, ohne sich eine Vorstellung von deren Inhalt zu machen, sie wegen Irrtums nicht anfechten kann, und daß die Anfechtung nur zuzulassen ist, wenn die Urkunde in der irrigen Meinung unterzeichnet wird, sie gebe die vorausgegangenen Vertragsbedingungen wieder und stimme inhaltlich mit dem überein, was sich der Unterzeichnete auf Grund dieser Besprechungen vorstellte. Vgl. auch **RG.** 28. 9. 16, R. 16, Nr. 1838.

3. Anfechtung einer irrtümlichen Vaterschaftsanerkennung gemäß § 1720 Abs. 2 BGB., Haberling, HessRspr. 17, 238, ist nichts anderes, als die Anfechtung einer Willenserklärung, eines einseitigen Rechtsgeschäfts und erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 119, 121, 143 BGB. durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner, auch gegenüber einer Behörde (§ 143 Abs. 4 Satz 2 BGB.).

III. Abgrenzung des rechtsgeschäftlichen Irrtums gegenüber dem Irrtum im Beweggrund. 1. Preisberechnung. Hamburg 22. 10. 15, HansGZ. 16, Beibl. 59. Kläger hatte auf einen Speicher durch den Beklagten ein Stockwerk aufbauen lassen, als Preis waren 2000 M. vereinbart. Kläger behauptete, dabei sei eine Zeichnung

verwendet worden, welche falsche (zu große) Maßangaben enthalten habe. Bei Zugrundelegung der richtigen Maße würde der Beklagte etwa 500 M. weniger zu beanspruchen gehabt haben. Der Anspruch hierauf wurde von BerG. abgewiesen. Es sei nicht etwa ein bestimmter Preis für das einzelne Kubikmeter unbebauten Raumes zwischen den Parteien ausgemacht und danach der Gesamtpreis von 2000 M. berechnet worden, sondern im Verhältnis der Parteien komme nur der Gesamtpreis von 2000 M. als Pauschsumme in Betracht. Es liege ein Kalkulationsfehler auf seiten des Beklagten vor, auf den sich der Kläger weder zu seinem Vorteil berufen, noch gegebenenfalls zu seinem Nachteil festgelegt werden könne. (Überdies war festgestellt worden, daß der Kläger nicht überteuert sei, sondern einen angemessenen, ja billigen Preis bezahlt habe. Der Anfechtung stehe daher auch entgegen, daß der Kläger den fraglichen Vertrag bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles geschlossen haben würde.) Vgl. JDR. 13, II 3c.

2. Sukzessivlieferungsverträge im Konkurse. Jäger 22 (im Anschluß an die LeipzZ. 16, 22 angeführte und besprochene Entscheidung **RG.** 29. 6. 15). Liegt der Irrtum des Verwalters darin, daß er sich einbildete, der Abruf einer einzelnen Lieferung löse eine Masseschuld auch nur für den dieser Lieferung entsprechenden Teil des Kaufpreises aus, dann kann er die im Erfüllungsverlangen liegende Willenserklärung nicht nach § 119 anfechten. Nur von den rechtlichen Folgen, von der juristischen Tragweite seiner Erklärung hat er sich eine falsche Vorstellung gemacht. Dagegen liegt, wie das RG. in ständiger Rechtsprechung annimmt, ein die Anfechtbarkeit des § 119 begründender Irrtum des Verwalters dann vor, wenn er der Überzeugung war, die vor dem Konkurse vollzogenen Lieferungen seien bereits bezahlt gewesen (**RG.** 51, 283; 62, 201; 85, 221; JW. 06, 105). Hier hat ihn in der Tat eine falsche Vorstellung von der Sachlage geleitet. Dabei ist aber zu beachten, daß von einem Irrtum immer nur dann die Rede sein kann, wenn der Verwalter sich über den tatsächlichen Stand der Geschäftsabwicklung eine Ansicht gebildet hatte. Wer überhaupt keine Vorstellung hat, der hat auch keine falsche (vgl. Hölder, BGB. § 119 Anm. 2, **RG.** 62, 205).

IV. Insbesondere der Irrtum über Rechtsfolgen. 1. **RG.** 3. 6. 16, JW. 16, 1183, LeipzZ. 16, 1171 u. 1361. Der Begriff der Rechtsfolgen und seine Bedeutung für die Irrtumsanfechtung ist in der Rechtslehre Gegenstand lebhaften Streites. — Vgl. besonders Heide, Irrtum über Rechtsfolgen in der Festgabe für Krüger. — Von einigen — Danz, JheringsJ. 46, 430, Oertmann, SeuffBl. 67, 29, Titze, Mißverständnis 443, 455 — wird gelehrt, daß die Rechtsfolgen grundsätzlich zu dem Inhalt der Erklärung gehören. Diese Auffassung geht jedenfalls zu weit. Anzuerkennen ist aber, daß auch ein Irrtum über den mit einer Willenserklärung zu erzielenden rechtlichen Erfolg ein Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung sein kann. Die wesentliche Bedeutung einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung besteht gerade darin, daß durch sie die Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Rechten, also ein rechtlicher Erfolg erstrebt wird. Bildet dieser Erfolg einen Bestandteil des erklärten rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, so gehört er zum Inhalte der Erklärung. Ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung liegt daher vor, wenn infolge Verkennung oder Unkenntnis seiner rechtlichen Bedeutung ein Rechtsgeschäft erklärt ist, das nicht die mit seiner Vornahme erstrebte, sondern eine davon wesentlich verschiedene Rechtswirkung, die nicht gewollt ist, hervorbringt; nicht dagegen, wenn ein rechtsirrtumfrei erklärtes und gewolltes Rechtsgeschäft außer der mit seiner Vornahme erstrebten Rechtswirkung noch andere, nicht erkannte und nicht gewollte Rechtswirkungen hervorbringt. (Im gegebenen Falle hatte in einer notariell beglaubigten Urkunde der Gläubiger über einen Teil der Hypothek quittiert und die Löschung des gezahlten Betrags im Grundbuche bewilligt, ferner war einer Sparkasse der Vorrang vor dem Reste eingeräumt. Kläger, der mitunterzeichnete Grundstückseigentümer, beantragte die bewilligte Löschung des gezahlten Betrages im Grundbuche und stimmte der Vorrangseinräumung genehmigend zu. Demnächst focht der Kläger seine Erklärung mit der Behauptung an, er habe geglaubt, daß das von ihm Erklärte die Übertragung des Ranges der ersten Hypothek

auf die Hypothek der Sparkasse „enthalte". RG. erachtete die Anfechtung im Gegensatze zum BerG. für begründet. In dem Antrag auf Löschung sei die Erklärung enthalten, daß die Eigentümergrundschuld aufgegeben werde. Habe der Kläger diese Erklärung nicht abgeben wollen, so liege ein Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung vor.)

2. KfmG. Hamburg 16. 6. 15, GewuKfmG. 21, 118. Eine Handlungsgehilfin, die eine ungültige Vereinbarung über die Kündigungsfrist eingegangen, hatte bei ihrem Fortgange schriftlich auf alle Ansprüche verzichtet. Die Anfechtung wegen Irrtums wurde zurückgewiesen. Wenn sich die Klägerin in einem Rechtsirrtum befunden, so würde er sich nicht auf ihre letzte schriftliche Erklärung, sondern auf die Abmachung über den Kündigungsausschluß beziehen, d. h. die Klägerin ist vielleicht in dem Rechtsirrtum befangen gewesen, sie müsse die schriftliche Verzichtserklärung unterschreiben, weil sie doch auf jede Kündigungsfrist gültig verzichtet habe. Das wäre ein Irrtum im Beweggrunde. → Nicht geprüft wurde, ob der Verzicht gegen § 138 BGB. verstößt. ←

IV. Einzelne besondere Fälle des Irrtums im Beweggrunde. 1. Bürgschaftsübernahme. Hamburg 19. 1. 15, HansGZ. 16, Beibl. 181. Wenn jemand eine Bürgschaft unterzeichnet, nachdem ihm irrtümlich gesagt ist, daß auch seine sämtlichen Mitgesellschafter unterzeichnet haben, so betrifft der Irrtum nicht einen Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes der Bürgschaftsübernahme, sondern bezieht sich auf einen Umstand, der außerhalb des Rahmens seiner Willenserklärung liegt.

2. Gerichtlicher Vergleich. KfmG. Berlin 24. 8. 15, DJZ. 16, 1004. Unzulässig ist die Anfechtung eines gerichtlichen Vergleichs unter der Behauptung, der amtierende Richter habe bei Vorschlag des Vergleichs zuungunsten einer Partei gerechnet. Die Erwägungen, die den Richter zum Vorschlag veranlaßten, sind belanglos.

3. Naturalisation. Kann einer gemäß § 11 StAngG. v. 1. 6. 70 ausgehändigten, die Kinder des Eingebürgerten ausdrücklich mitumfassenden Naturalisations- (Einbürgerungs-) Urkunde gegenüber im Prozesse geltend gemacht werden, daß die Urkunde auf Irrtum, insbesondere über die Ehelichkeit der Kinder beruhe? **RG.** 1. 7. 15, GruchotsBeitr. 60, 349. Die Annahme des BerG., daß eine formell ordnungsmäßige Naturalisation nicht dadurch unwirksam wird, daß nachträglich ein Irrtum der verleihenden Behörde in der Feststellung ihrer gesetzlichen Voraussetzungen über diese nachgewiesen wird, ist von der Revision nicht angefochten. Sie entspricht auch der in der Literatur herrschenden Ansicht der Rechtsprechung des OVG. (OVG. 13, 409; 27, 410; 55, 234) und vor allem auch dem praktischen Bedürfnisse. Wenn man aber auch eine Rückgängigmachung der Naturalisation wegen Irrtums für zulässig erachten würde, so könnte diese doch nur von der für die Erteilung zuständigen oder von der vorgesetzten Behörde, nicht aber von dem Richter, der im Prozeß über die Staatsangehörigkeit als eine Vorfrage für ein anderes Rechtsverhältnis zu entscheiden hat, ausgesprochen werden. — Vgl. auch für die subsidiäre Geltung der im allgemeinen Teil des BGB. gegebenen allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung von Willenserklärungen auf rechtsgeschäftliche Verwaltungsakte Alexander-Katz, VerwA. 24, 500 und die Anm. 10 a. a. O. Angeführten.

4. Kriegsrecht. Grünebaum, DJZ. 16, 847. Wenn die auf Grund der Kriegsverordnungen abgelieferten oder verkauften Gegenstände nicht in der beabsichtigten Weise verwendet werden, so bleibt der Kauf rechtsgültig; es liegt nur ein Irrtum im Beweggrunde vor.

VI. Anwendung auf § 779 BGB. **RG.** 13. 11. 14, WarnE. 16, 448. Die Anfechtung wegen Irrtums ist ein Rechtsbehelf, der gegen Rechtsgeschäfte jeder Art gegeben ist.

VII. Allgemeines zur Rechtsanwendung. Sturm, 444 wendet sich gegen die formalistische Beurteilung der Rechtshandlungen rechtskundiger Parteien, die bei dem formularmäßigen Abschluß von Miet-, Dienst-, Lehrverträgen einerseits, andererseits von Versicherungsverträgen unter Vermittlung von Agenten häufig vorkommen. Bei den ersteren sei es verkehrt, wie das meistens geschehe, die Frage des offenen oder versteckten

Dissenses zu erörtern. Eine Meinungsverschiedenheit der Parteien liege nicht vor, sondern eine versehentlich und aus Flüchtigkeit begangene Unterlassung. Es sei festzustellen, was die Parteien gewollt haben, und wo die Flüchtigkeit liege, nicht einfach der Vertrag als nicht geschlossen anzunehmen oder zu vermuten. „Auch bei Versicherungsverträgen stellt die heutige Praxis zu hohe Anforderungen an die Geschäftsgewandtheit der Partei, sie schiebt ihr allzusehr die Verantwortung für das zu, was sie unterschrieben hat; und sie ist der Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung deswegen schwer zugänglich. Namentlich aber die Täuschung ist ein begriffliches Gebiet, das vollkommen außerhalb des geschlossenen Vertragsinhalts liegt; sie kann darum auch begrifflich durch den Vertrag nicht ausgeschaltet und unwirksam gemacht werden. Sie fällt aus tatsächlichen Gründen fort, wenn der Antragsteller auf mündliche Nebenabreden wissentlich verzichtet" (448).

VIII. Über die entsprechende Anwendung der §§ 119ff. auf Irrtum und Mißverständnis der Beteiligten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vgl. Josef, DRZ. 16, 642 unten zum FGG.

§ 120.

Starck, LeipzZ. 16, 301 verneint die Möglichkeit einer Anfechtung im Falle bewußt falscher Übermittlung. Da die Übermittlung der Willenserklärung durch Boten oder Anstalt an die Stelle der Erklärungshandlung des Erklärenden tritt, so kann bei der Bezugnahme auf § 119 in § 120 nur eine Gleichstellung des Übermittlungsirrtums mit dem Irrtum in der Erklärungshandlung in Frage kommen. Ein Irrtum in der Erklärungshandlung aber liegt nur vor, wenn der Erklärende eine Erklärung des abgegebenen Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, wenn die Erklärung unbewußt dem Willen des Erklärenden nicht entspricht. Aus der Gleichstellung des Übermittlungsirrtums mit dem Irrtum in der Erklärungshandlung in § 120 ergibt sich danach, daß die Verfälschung der Erklärung bei der Übermittlungshandlung gleichfalls eine unbewußte sein muß.

§ 121.

1. Die Anfechtung wegen Irrtums muß als solche erklärt werden. **RG.** 19. 11. 15, WarnE. 16, 11. Wer einen Vertrag wegen arglistiger Täuschung anficht, will damit nicht auch die Unwirksamkeit des Vertrages durch eine in ihren Voraussetzungen und rechtlichen Folgen verschiedene Anfechtung wegen Irrtums herbeiführen, wenn auch eine der Voraussetzungen der erfolgreichen Anfechtung wegen Irrtums, die Anfechtungserklärung, schon in der Erklärung der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gefunden werden könnte. (Es wurde daher gebilligt, daß das BerG. die Prüfung daraufhin, ob die behaupteten Tatsachen auch die Anfechtbarkeit wegen Irrtums zu begründen vermöchten, nicht vorgenommen. Die Prüfung habe, weil sie eine Verletzung der für die ZPO. geltenden Verhandlungsmaxime bedingt haben würde, nicht einmal vorgenommen werden dürfen.)

2. Kenntnis des Anfechtungsgrundes. **RG.** 8. 7. 16, LeipzZ. 16, 1225. Des Irrtums muß sich der Anfechtungsberechtigte bewußt gewesen sein (85, 221). Ob hierzu eine Überzeugung erforderlich ist oder das „deutliche Bewußtsein", daß dem so ist, genügt, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls genügt es zur Annahme eines Bewußtseins von dem Irrtum nicht, daß der Anfechtungsberechtigte bei hinreichender Aufmerksamkeit mit dem Bestehen des Irrtums hätte rechnen müssen, oder daß die Vermutung des Irrtums nahegelegen hat. Dadurch wird nur ein fahrlässiges Nichtkennen (Kennenmüssen) begründet, während das Gesetz ein wirkliches Kennen des Anfechtungsgrundes erfordert. Vgl. JDR. 14, 1.

3. Unverzügliche Anfechtungserklärung. a) Lazar, 55. Überhaupt wird das Gesetz überall da, wo es die „unverzügliche" Vornahme von Handlungen und Willenserklärungen einer Person verlangt, dieser Zeit zu einer Vorbereitung bewilligen, die häufig nur in Einziehung von Erkundigungen, Prüfung, Befragung eines Rechtsanwalts usw. bestehen wird. Bezüglich der Vorbereitung der Erklärung der Anfechtung nach § 121 BGB. ist dies von besonderer Bedeutung.

b) Hamburg 15. 4. 16, HansGZ. 16, Beibl. 237. Eine Verpflichtung zu drahtlicher Anfechtung besteht nicht.

c) Jena 29. 1. 14, ThürBl. 62, 273. (Es handelte sich um die hilfsweise Anfechtung eines Vergleichs für den Fall, daß der vom Beklagten behauptete Sinn des Vergleichs vom Gericht festgestellt wurde.) Es ist ein unabweisbares Verkehrsbedürfnis, daß die Anfechtungserklärung so rasch abgegeben wird, als es die Umstände gestatten. Sonst wird die Sicherheit des Rechtsverkehrs erschüttert und der Anfechtungsgegner unerträglich lange im Ungewissen gelassen, so daß er außerstande ist, sein Verhalten zeitig je nach der Rechtslage einzurichten (**RG.** 49, 395). Um diesen Nachteilen zu begegnen, muß man die Kenntnis in Fällen, wie dem vorliegenden, in den Zeitpunkt verlegen, in dem der Anfechtungsberechtigte die Umstände erfährt, die ihm das Vorhandensein seines Irrtums nahelegen.

§ 122.

Lazar, 87, 89. Da das Gesetz die Verpflichtung zum Ersatze bei materiell unwirksamen Verträgen von anderen Gesichtspunkten, der Interessenlage und dem Verschulden aus, regelt, ist die Tatsache, daß in den letzteren Fällen der Schuldner nicht schadlos gehalten wird, trotz der tatsächlichen Unbilligkeit folgerichtig.

§ 123.

A. Abs. 1.

1. Natur des Rechts im allgemeinen. Stuttgart 20. 10. 14, WürttJ. 27, 267. Der § 123 ist kein Schutzgesetz, keine selbständige Verbotsvorschrift, aus der unabhängig von der Frage der Anfechtung mit Hilfe des § 823 Abs. 2 BGB. ein Schadensersatzanspruch abgeleitet werden könnte. Das Recht aus § 123 ist vielmehr lediglich das Recht, durch einseitige Erklärung die Rechtslage zu ändern, anders zu gestalten, ein Gestaltungsrecht. Wird das Recht ausgeübt, so folgt hieraus nicht unmittelbar ein „Anspruch", insbesondere nicht ein Schadensersatzanspruch, sondern die Folgen der Aufhebung bestimmen sich aus § 142 BGB.

2. Voraussetzungen der arglistigen Täuschung. Mangelnde Aufklärung a) Löwenberg, 860. Ist der Börsen- oder Marktpreis nur dem einen bekannt und weiß dieser, daß der andere ihn nicht kennt, dann muß nach Treu und Glauben der Wissende den Nichtwissenden über die Abweichung aufklären, wenn kein Anhalt dafür vorliegt, daß der letztere den Kauf ohne Rücksicht auf die Marktlage tätigen will. — Unterläßt er diese Aufklärung und nimmt er unter Ausnutzung dieses Irrtums das Angebot an, so macht er sich einer arglistigen Täuschung schuldig, die alle Tatbestandsmerkmale des § 826 BGB. und in der Regel auch diejenigen des § 263 StrGB. aufweist. Das gilt erst recht von dem im Verkehr sich häufiger ereignenden Fall, wo der Verkäufer von dem über die Marktlage nicht unterrichteten Käufer einen den Marktpreis übersteigenden Betrag gefordert und von diesem in der Annahme bewilligt erhalten hat, die Forderung entspreche den Grundsätzen von Treu und Glauben, also der Marktlage. Hier ruft der Verkäufer arglistig den Irrtum beim Verkäufer hervor, spekuliert also von vornherein auf dessen Unkenntnis. In allen diesen Fällen kann der Getäuschte den Kauf auf Grund des § 123 anfechten.

b) **RG.** 19. 5. 16, DJZ. 16, 990, R. 16, Nr. 1676, WarnE. 16, 394. Die Parteien waren darüber einig, daß eine objektive Feststellung der Echtheit der für 17 000 M. verkauften Stradivariusgeige nicht möglich war, da die Meinung der Sachverständigen bei einer großen Anzahl von Geigen auseinandergingen. Bei dieser Sachlage war es Pflicht des Beklagten, dem Kläger von der Ansicht einer hervorragenden Autorität (Hill in London) Mitteilung zu machen.

c) Hamburg 9. 10. 15, OLG. 32, 355, R. 16, Nr. 9. Die Aussicht auf ein längeres Behalten einer Gastwirtschaft ist beim Erwerb durch Kauf ein wesentlich bestimmender Umstand. Wenn daher der Verkäufer weiß, daß der Grundstückseigentümer in Vermögensverfall geraten ist und die Gefahr der Zwangsversteigerung droht, so ist er verpflichtet,

dem anderen Teile diese Tatsache mitzuteilen. Unterläßt er dies, so handelt er arglistig. Ebenso **RG.** 14. 7. 16, R. 16, Nr. 1840 u. Hamburg 14. 7. 16, OLG. 33, 297.

d) GG. Schöneberg 20. 3. 16, GewuKfmG. 21, 206. Der Beklagte hatte ständig in Berliner Tageszeitungen Anzeigen veröffentlicht, in denen er lohnende Heimarbeit versprach. Dadurch waren die Klägerinnen veranlaßt worden, gegen eine Vergütung von 10 M. bei ihm einen Unterrichtskursus zur Ausbildung als Krawattennäherin zu nehmen. Der Klage auf Rückzahlung wurde stattgegeben. Der Beklagte habe die ihm nach Treu und Glauben obliegende Pflicht zur Aufklärung dahin unterlassen, daß die Klägerinnen als Krawattennäherinnen in absehbarer Zeit keine Aussicht auf Erwerb hätten. Dadurch habe er die Klägerinnen arglistig getäuscht.

3. Besondere Fälle der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.

a) Beitritt zu einer Genossenschaft. Werneburg, ZBlFG. 17, 180 (Übersicht über die ältere Rechtsprechung des RG.).

b) Beitritt zu einer G. m. b. H. LG. II Berlin 8. 11. 15, BauersZ. 23, 180, KGBl. 16, 28. Ebensowenig wie der Aktionär, kann der Gesellschafter einer G. m. b. H. gegenüber der Forderung auf Zahlung der rückständigen Stammeinlage geltend machen, daß er durch falsche Vorspiegelungen der Gründer zur Beteiligung veranlaßt worden sei. Denn die Beteiligung ist nicht nur eine Erklärung gegenüber den übrigen Gesellschaftern als Privatpersonen, sondern sie ist dazu bestimmt, ein Teil der Grundlagen eines in das Verkehrsleben tretenden Rechtssubjekts zu werden. (Aus dem gleichen Grunde kann die Beitrittserklärung auch nicht bedingt abgegeben werden.) Vgl. c.

c) Umsatz von Aktien. **RG.** 2. 6. 16, JW. 16, 1194; R. 16 Nr. 1451. Der Grund, der bei den Zeichnungserklärungen für den Ausschluß der Anfechtung und der Schadensersatzklagen gegen die Gesellschaft maßgebend war, fehlt, wenn, nachdem die Aktiengesellschaft mit dem ursprünglichen oder erhöhten Kapital ins Leben getreten ist, der Umsatz von Aktien in Frage steht.

d) Bürgschaft. **RG.** 3. 7. 16, JW. 16, 1270. Anfechtung eines Bürgschaftsvertrags wegen arglistiger Täuschung begangen durch den Vertreter einer juristischen Person (Aktiengesellschaft), in dessen Interesse die Übernahme der Bürgschaft erfolgte, und der den Vertrag seinerseits als Vertreter der juristischen Person mit abgeschlossen hatte.

e) Über die Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft nach § 1718 BGB. vgl. Senf, ThürBl. 63, 135; vgl. zu § 1718 BGB.

f) Versicherungsvertrag. Karlsruhe 24. 11. 15, DJZ. 16, 739. § 22 VVG. schließt die Anfechtung von Versicherungsverträgen auch wegen arglistiger Täuschung des Versicherers durch den Versicherungsnehmer über nicht als Gefahrumstände anzusehende Verhältnisse nicht aus.

4. Anfechtung wegen Drohung. a) Voraussetzung. Kiel 2. 3. 16, SchlHolstAnz. 16, 114. Für die Anfechtung wegen Drohung genügt die Ausnutzung einer gewissen Zwangslage nicht.

b) Anfechtung eines Wechsels wegen Drohung nicht gegen Dritte vgl. Hamburg 30. 3. 16, OLG. 32, 342 zu Art. 82 WO.

B. Abs. 2.

1. Über den Begriff des „Dritten". a) Reichel, GrünhutsZ. 42, 244. Der den Gegenkontrahenten betrügende negotiorum gestor, dessen Geschäftsführung nachträglich genehmigt wird, ist im Verhältnis des Geschäftsherrn zum Gegenkontrahenten kein „Dritter" im Sinne des § 123 BGB. (unter Bezugnahme auf **RG.** 76, 109 und Geppert, R. 15, 264). Vgl. JDR. 14 I, 1.

b) Rostock 28. 6. 15, OLG. 32, 356 über Warenbestellung auf Grund betrüglicher Vorspiegelungen des Handlungsagenten. Vgl. JDR. 14, I 5.

c) Grundsätzliche Erörterungen des Begriffs bei Besprechung der Frage der Haftung des Geschäftsherrn für die Vertragsabschlußgehilfen

ohne Vertretungsmacht; in Ansehung der Anfechtungs- und Bereicherungsklage. Riehl, 914. Die Frage, ob und inwieweit die arglistig getäuschte Vertragspartei nach § 123 BGB. anfechten und auf Grund begründeter Anfechtung die Bereicherungsklage erheben kann, wenn die Täuschung durch arglistige außervertragliche Vorspiegelungen eines Vertragsabschlußgehilfen ohne Vertretungsmacht bewirkt ist, hängt davon ab, ob solche Gehilfen als Dritte im Sinne des § 123 Abs. 2 anzusehen sind oder nicht. (Es wird bekämpft, daß das RG. im Anschluß an Motive 1, 206 als „Dritten" im Sinne des § 123 jeden ansieht, der nicht Empfänger der Willenserklärung ist, d. h. nicht den Vertragsabschlußgehilfen mit Vertretungsmacht — 72, 133; 76, 107 —, wohl aber die Vertragsabschlußgehilfen ohne Vertretungsmacht, die Geschäftsvermittler.) Die Auslegung des RG. ist keineswegs zwingend; ebensogut wie man den letzten Satz der Motive zur Bestimmung des „Dritten" heranziehen und als Dritten denjenigen hinstellen kann, der nicht der Empfänger der Willenserklärung ist, darf man sich auf den ersten Satz stützen und denjenigen als Dritten ansehen, der an dem Rechtsgeschäft nicht beteiligt ist. Bei dieser Auslegung wäre der Geschäftsvermittler kein Dritter, denn an dem Rechtsgeschäft hat er sich durch seine im Auftrage des Geschäftsherrn getätigten Vertragshandlungen in starkem Maße beteiligt; auf diese Weise gelangt man zu dem willkommenen Ergebnisse, daß der arglistig Getäuschte auch die Lügereien der Geschäftsvermittler zur Grundlage der Anfechtungs- und Bereicherungsklage machen kann. Vgl. zu § 164 BGB.

d) Über das Verhältnis der Anfechtungs-, Bereicherungs- und Deliktsklagen zueinander vgl. zu § 463 BGB. und § 268 ZPO. (Riehl, 790, 801, 821).

C. Schadensersatz wegen arglistiger Verleitung zum Beitritt zu einer G. m. b. H.

RG. 4. 4. 16; 88, 87, BauersZ. 23, 251, JW. 16, 937, HoldheimsMSchr. 16, 203, LeipzZ. 16, 871 hält an seiner früheren Rechtsprechung fest, daß ein Schaden, der dem Gesellschafter durch seine Beteiligung an einer kapitalistischen Gesellschaft erwächst, nicht durch die Gesellschaft selbst ersetzt zu werden braucht (vgl. für Aktiengesellschaften Bd. 54, 132; 62, 69; 71, 98; für G. m. b. H. 82, 381), trotz der Ausführungen von Moos und Breit, GoldschmidtsZ. 70, 184 und 76, 415, die darzulegen versuchen, daß der Schadensersatzanspruch an sich zuzulassen sei und nur hinter dem Rechte der Gläubiger zurücktreten müsse. „Das RG. hat den Schadensersatzanspruch keineswegs nur insoweit verneint, als er wirtschaftlich mit dem Ergebnis der Anfechtung zusammenfällt. Vielmehr nimmt es eine Sonderrechtsbildung an, wodurch die §§ 31, 826 BGB. vollkommen ausgeschaltet werden. Jeder Ersatzanspruch des Betrogenen gegen die kapitalistische Gesellschaft, der auf die Tatsache des Beitritts zur Gesellschaft gegründet wird, ist ausgeschlossen. Was durch die Beteiligung an ihr in das Gesellschaftsvermögen hineingebracht ist, darf ihr auf keine Weise weder unmittelbar noch mittelbar, eben der Beteiligung wegen geschmälert werden. Dabei ist gleichgültig, ob die Wiedergewinnung der Einlage (Erstattung des damnum emergens) angestrebt oder ob entgangener Gewinn gefordert wird. Nicht minder unerheblich ist, ob der Gesellschafter so gestellt werden will, wie wenn er der Gesellschaft überhaupt nicht, oder wie wenn er ihr so, wie geschehen, beigetreten wäre. Beide Arten, wie die Klägerin ihren Schaden liquidiert, sind unzulässig. Der Betrogene ist schlechterdings darauf angewiesen, den gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft, der ihn geschädigt hat, in Anspruch zu nehmen. Der Betrüger hat es nicht in seiner Macht, die als Gesellschafter beitretende Person durch sein Delikt zum Gläubiger der Gesellschaft zu machen."

Die Entscheidung wird bekämpft von Flechtheim, JW. 16, 938, der einmal hervorhebt, es liege keine rechte Logik darin, den getäuschten Aktionär im Interesse des Gläubigerschutzes an den vermögenslosen Betrüger zu verweisen, während die aus der Täuschung Vorteile ziehende Gesellschaft ihren Aktionären Dividende verteilt, ferner darauf hinweist, daß das in Frage kommende Kartell ausgesprochenen individualistischen Charakter hat und

überhaupt die G. m. b. H. überwiegend individualistischen Charakter annehmen kann, auf solche Tatbestände aber die vom RG. festgehaltene Sonderrechtsbildung nicht paßt.

§ 124.

Starck, R. 16, 98 sucht aus der Entstehungsgeschichte des BGB. zu §§ 124, 823 nachzuweisen, daß im Gegensatz zur Auffassung des **RG.** 63, 270 der Gesetzgeber der Ansicht gewesen sei, der Ablauf der Anfechtungsfrist aus § 124 schließe den Anspruch auf Herstellung des früheren Zustandes unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes nicht aus. Vgl. JDR. 14, sowie zu § 463.

§ 125.

1. Freirechtsschule und Formvorschriften. Fuchs, 381: Was die soziologische Rechtsauslegung bei Erfüllung der gesetzlichen Förmlichkeiten fordert, ist die Verhütung zweckwidriger Übertreibung. Die übertriebene Formstrenge, der Formformalismus, ist ein weiterer Unterteil der formalen Begriffsjurisprudenz. — Auch bei der Stellung der neuen Schule zu den Formvorschriften, und zwar sowohl in der Frage, welche Rechtsgeschäfte sie umfassen, als in der Frage, wie die einzelnen Förmlichkeiten zu beobachten sind, liegt das Neue in einer ganz bestimmten, die Lebensbedürfnisse und Volksinteressen mehr betonenden Neuorientierung des juristischen Gemeingeistes, wurzelnd in der Erkenntnis, daß alles geformte Recht — bei der Schwäche der Sprache gegenüber den unendlichen Verwickelungen des Lebens — notwendig über und über lückenhaft ist. Auch um jede Formvorschrift kristallisiert sich bei ihrer Übersetzung in lebendiges Recht ein Kreis von Richterrechtssätzen.

2. Anwendung auf früheres Recht. **RG.** 29. 1. 16, JW. 16, 677. Der in § 125 gebrauchte allgemeine Ausdruck: „durch Gesetz" zeigt deutlich, daß das BGB. die Folge der Nichtigkeit nicht lediglich an die Nichtbeachtung von Formvorschriften knüpfen wollte, die durch das BGB. selbst gegeben worden sind. § 125 muß deshalb auch Anwendung finden auf solche Formvorschriften, die in einem vor seinem Inkrafttreten entstandenen Gesetze enthalten sind, auch wenn dieses Gesetz, wie die Städteordnung von 1853, unter der Herrschaft des PrALR. entstanden ist, welches abweichend vom BGB. als Folge der Nichtbeobachtung einer gesetzlichen Formvorschrift nicht unter allen Umständen die Nichtigkeit der Handlung eintreten ließ (ALR. I, 3 §§ 40, 41).

3. Abs. 2. Beweislast. **RG.** 12. 7. 16, R. 16, Nr. 1842. Beweispflichtig ist, wer behauptet, daß die Gültigkeit des Vertrages nicht von der schriftlichen Form abhängig gemacht werden sollte.

4. Mündliche Nebenabreden zu schriftlichen Verträgen. a) Hermann, 86. Wer sich trotz Vereinbarung der Schriftform auf eine mündliche Nebenabrede beruft, hat zweierlei zu beweisen. Einmal, daß die Abrede überhaupt getroffen sei. Ist die Abrede selbst erwiesen, so ist weiter zu beweisen, daß sie trotz mangelnder Schriftform wirksam geworden sei. Zu diesem Zwecke sind die Gründe darzulegen, aus denen die Wahrung der Form unterblieben ist, und das Gericht hat nach ihnen zu entscheiden, ob die Parteien die Vereinbarung auf die mündliche Abrede nicht bezogen wissen wollten und deshalb von ihrer Beurkundung abgesehen haben. — Die vielfach vertretene Anschauung, die vertragsmäßige Formvereinbarung sei überhaupt unbeachtlich, sie werde durch jede nachträgliche mündliche Nebenabrede aufgehoben und gelte daher nur solange und soweit, wie die Parteien sich nach ihr richten, ist gegenüber den ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes (§§ 125 Abs. 2, 154 Abs. 2 BGB.) unverständlich; nur der Parteiwille entscheidet über Aufhebung oder Beschränkung der Formvereinbarung. → Die Rechtsprechung nimmt einen freieren Standpunkt ein. Vgl. zu b. ←

b) BayObLG. 30./6./7. 7. 16, R. 16, Nr. 1841. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Parteien, obwohl die Schriftform vereinbart ist, dieses Formerfordernis durch ausdrückliche oder stillschweigende, keiner Form bedürftige Einigung wieder beseitigen und in anderer Weise ihre vertragliche Einigung zum Ausdruck bringen.

Ebenso LG. München 15. 4. 16, LeipzZ. 16, 1270. Die Beteiligten können, auch wenn sie für Änderungen oder Ergänzungen eines Vertrages die Schriftform festgesetzt haben, gleichwohl ohne Einhaltung der Form Änderungen oder Ergänzungen wirksam vereinbaren. Denn es steht ihnen jederzeit frei, von der Einhaltung der nicht auf dem Gesetze, sondern auf ihrem Willen beruhenden Formvorschrift abzusehen, und eine solche, die Formabrede außer Kraft setzende Vereinbarung kann auch stillschweigend getroffen werden.

§ 126.

1. Zum Begriff der eigenhändigen Namensunterschrift. a) **RG.** 5. 7. 15, JDR. 14, 1a, jetzt auch 87, 109, RJA. 14, 262, SeuffA. 71, 238, ZBlFG. 16, 665, KG. 23. 9. 15, JDR. 14, 1b, jetzt auch DJZ. 16, 138 u. RJA. 14, 280.

b) Den Standpunkt des RG. bekämpft Endemann, 32. Name bedeutet im BGB. ohne jede Ausnahme Familienname. „Familienname" steht nur da, wo die volle Betonung der Familienzugehörigkeit hingehört, also bei der Ehefrau und dem Kinde (§§ 1355, 1616, 1772). Aber auch hier gebraucht das Gesetz abwechselnd Familiennamen und Namen in völlig gleichwertigem Sinne (§§ 1577, 1706, 1758). Sonst bedient sich das BGB. schlechthin des Ausdrucks Namen, versteht aber darunter unzweifelhaft und gerade den Familiennamen (§§ 54, 164, 778, 1357; 1791, 2244 Abs. 3, 2384; 806, 1393, 1815, 1820, 2117). — Darum darf auch Namensunterschrift (§§ 126, 793 II 2) nur im Sinne von Unterschreiben des Familiennamens verstanden werden. — In einigen Fällen fordert das Gesetz lediglich die Unterschrift oder Unterzeichnung. Daß es darunter die Namensunterschrift versteht, zeigt die Gegenüberstellung der Unterzeichnung mittels Handzeichens (§ 126 Abs. 2, 129 Abs. 2). Endemanns Ausführungen tritt Weißler, DNotV. 16, 283 entgegen. Es sei nicht richtig, daß es eine völlig neue Lehre sei, die Verkehrsüblichkeit der Namensform zum Maßstabe der Gültigkeit zu machen; die Neuheit würde auch nichts gegen die Richtigkeit beweisen.

c) Dresden 5. 2. 16, JW. 16, 445, LeipzZ. 16, 563 weist darauf hin, nach **RG.** 5. 7. 15 sei die Angabe des Familiennamens des Erblassers im Testamente nicht erforderlich; jedenfalls sei nach der ständigen Rechtsprechung des RG. der auf dem Umschlag des Testaments enthaltene Vermerk ein Bestandteil desselben. — Kretzschmar, JW. 16, 445 Anm. billigt diese Entscheidung, die eine Folgerung aus dem vom RG. eingenommenen Standpunkte sei, und widerspricht den Ausführungen Herzfelders, JW. 15, 1382 (JDR. 14, 1a), der übersehe, daß auch die Unterzeichnung des Briefes mit dem Familiennamen nicht die Echtheit des Briefes beweise.

2. Unterzeichnung durch Stellvertreter. a) Stuttgart 15. 2. 16, WürttJ. 27, 262. Eine Erklärung, wonach sich A für die Schuld des B verbürgt, und die mit dem Namen des C ohne Beisatz unterzeichnet ist, entbehrt der vorgeschriebenen Schriftform, auch wenn C tatsächlich von A ermächtigt war, für ihn zu unterzeichnen, weil eben aus der Urkunde (oder aus einer von ihr in Bezug genommenen Urkunde) nicht ersichtlich ist, daß die Erklärung von oder für A abgegeben ist. Vgl. auch JDR. 14, 2.

b) KG. 23. 2. 14, OLG. 33, 315. Unterzeichnung der Ehefrau „in Vollmacht meines Ehemannes" enthält nicht zugleich eine Unterzeichnung im eigenen Namen. (Diesen Satz bestreitet d. H. Anm. 1, da der Zusatz nicht ausdrücke, daß die Frau entgegen dem Vertragsinhalte für sich die Vollziehung ablehne und nur für den Mann zeichne.)

3. Unterzeichnung auf derselben Urkunde. **RG.** 25. 6. 15, JDR. 14, 4, jetzt auch 87, 196. Reigers, JW. 16, 33 verteidigt gegen Fuchs und Plum seinen Standpunkt, JW. 15, 1287.

4. Vgl. die Bek. betr. die Beglaubigung von Unterschriften und die Legalisation von Urkunden in den besetzten Gebieten v. 21. 1. 16; 6. 5. 16 und 31. 7. 16 RGBl. 48, 364, 874.

§ 129.

KG. 30. 6. 16, JW. 16, 1140 vgl. zu § 176 Nr. 1 FGG.

§ 130.

1. Das Dienstmädchen als Empfangsbote. *Dickel, 180 erachtet das Dienstmädchen als Empfangsboten seines Herrn bei der Übergabe von Briefen, dagegen bei mündlichen Bestellungen, auch mittels Fernsprechers, als Boten dessen, der die Bestellung macht.

2. Zugang des Kündigungsbriefs, wenn der Adressat verzogen war. Hamburg 13. 1. 16, OLG. 32, 343. Die billige Rücksicht auf den Erklärenden und auf die Sicherheit des Verkehrs nötigen zu der Auffassung, daß die schriftliche Erklärung auch dann schon als zugegangen gelten muß, wenn sie dem anderen in der Art zugänglich gemacht wurde, daß er zu ihrer Empfangnahme nach den von ihm im allgemeinen getroffenen Einrichtungen instand gesetzt war, gleichviel ob er das Schriftstück demnächst auch wirklich in Empfang genommen hat oder nicht. (Der Beklagte hatte sich Briefe postlagernd nachsenden lassen. Er behauptete nicht, daß er etwa durch behördliches Verbot nach der Kriegserklärung an der Abholung der für ihn postlagernden Sendungen behindert gewesen sei, trug vielmehr selbst vor, daß er auf Grund einer Bescheinigung des zuständigen Landratsamts auch nach Kriegsausbruch derartige Briefe abgeholt habe.)

3. Zustellung einer Erklärung an unrichtige Personen. Beyer, 247. Sofern einem falschen Adressaten eine Willenserklärung unter Mitwirkung eines Staatsorgans, z. B. durch förmliche Zustellung bekanntgegeben wird, handelt es sich bei privaten Willenserklärungen entweder um einen Irrtum des Erklärenden oder um einen fehlerhaften Staatsakt oder um beides. Ein Irrtum des Erklärenden kann trotz der Übermittlung der Erklärung durch das Staatsorgan erfolgen. Liegt lediglich ein Irrtum auf seiten des Zustellungsbeamten vor, so wird die Möglichkeit des Widerrufs, d. h. der Aufklärung des falschen Adressaten, daß die Erklärung nicht ihm gegolten habe, um so mehr gegeben sein müssen. (Die Anwendbarkeit dieser Sätze auf amtliche Willenserklärungen wird dargelegt.)

4.* Vereitlung des Zugangs von Willenserklärungen. Über Gesetzgebungsfragen. Klein, ÖstZBl. 34, 563.

5. Darüber, ob eine Vorladungsanzeige als empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des § 130 anzusehen, vgl. **RG.** 19. 9. 16; 88, 389.

§ 133.

1. Im allgemeinen. Pflicht zur Auslegung in jedem Fall. Beweiserhebung. a) **RG.** 18. 10. 15, R. 16, Nr. 10. Das BerG. hätte sich nicht damit genügen lassen sollen, zu erklären, daß die Urkunde unklar und mehrdeutig sei; er hätte sie deuten und feststellen sollen, ob die von dem Beklagten behauptete Schuldentlastung als der Wille der Vertragsparteien darin zum Ausdruck gekommen ist oder nicht. — Im Falle **RG.** 28. 1. 16, R. 16, Nr. 1062 wurde gerügt, daß das OLG., obwohl es die Urkunde auf Grund des Zusammenhangs und der Tatumstände abweichend von ihrem Wortsinn deutete, es unterlassen, gemäß der Regel des § 133 auch den wirklichen Willen der Kontrahenten durch Erhebung des angebotenen Beweises zu erforschen. — Vgl. auch **RG.** 25. 1. 16, R. Nr. 618 u. 619. — Über Auslegungspflicht bei mehrdeutigen Verträgen auch **RG.** 23. 4. 15, SeuffA. 71, 180.

b) Über die Auslegung formbedürftiger Willenserklärungen überhaupt vgl. Bang, 370ff., der zu folgendem Ergebnis gelangt (377): Formale Rechtsgeschäfte sind ebenso auszulegen, wie formfreie, jedoch ist darauf zu achten, daß die Absicht, die Form zu erfüllen, vorhanden ist. Darum gilt für das formale Rechtsgeschäft dort, wo das Gesetz vorschreibt, daß die Willenserklärungen in einer bestimmten Form abgegeben werden: die bewußte falsa demonstratio macht das formgebundene Geschäft ungültig. — Anders bei denjenigen Rechtsgeschäften, wo die Erfüllung der Form unabhängig von der Bedeutung der Willenserklärung ist. Hier kann sowohl die Form wie die Erklärung selbst unter einer falsa demonstratio leiden. Zunächst muß wiederum die Absicht vorherrschen, die Form zu erfüllen (eine willkürlich falsche Datierung des eigenhändigen Testaments vernichtet

die letztwillige Verfügung). — Eine gemeinsame Regel gilt aber bei beiden Arten von formalen Rechtsgeschäften für die auf Irrtum beruhende falsa demonstratio: Hier hat die Absicht der Parteien, ihre Willenserklärungen in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form abzugeben, vorgeherrscht. Der undeutlich oder falsch zutage getretene Sinn ihrer Erklärung unterliegt aber der richterlichen Auslegung grundsätzlich in gleichem Maße, wie bei formlosen Willenserklärungen.

c) Insbesondere die Auslegung von Testamenten. **RG.** 23. 3. 16, R. 16, Nr. 1453, WarnE. 16, 168. Richtig ist allerdings, daß Anordnungen eines Erblassers, die unzweideutig nur für einen bestimmten Fall gegeben und gewollt sind, nicht auf andere Fälle erstreckt werden dürfen. Der Richter ist aber nicht gehindert, im Wege der Auslegung des Testaments klarzustellen, daß eine Verfügung, die nach einzelnen im Testamente gebrauchten Worten und Wendungen nur für einen bestimmten Fall getroffen zu sein scheint, nach dem wahren Willen des Erblassers, für dessen Erforschung auch außerhalb des Testaments liegende Umstände verwertet werden dürfen (JW. 13, 991), in anderen Fällen ebenfalls Geltung haben soll, und dann dem wahren Willen des Erblassers auch in diesen anderen Fällen Geltung zu verschaffen. Im Gegenteil, eine derartige Tätigkeit entspricht gerade der Aufgabe, die § 133 BGB. dem Richter setzt. — Vgl. **RG.** 1. 2. 15, HansGZ. 16, Beibl. 71, JDR. 14, 3. — Ferner Bang, 385 und zu § 2084 BGB.

d) Weitere Grundsätze über die Auslegung formaler Geschäfte. a) BayObLG. 8. 2. 15, BayObLG. 16 B 9. Bei der Auslegung von notariell beurkundeten Rechtsgeschäften zum Zwecke der Gebührenbewertung sind die allgemeinen Grundsätze über die Auslegung von Willenserklärungen maßgebend; weder die Überschrift einer Urkunde noch die von der Beteiligten zur Bezeichnung ihrer Vereinbarungen angewandten Rechtsbegriffe sind ausschlaggebend. β) BayObLG. 19. 10. 14, BayObLG. 15, 67. Für die Gebührenbewertung ist der Inhalt der Urkunde maßgebend, und soweit die Urkunde selbst den Willen der Vertragsteile klar und bestimmt erkennen läßt, hat sich die Auslegung auf den Urkundeninhalt zu beschränken. Ist aber der Inhalt der Urkunde nicht ganz klar und unzweideutig, so hat das Gericht, ohne an dem Wortlaut zu haften, den wahren Willen der Beteiligten zu ermitteln. Hierbei ist es nicht gehindert, auch andere außerhalb des Urkundeninhalts liegende Tatsachen zu berücksichtigen (BayObLG. 8, 354; 12, 809; 14, 226).

e) Auslegung öffentlich-rechtlicher Erklärungen. **RG.** 19. 9. 16, R. 16, 606. Für öffentlich-rechtliche Erklärungen über die Anstellung eines Beamten gilt nicht minder als gemäß §§ 133, 157 für bürgerlich-rechtliche Willenserklärungen der Grundsatz, daß nicht der Wille des Erklärenden entscheidet, sondern das, was der Empfänger der Erklärung aus dem Erklärten als dem Willen des Erklärenden entnehmen konnte und mußte. Ein Anstellungsschreiben braucht daher nicht ausdrücklich als Anstellungsurkunde bezeichnet zu sein.

f) Über die Anwendung der §§ 133, 157 auf Gesellschaftsverträge vgl. **RG.** 13. 7. 16 zu § 186 HGB.

g) Über die Anwendung des § 133 auf Pfändungsbeschlüsse vgl. zu § 829 ZPO.

h) Über das Verhältnis des § 133 zu § 157 vgl. zu § 157.

2. Besondere Fälle. a) „Bzw." **RG.** 21. 12. 15, R. 16, Nr. 397. „Daß der letzte Aufhebungsgrund durch das stets unglückliche und in diesem Falle sinnlose Wort „beziehungsweise" angeschlossen ist, ändert nichts daran, daß die vier Auflösungsgründe mit Deutlichkeit als selbständig und gleichwertig nebeneinander aufgeführt sind."

b) Kreditzusage. **RG.** 10. 7. 16, WarnE. 16, 347. Zur Auslegung der Kreditzusage „zur vorübergehenden Inanspruchnahme" unter Berücksichtigung der Verschlechterung der Lage infolge des Krieges.

c) Wasserstandsklausel und Reugeld. Hamburg 9. 12. 14, OLG. 32, 188. (Anspruch auf Reugeld auf Grund der Nr. 15 der allgemeinen Spediteurbedingungen: „Wird das Gut nicht geliefert, so ist dem Spediteur ein Reugeld von 10 Pf. für 100 kg

zu zahlen; weiterer Schaden bleibt vorbehalten.") Es würde nicht nur den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben, sondern auch dem offenbaren Sinn und Zweck der Parteivereinbarung widersprechen, falls der Spediteur das Reugeld auch dann beanspruchen könnte, wenn feststeht und für ihn schon vor der Inangriffnahme irgendwelcher auf den Transport abzielenden Maßnahmen und Aufwendungen feststand, daß er auch bei gehöriger Anlieferung des Guts den Transport nicht ausgeführt, vielmehr sich mit Recht und Erfolg auf die Wasserstandsklausel berufen hätte.

d) Schweigen. **RG.** 28. 3. 16, R. 16, 346. Dauerndes Schweigen des Käufers auf Lieferungsverweigerung als Zustimmung für Vertragsauflösung.

§ 134.

1. Fideikommissarische Veräußerungsverbote. OVG. 16. 10. 14, PrVerwBl. 37, 442. Selbst wenn man die Vorschrift des § 134 auf das landesrechtliche fideikommissarische Veräußerungsverbot für anwendbar halten und selbst wenn man annehmen wollte, daß sie auf obligatorische Rechtsgeschäfte über die Veräußerung von Fideikommißgegenständen sich bezieht, so kann gemäß §§ 309, 308 BGB. der Vertrag wirksam unter der Befristung und der Bedingung abgeschlossen werden, daß die Fideikommißeigenschaft des Grundbesitzes aufgehoben wird.

2. Gewerberecht. a) Arbeitsordnung. GG. Hamburg 19. 4. 15, GewuKfmG. 21, 77. Die Bestimmung einer Arbeitsordnung, daß der Arbeiter keinen Anteil am Akkordüberschuß erwirbt, wenn er vor Beendigung des Akkords freiwillig ausscheidet oder seine Entlassung verschuldet, während der Arbeitgeber ihn jederzeit ohne Grund entlassen darf, ohne ihm zu irgendeiner Entschädigung für entgehenden Verdienst während der noch nicht beendeten Akkordzeit verpflichtet zu sein, verstößt gegen § 122 GO. und ist nichtig, da hierdurch gegen die Vorschrift über die Gleichheit der Kündigungsfristen verstoßen wird.

b) Kastellanvertrag. **RG.** 22. 10. 15, BayRpflZ. 16, 46, LeipzZ. 16, 318. Ging der Inhalt des Vertrages dahin, der Kläger solle, obwohl er die Kantine auf eigene Rechnung betreiben sollte, nicht um die Schankerlaubnis für sich nachsuchen, sondern die des Beklagten benutzen und nur als Büffetier, als Stellvertreter des Beklagten, bei der Polizeibehörde angemeldet werden, so verstößt der Vertrag nach der feststehenden Rechtsprechung des RG. (63, 145; 67, 325; 84, 305, GruchotsBeitr. 50, 919, JW. 12, 456) gegen §§ 133, 147 Nr. 1 GO. und ist nach § 134 nichtig. (Für belanglos erachtet wurde ferner der gute Glaube der Parteien und die irrige Ansicht der Polizeibehörde über das Nichterfordernis einer Wirtschaftserlaubnis.)

c) Kraftdroschkenbetrieb. **RG.** 8. 7. 15; 87, 137 zur Frage der Gültigkeit von Verträgen, durch welche Kraftdroschken unter Vorbehalt des Eigentums an Droschkenführer zum selbständigen Droschkenbetriebe verkauft werden, wenn der Verkäufer die nur ihm erteilte polizeiliche Genehmigung und Zulassung zum Kraftdroschkenbetrieb behält. Es ist zu erwägen, ob der Vertrag, wenn er den Zweck verfolgt, den Käufer wider das Verbot der §§ 37, 147 Nr. 1 GO. zum selbständigen Unternehmer des Droschkenbetriebes zu machen, nach § 134 BGB. als nichtig anzusehen ist. Vgl. **RG.** 63, 143.

d) § 152 Abs. 2 GO. **RG.** 17. 3. 16, LeipzZ. 16, 1123. Auch solche Verabredungen von Gewerbsgenossen zur Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen sind unklagbar, bei denen der eine Vertragsteil nicht diesen, sondern einen anderen Zweck (z. B. gesicherten Absatz seiner Erzeugnisse) verfolgt.

e) Pfandleihgewerbe. **RG.** 11. 6. 15; 87, 156 erklärt für nichtig die Verabredung eines Geschäftsbetriebes, der zur Umgehung des § 3 Abs. 1 des Preuß. Ges. v. 17. 3. 81 dienen sollte (Einlagerung und Beleihung von Gebrauchsgegenständen gegen Vergütnng auch für Aufbewahrung und Erhaltung der Pfänder), obwohl auch kaufmännische Lombardgeschäfte beabsichtigt waren. Vgl. auch KG. 2. 7. 15, KGJ. 48 C 321.

3. Güterzertrümmerung. **RG.** 22. 1. 15, BayNotZ. 53, 270. Art. 1 des bayer. Ges. v. 13. 8. 10 gewährt ein Vorkaufsrecht gegenüber Kaufverträgen, bei denen Güter-

händler als Käufer oder als Vertreter von Käufern beteiligt sind. Die Vorschrift läßt sich auf Verträge anderer Art auch dann nicht anwenden, wenn sie gleichen oder denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen. Sie enthält kein Verbotsgesetz. — Vgl. JDR. 11, 6.

4. Jagdausübung. KG. 14. 3. 16, KGBl. 16, 81. Die Vereinbarung der entgeltlichen Jagdausübung ohne Genehmigung der Behörde verstößt gegen das Verbotsgesetz des § 22 Nr. 3 der JagdO. v. 15. 7. 07 und ist daher nichtig. (§ 24 Abs. 1 a. a. O. — Die an sich zulässige Erteilung von Jagderlaubnisscheinen ist dann als Unterpachtvertrag anzusehen, wenn sie gegen Entgelt in der Weise erfolgt, daß dadurch das Recht der Jagdausübung auf denjenigen übergehen soll, welchem der Erlaubnisschein erteilt wird.)

5. Kriegsverbote. a) Verbotswidriges Verlassen der Arbeitsstelle. BayObLG. 20. 10. 15, JW. 16, 146. Das Verbot des Generalkommandos, daß landwirtschaftliche Dienstboten ohne Einwilligung des Dienstherrn oder ohne wichtigen Grund im Sinne des Art. 25 BayAGBGB. ihre Arbeitsstelle vor Abschluß der Erntearbeiten nicht verlassen dürfen, macht den trotzdem abgeschlossenen Dienstvertrag nicht zu einem nach § 134 BGB. nichtigen. Die Anordnung stellt zwar das Verlassen der Arbeitsstelle innerhalb eines bestimmten Zeitraums in den gedachten Fällen unter Strafe, aber sie verbietet dem Dienstboten, der sich gegen dieses Verbot verfehlt hat, nicht eine andere Arbeitsstelle aufzusuchen. (Diese Grundsätze sind, wie Seehuber a. a. O. ausführt, nicht anzuwenden auf Rechtsgeschäfte, die gegen das Verbot des Verkaufs kriegsbrauchbarer Pferde verstoßen.)

b) Beschlagnahme. α. Im allgemeinen Lehmann, 30—37. Die Wirkung der Beschlagnahme ist ein öffentlich-rechtliches Schwebeverhältnis, das den Eigentumserwerb des Staates oder die Zuleitung des Gegenstandes in die Hände dessen vorbereitet, der ihn im Interesse des Staats oder der Gemeinschaft verwenden soll. Aus der Begründung eines öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnisses rein rechtlicher Natur ergibt sich notwendig der Ausschluß der privatrechtlichen Verfügungsbefugnis. — Alle hier in Betracht kommenden Verfügungsverbote haben absoluten Charakter im Sinne des § 134 BGB. Denn sie bezwecken nicht bloß den Schutz einer bestimmten Person, wie die Verbote des § 135 BGB., sondern den Schutz der Interessen aller. — Verstärkt werden die Wirkungen der Beschlagnahme durch Veränderungs- und Verwendungsverbote, Auferlegung positiver Obhut- und Lieferpflichten, Enteignungsbefugnis*). — Über die prozeßrechtliche Bedeutung siehe zu §§ 772, 828 ZPO.

β. Über die Wirkung der Beschlagnahme nach der BRVO. v. 24. 6. 15 über die Sicherstellung von Kriegsbedarf (RGBl. 357) ferner grundsätzliche Erörterungen bei Gundlach, JW. 16, 1101 und 1406, sowie Hagelberg, GruchotsBeitr. 60, 87. (Nichtigkeit schlechthin, nicht etwa nur zugunsten der beschlagnehmenden Behörde, auch im Verhältnisse zwischen dem Verfügenden und dem Erwerber. Die Zustimmung der beschlagnehmenden Stelle beseitigt den Grund der Nichtigkeit, der in dem Hoheitsakte der Beschlagnahme liegt.)

c) Höchstpreise. α. Busch, 127. Verträge, die unter Überschreitung des Höchstpreises geschlossen sind, sind nichtig, da sie gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Unerheblich ist, ob sich die Parteien durch die gesetzwidrige Vereinbarung strafbar machen. (Gegen Hachenburg, LeipzZ. 15,144, daß aus dem Gesetze nur „die Reduktion des Kaufpreises auf den zulässigen Satz" folge. Die Auffassung würde zu einem Kontrahierungszwang führen, den das Gesetz nur in Ausnahmefällen, z. B. gegenüber dem Reiche und den Kommunalverbänden, aber nicht im täglichen Handelsverkehr kennt.) Vgl. Kriegsbuch I 753, ferner Spitzauer, 197. Die Bestimmung, daß Verträge, die vor dem Inkrafttreten der BRVO. v. 11. 11. 15 zu höheren, als den festgesetzten Höchstpreisen abgeschlossen wurden, mit dem Inkrafttreten der Verordnung als zum Höchstpreis abge-

*) Beschlagnahme ist hier im Sinne von Verfügungsbeschränkung gemeint. Im übrigen unterscheidet Lehmann noch drei weitere Fälle der Kriegsbeschlagnahme: Absatzmonopol einer mit Wahrung staatlicher Interessen betrauten Organisation, Aufforderung zur käuflichen Überlassung auf Grund des Höchstpreisgesetzes und des Gesetzes über Preisprüfungsstellen. Vgl. dagegen Oppenheimer, JW. 16, 1513.

schlossen gelten, findet keine Anwendung, wenn die Preisvereinbarung gegen das Höchstpreisgesetz verstößt. Solche Verträge sind von Anfang an nichtig. Die BRVO. v. 11. 11. 15 setzt rechtsgültige Verträge voraus.

β. Anders. RG. 19. 5. 16, DJZ. 16, 814, GenBl. 16, 422, GesuR. 17, 518, HoldheimsMSchr. 16, 184, JW. 16, 1021. Die hier in Betracht kommende Rechtsnorm, das Gesetz über die Höchstpreise, unterscheidet sich von anderen Gesetzen dadurch, daß mit ihm nicht ein Rechtsgedanke verwirklicht, sondern ein wirtschaftlicher Zweck erreicht werden soll. Auf diesen kommt es an; er geht aber nicht darauf, Verkäufe zu höheren Preisen zu verhindern, sondern die Gegenstände des täglichen Bedarfs dem Volke zu bestimmten Preisen zuzuführen. So können widersetzlichen Besitzern die Waren fortgenommen und auf ihre Rechnung zu Höchstpreisen verkauft werden; Zuwiderhandlungen gegen das Gesetz werden bestraft. Dieser Zweck würde durch die Nichtigkeit gesetzwidriger Verkäufe nicht erreicht, sondern vereitelt. Nur die Herabsetzung der Preise, nicht die Nichtigkeit der Verkäufe kann also die Folge verbotswidriger Käufe sein. — Nicht jedes verbotene Geschäft verstößt gegen die guten Sitten, sonst wäre § 134 überflüssig.

Ebenso RG. 23. 6. 16, WarnE. 16, 385.

γ. Dagegen für unbedingte Nichtigkeit. LG. Breslau 4. 5. 16, BreslauAK. 16, 59, ferner Kiel 17. 6. 16, SchlHolstAnz. 156: Eine Höchstpreisverordnung ist ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134. (Betr. die Bek. v. 10. 12. 14, RGBl. 500.)

δ. Dresden 25. 9. 16, SächsRpflA. 16, 479. Die Entscheidung des RG. (vgl. β) folgert aus dem Inhalte und Zwecke des Gesetzes, daß die unter Überschreitung der Höchstpreisgrenze geschlossenen Verkäufe aufrecht erhalten und nur die Preise auf das erlaubte Maß herabzusetzen seien. Das Gesetz enthält weder eine solche Anordnung, die ohne weiteres den Höchstpreis an Stelle des vereinbarten Preises zum Vertragspreise erhebt, noch eine Ermächtigung des Richters, die, wie § 343 BGB. im Falle einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe deren Herabsetzung auf den angemessenen Betrag, so die Herabsetzung des den Höchstpreis überschreitenden Vertragspreises auf jenen gestattete. Es wird ferner aus den Strafandrohungen des § 6 Nr. 1 und 2 des in Betracht kommenden Höchstpreisgesetzes v. 4. 8. 14 in der Fassung v. 27. 12. 14 hergeleitet, daß sie sich gegen das Rechtsgeschäft als solches richteten, letzteres im ganzen ungültig sein solle.

d) Zuzugsverbote. LG. Königsberg 10. 2. 16, JW. 16, 87. Unter Gesetz im Sinne des § 134 ist zwar nicht nur ein Reichs- oder Staatsgesetz zu verstehen, sondern jede Rechtsnorm. Eine solche aber ist immer nur ein an die Allgemeinheit gerichtetes Ge- und Verbot, und ein solches war zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht veröffentlicht. — Abgesehen davon findet § 134 keine Anwendung, wenn das in Rede stehende Verbot nicht eine Veränderung in der Privatrechtssphäre der Beteiligten, sondern nur ein Handeln gegen die öffentliche Ordnung hindern soll. Letzteres aber war der Zweck des Zuzugsverbots, denn es sollten dadurch keinerlei Veränderungen in den Vermögens- oder sonstigen privaten Verhältnissen der Hauswirte und Mieter, sondern nur eine Überfüllung der Festung Königsberg — also ein Handeln gegen die öffentliche Sicherheit und damit auch gegen die öffentliche Ordnung verhindert werden.

e) Zwangsverwaltung. (BRVO. v. 26. 11. 14, RGBl. 487.) Colmar 17. 11. 15, ElsLothNotZ. 16, 1. Das durch die staatliche Zwangsverwaltung eines Nachlasses begründete Verbot, ihr Gegenstände zu entziehen, wirkt nicht als gesetzliches Verbot einer vor Eintritt dieser Verwaltung geschehenen Erbeseinsetzung. Vgl. JDR. 14 zu §§ 135, 136 Nr. 2; Hamburg 19. 4. 15, jetzt auch ZBlFG. 16, 554, Colmar 28. 6. 15, jetzt auch ZBlFG. 16, 556.

6. Lotterieverträge vgl. 8b.

7. Überfahrtsrechte. Seeger, BoschersZ. 16, 229. Die gegen Art. 42 Abs. 1 oder 2 des württ. Feldwegegesetzes v. 1862 verstoßenden Rechtsgeschäfte sind rechtlich ungültig, d. h. mit Rücksicht auf den Verbotscharakter, der dem Art. 42 im öffentlichen Interesse einer besseren Bodenkultur anhaftet, nichtig.

8. Versicherungsvertrag. a) RG. 9. 11. 15, LeipzZ. 16, 609. Keine Nichtigkeit der entgegen dem § 21 Abs. 2 VVG. abgeschlossenen Versicherungen. Das Verbot richtet sich seinem Wortlaute nach lediglich gegen die Versicherungsvereine, nicht gegen die Versicherungsnehmer, hat auch nur den Betrieb von Versicherungsgeschäften gegen feste Prämien im allgemeinen, nicht das einzelne Rechtsgeschäft zum Gegenstande und ist überdies in diejenige Form gekleidet, in der in der neueren Gesetzessprache Verbote ausgesprochen zu werden pflegen, deren Übertretung nicht mit der Folge der Nichtigkeit des verbotswidrig abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bedroht sein soll.

b) Josef, ABürgR. 42, 87. Ein Versicherungsvertrag, den eine ausländische im Inlande nicht zum Geschäftsbetrieb zugelassene Gesellschaft hier abschließt, ist nach § 134 nichtig. Er verstößt gegen das im politischen Interesse aufgestellte Verbotsgesetz des § 85 VAG., das sich nicht nur gegen die ausländischen Unternehmungen, sondern auch an den Inländer wendet. Die Klage des ausländischen Versicherers auf Zahlung der Prämien ist abzuweisen. — Eine andere Beurteilung ist geboten, wenn der inländische Staat dem Staatsangehörigen das Spielen in ausländischen Lotterien verbietet; hier ist nicht Fürsorge für den Staatsangehörigen, auch nicht politische Rücksicht maßgebend, sondern das bloße finanzielle Interesse.

§ 135.

1. Allgemeine Natur der Vorschrift. Ist das gesetzliche Veräußerungsverbot nach § 135 BGB. ein Fall der sog. subjektiv-relativen Unwirksamkeit? Oertmann, JheringsJ. 66, 130 erörtert das „Problem der relativen Rechtszuständigkeit" eingehend in allen seinen möglichen Erscheinungsformen. Relative Zuständigkeit bedeutet, daß ein Recht nur in gewisser Richtung, etwa gegenüber gewissen Personen, dem einen, in anderen Richtungen etwa gegenüber anderen Personen, einem anderen zustehe (135). Es wird gezeigt, daß für eine solche relative Rechtszuständigkeit keinerlei Anwendungsgebiet vorhanden ist. Vgl. zu §§ 25, 223, 392 HGB., §§ 377, 409, 419, 506, 574, 859ff., 873ff., 1006, 1124, 1126, 1459, 1990, 2026, 2113, 2175 BGB., §§ 75, 322, 784, 861 ZPO., §§ 7, 13, 29, 43, 44 KO. Insbesondere zu § 135 BGB. wird nach einer eingehenden Kritik der verschiedenen Ansichten (250—264) ausgeführt, daß ohne ein Rechtsmittel gegen den Erwerber zu keinem befriedigenden Ergebnis zn gelangen sei. § 888 BGB. gebe einen wichtigen Fingerzeig für die Richtung, in der das Ziel, daß die Rechtslage des Verbotsgeschützten durch die Veräußerung nicht beeinträchtigt werden solle, zu suchen sei. Die Veräußerung könne nicht ungeschehen gemacht, ihre Wirkungen müßten daher, soweit sie den Verbotsgeschützten beeinträchtigten, ausgeglichen werden. Sodann wird folgende eigene Ansicht begründet: Der Berechtigte erwirbt freilich keinen Leistungsanspruch gegen den Erwerber; Schuldner bleibt vielmehr einzig und allein der Veräußerer. Aber die auf jenen übergegangenen Stücke unterliegen weiterhin seiner Haftung; Schuld und Haftung, bisher in der Person des Belasteten geeint, trennen sich fortan insofern voneinander. Natürlich bedarf es eines Anspruchs gegen den Erwerber, um die Haftung der erworbenen Stücke tatsächlich durchzusetzen — der Vollstreckungszugriff erfordert ja überall einen vollstreckbaren Titel. Dazu dient dem Berechtigten offenbar auch hier, wie wohl in allen Fällen der reinen, d. h. nicht durch eine Schuld des Haftungssubjekts vermittelten, begründeten Haftung (z. B. bei der dinglichen Hypothekenklage, bei der Klage gegen den Ehemann in das eingebrachte Frauengut), eine Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung (266/267). — Das Urteil hätte etwa zu lauten: „Der Beklagte hat zu dulden, daß der Kläger sich aus dem ihm gehörigen Automobil wegen einer Forderung gegen den N. N. in Höhe von 3000 M. usw. im Wege der Zwangsvollstreckung befriedige" (269).

2. Einzelne Fälle. Über die rechtliche Natur und Behandlung der sog. Gewinnsteuer-Sonderrücklage des Ges. v. 24. 12. 15 (RGBl. 837) vgl. Kriegsbuch 2, 256; 3, 302ff., Korsch, JW. 16, 628, Hagemann, HoldheimsMSchr. 16, 105, Hirschfeld, LeipzZ. 16, 867; die zusammenfassende Abhandlung von Menner, LeipzZ. 16, 846,

Pinner, 16, 304, Rheinstrom, Gesetz über die vorb. Maßn. usw. v. 24 12. 15, 1916, 30; siehe auch GruchotsBeitr. 60, 1049.

§ 136.

Pfändung eines Sparkassenguthabens. *Fraeb, 600. Kann der Pfändungspfandgläubiger eines Sparkassenguthabens das Sparkassenbuch infolge des entgegenstehenden, nicht zu beseitigenden Willens eines Dritten nicht vorlegen, so ist der Wille des Sparkasseneinlegers, das Sparkassenbuch selbst oder durch einen Dritten für sich zur Vorlegung bei der Sparkasse zu benutzen, dem richterlichen Veräußerungsverbot gegenüber (relativ) nichtig. Die Vorlegung des Sparkassenbuches durch den Schuldner ist, solange das Recht des geschützten Vollstreckungsgläubigers noch besteht und kein Verzicht auf dasselbe oder eine Genehmigung seitens des Vollstreckungsgläubigers vorliegt, von und gegenüber jedermann, insbesondere also auch der Sparkasse als nichtig zu behandeln.

§ 137.

1. Begriff der Verfügungsbeschränkung. Schmitt, 133 wendet sich dagegen, daß in der Praxis häufig der Unterschied zwischen Verfügungsbeschränkungen und Benutzungsbeschränkungen verwischt und jede Beschränkung des Eigentümers als Verfügungsbeschränkung bezeichnet wird.

2. Unwirksamkeit einer testamentarischen Verfügungsbeschränkung. **RG.** 7. 12. 14, HansGZ. 16, Beibl. 111. Eine testamentarische Beschränkung in der Verfügung über ein Erbteil bis zur Erlangung des 25. Lebensjahres ist Dritten gegenüber unwirksam, da der Anteil des Miterben am Nachlaß ein veräußerliches Recht ist.

3. Veräußerungsverbot und einstweilige Verfügung. Oertmann, R. 16, 58. Das vertragliche Veräußerungsverbot hat nur schuldrechtliche, nicht auch dingliche Wirkung. Die vertragliche Pflicht (z. B. eine Grundstücksbelastung zu unterlassen) kann nicht durch ein gerichtliches Veräußerungsverbot im Wege einstweiliger Verfügung gesichert werden. Eine solche aus § 938 Abs. 2 ZPO. ist unzulässig, weil die Sache die Eigenschaft eines Streitgegenstandes im Sinne des § 935 nicht schon dadurch erlangt, daß dem Schuldner in bezug auf sie irgend ein positives oder negatives Verhalten obliegt. Die Sicherung kann immer nur durch solche Maßnahmen erfolgen, wie sie dem daraus Verpflichteten auch in dem auf Erfüllung seiner Pflicht ergehenden Urteil auferlegt werden könnten, also besonders durch Strafandrohungen im Rahmen des § 890 ZPO., folglich überall nur so, daß dabei der Charakter des Verbots als eines allein schuldrechtlich wirksamen nicht angetastet wird (denn die einstweilige Verfügung kann unter keinen Umständen weitergehende Wirkungen hervorrufen, als es das künftige Urteil vermöchte). — Dahingestellt gelassen, ob ein Recht unter der Bedingung übertragen werden kann, daß der Erwerber es bei der Veräußerung an einen Dritten wieder verliere.

§ 138.

Inhaltsübersicht.

liche. — 31. Verzicht auf die Stundungsrechte der Kriegsverordnungen. — 32. Viehkommissionsgeschäfte. — 33. Widerruf von Beleidigungen. — 34. Zwangsverwaltung.

B. Abs. 2 Wucher. I. Zum Begriff des Wuchers nach geltendem Recht. 1. ab. Leichtsinn. — 2. ab. Unerfahrenheit. — 3. ab. Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung.

II. Einzelne Fälle. 1. Darlehn. — 2. Erbschaftskauf. — 3. Vertragsstrafe.

III. Schadensersatz und Einwand der Nichtigkeit.

IV. Zur Frage der Ausdehnung des Wucherbegriffs. 1. Pagel. 2. Heinemann. 3. Ebermayer (Kriegswucher). 4. Kipp. 5. Mangler.

A. Abs. 1. I. Allgemeine Grundsätze zur Auslegung des Abs. 1.

1. Beiderseitiger Verstoß. **RG.** 10. 11. 15, SeuffA. 71, 259. Die Nichtigkeit des Vertrages auf Grund § 138 wird nicht schon damit begründet, daß der eine Vertragsteil mit seinem Verhalten beim Vertragsschluß gegen die guten Sitten verstoßen, insbesondere den anderen Vertragsteil durch ein solches Verhalten zum Vertragsschluß bestimmt hatte (**RG.** 72, 217; GruchotsBeitr. 53, 907). Bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft kommt nur ein beiden Vertragsteilen gemeinsamer Zweck und ein von beiden Teilen verfolgter Zweck in Betracht (**RG.** 78, 753).

2. Einrede der allgemeinen Arglist. a) **RG.** 30. 10. 15, JW. 16, 180, NaumburgAK. 16, 18, SeuffA. 71, 273, WarnE. 16, 21. Mit der exceptio doli generalis kann die Beklagte einer mit der Verfolgung des Klageanspruchs verbundenen sittenwidrigen Schädigung entgegentreten. An einer Schädigung fehlt es aber, wenn und soweit der Beklagten gegenüber den gemachten Leistungen auch Vorteile aus dem unsittlichen Geschäft zugeflossen sind, mögen immerhin diese Vorteile durch ein sittlich zu beanstandendes Verhalten erlangt sein. (Im gegebenen Falle wollte die Beklagte das ihr verkaufte, mietsweise übergebene, aber nicht aufgelassene Bordellgrundstück herausgeben, wenn ihr die gezahlten Kaufgeldbeträge erstattet würden; sie wollte sich aber die aus dem Grundstück gezogenen Nutzungen nicht in vollem Umfange, sondern nur im Umfange des gewöhnlichen Nutzungswerts anrechnen lassen. RG. entschied: Die Klägerin erhält den Besitz des Hauses, die Beklagte ihre Anzahlung zurück, letztere vermindert um die daraus tatsächlich gezogenen hohen Nutzungen. — Über Vorteilsausgleichung vgl. auch **RG.** 13. 1. 16, PosMSchr. 16, 23 zu § 254 BGB.

b) Über Replik der Arglist vgl. auch zu § 139 BGB.

c) Einzelne Fälle. α. Posen 19. 4. 16, PosMSchr. 16, 63. Einrede der Arglist gegen die formale Geltendmachung der Schuldenhaftung aus einer Vermögensübernahme (§ 419) wegen nicht übernommener Schulden.

β. GG. Hamburg 2. 6. 16, GewuKfmG. 22, 15. Wenn bei der Ausgabe von Lohnanweisungen statt Barlohnzahlung ein Arbeiter den Verlust einer Lohnanweisung behauptet, so ist zwar auf Grund § 116 GO. die Einrede unzulässig, daß die Lohnanweisung an Zahlungs Statt gegeben sei, nicht aber ist die Einrede der Arglist durch die GO. ausgeschlossen (d. h. daß Kläger den Schein nicht verloren, sondern das Geld darauf durch einen Dritten erhoben habe, den Arbeitgeber also absichtlich schädigen wollte).

γ. GewuKfmG. Leipzig 30. 12. 15, GewuKfmG. 21, 204. Die Einklagung einer Lohnforderung stellt schon für sich allein eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung dar, wenn der Kläger dem Beklagten einen der Klagesumme entsprechenden Betrag unterschlagen hatte.

II. Besondere Fälle des Abs. 1.

1. Anfechtbare Rechtsgeschäfte. Dresden 7. 7. 15, SächsOLG. 37, 142. Ausnahmsweise Zulässigkeit der Geltendmachung der Nichtigkeit eines der Gläubigeranfechtung unterliegenden Rechtsgeschäfts eines Unterhaltspflichtigen, wenn durch das Geschäft zugleich die Fähigkeit des Verpflichteten zur Gewährung des Unterhalts beeinflußt wird. Der Beklagte hatte seinen gesamten Grundbesitz dem Sohne A überwiesen, um dem klagenden Ortsarmenverband, der den geisteskranken Sohn B verpflegte, den Anspruch auf Unterhalts-

gewährung unmöglich zu machen. „Die Sachlage ist nicht etwa nach den die Nichtigkeit ausschließenden Grundsätzen über die Gläubigeranfechtung (**RG.** 69, 143) zu beurteilen. Die vom Beklagten vorgenommene Vermögensentäußerung hat entsprechend der dabei von den Vertragsteilen erfolgten Absicht nicht lediglich, wie es die Grundlage der Anfechtung bildet, dem Kläger die Durchführung seiner Ansprüche im Wege der Zwangsvollstreckung vereitelt, sondern zufolge der Abhängigkeit der Unterhaltsverpflichtung von der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten das Entstehen der vom Kläger verfolgten Ansprüche unmöglich gemacht und ihm damit nicht nur die Beitreibungsmöglichkeit, sondern überhaupt sein Recht genommen."

2. Anzeigenverträge. Rostock 17. 5. 15, JDR. 14 A II 2, jetzt auch OLG. 32, 345.

3. Ärzteverträge. a) **RG.** 10. 12. 15, LeipzZ. 16, 397, R. 16, Nr. 192. Abkommen eines ein Krankenhaus leitenden Arztes, der diese Stellung aufgeben will, mit einem anderen Arzt, der sich um diese Stellung bewerben will, des Inhalts, daß letzterer bei der Übernahme der Stellung dem ersteren eine Entschädigung von 5000 M. zahlen solle, mit dem Zusatz: „Ehrenwörtliche Diskretion selbstverständlich" für sittenwidrig erachtet. Die Krankenhausverwaltung hatte ein erhebliches Interesse daran, daß sie von dem Abkommen der Parteien Kenntnis erhielt, zumal es sich um die Stelle eines Krankenhausleiters handelte, die ein besonderes Maß von wissenschaftlicher und sittlicher Befähigung voraussetzte und deren sachgemäße Besetzung wegen des erhöhten Vertrauens, das vom Publikum Ärzten in dieser Stellung entgegengebracht wird, zugleich im öffentlichen Interesse lag. Verabredeten die Parteien die Geheimhaltung des Abkommens, so setzten sie sich hierdurch mit den Anforderungen in Widerspruch, die vom Standpunkt des sittlichen Empfindens der Gesamtheit aus an ihr Verhalten zu stellen sind.

b) **RG.** 30. 4. 15, JDR. 14 A II 3, jetzt auch GruchotsBeitr. 60, 124.

4. Gestattung des außerehelichen Beischlafs. Aubele, GruchotsBeitr. 60, 982. Die Gestattung des außerehelichen Beischlafs unter Nichtanwendung empfängnisverhütender Mittel gegen das Versprechen einer wirtschaftlichen Leistung für den Fall eintretender Schwangerschaft verstößt an sich nicht gegen die guten Sitten, ist vielmehr unsittlich im Sinne des § 138 nur dann, wenn aus der übermäßigen Höhe der versprochenen Leistung oder aus anderen Merkmalen auf einen Fall der Gewinnung von ungerechtfertigten Vorteilen aus der Unzucht geschlossen werden muß.

5. Bezugsvorrechte an Ausländer. Krückmann, LeipzZ. 16, 1461. Es muß als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden, wenn ein deutscher Erzeuger regelmäßig von Jahr zu Jahr seine ganze Erzeugung an einen Ausländer vergibt, ohne dem deutschen Markte etwas zukommen zu lassen. Auch wenn kein über mehrere Jahre laufender Vertrag geschlossen wird, vielmehr sich eine fortlaufende Kette von lauter einzelnen, formal selbständigen Verträgen über kürzere Zeiten bildet, ohne daß der Versuch gemacht wird, den deutschen Markt unmittelbar an den hergestellten Erzeugnissen zu beteiligen, liegt schon ein Verstoß gegen die guten Sitten vor, denn dieser steckt ja gerade in dem gewollten Ausschluß des deutschen Marktes von dem unmittelbaren Erwerb aus der Stätte der Erzeugung.

6. Bierabnahmeverträge. Stuttgart 23. 3. 15, WürttJ. 27, 136. Bierabnahmeverträge widersprechen im allgemeinen dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes nicht. Eine abweichende Beurteilung hat aber einzutreten, wenn die Vertragsbedingungen für den Wirt von drückender Härte sind, dessen gewerbliche Bewegungsfreiheit übermäßig beschränken, oder auch wenn den Leistungen des Wirts keine entsprechende Gegenleistung entspricht. (Letztere Voraussetzung wurde im gegebenen Falle verneint, da die Brauerei dem Beklagten zur Bahnhofspacht verholfen hatte. Der Beklagte hatte die Verpflichtung übernommen, falls ihm die Bahnhofswirtschaft übertragen würde, für die Dauer der Wirtschaftspacht. Unlautere Machenschaften lagen nicht vor, da der Beklagte eine zuverlässige, gutbeleumundete und zahlungsfähige Person war.) Vgl. JDR. 14, A II, 7a u. b.

7. Bordellkauf. BayObLG. 26. 10. 14, BayObLG. 15, 627. Auch nach gemeinem Recht sind, wie nach dem BGB., Bordellkaufverträge, die zum Zwecke des Bordellbetriebes geschlossen werden und bei denen der Kaufpreis nicht nach dem Werte des Anwesens, sondern nach dem Ertrage des Bordellbetriebs festgesetzt wird, als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig.

8. Sittenwidrige Abreden bei Dienstverträgen. a) Abrede, daß, falls der Angestellte zu ungelegener Zeit seine Stellung aufgebe, das auf die Urlaubstage entfallende Gehalt zurückzuzahlen sei. Schultz, KGBl. 16, 48. Unter Umständen kann bei derartigen Abreden ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen, namentlich, wenn die Nebenbedingungen betreffend die Rückforderung des Urlaubsgehalts für den Angestellten derartig übermäßig nachteilig sind, daß dabei zweifellos die wirtschaftliche Überlegenheit des Arbeitgebers in unbilliger Weise ausgenutzt wird. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn der Angestellte verpflichtet wäre, ungebührlich lange Zeit bei dem Arbeitgeber in Stellung zu verbleiben, falls er nicht des Gehalts für die Urlaubstage verlustig gehen will.

b) Abschlußgratifikation. KfmG. Berlin 22. 7. 15, DJZ. 16, 1004. Die Vertragsabrede, daß die Abschlußgratifikation dem Handlungsgehilfen nur dann gezahlt wird, wenn er sich am Tage der Auszahlung noch in ungekündigter Stellung befindet, verstößt nicht gegen die guten Sitten. (Trotz Wegfalls der Gratifikation blieb dem Angestellten im gegebenen Falle noch ein auskömmliches Gehalt, 1700 M.)

c) Gehaltserhöhung. **RG.** 6. 6. 16, JW. 16, 1185, LeipzZ. 16, 1172. Es verstößt gegen die guten Sitten und widerstreitet den Grundsätzen geschäftlichen Anstandes, wenn der Kläger dafür, daß er dem Beklagten die Vertragstreue wahrte, sich eine erhebliche Gehaltserhöhung versprechen ließ, und wenn er dem Beklagten dieses Versprechen durch den auf ihn geübten Druck nahezu abnötigte. Vgl. auch Filialleitung, Gehaltabkürzungsabkommen, Lohnabreden.

9. Ehescheidung. a) **RG.** 26. 11. 15, GruchotsBeitr. 60, 655, LeipzZ. 16, 1436, R. 16, Nr. 388. Parteien hatten vertraglich auf Einlegung der Revision für den Fall verzichtet, daß die Ehe unter Schuldigsprechung beider Parteien geschieden worden sei. Auch wenn die Revision nur von einer Seite eingelegt würde, wäre das RG. (45, 400; 58, 307) an sich in der Lage gewesen, das auf Klage und Widerklage scheidende Urteil in vollem Umfange aufzuheben, so daß der Prozeß noch mit der Aufrechterhaltung der Ehe hätte enden können. Ein Parteiabkommen, womit diese Möglichkeit durch Verzicht auf die Rechtsmittel gegen das erwartete Scheidungsurteil ausgeschlossen wird, verstößt gegen den in § 622 ZPO. zum Ausdruck gebrachten Grundsatz des Eheschutzes und damit gegen ein gesetzliches Verbot, aber auch gegen die guten Sitten und ist deshalb nichtig (**RG.** 70, 59; 71, 87).

b) **RG.** 18. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 269, WarnE. 16, 15. Sind die einem Ehegatten vertragsmäßig für den Fall einer künftigen Ehescheidung Vorteile nur gegen die Verpflichtung zur Beschaffung eines Scheidungsgrundes eingeräumt worden, so verstößt der Vertrag gegen die guten Sitten. — Wird als ständige Rechtsprechung des RG. bezeichnet. (Im gegebenen Falle war dem Manne Befreiung von Unterhaltsansprüchen seiner Frau und seines Kindes gegen das Versprechen zugesichert worden, die Schuld an der Scheidung auf sich zu nehmen und das dazu erforderliche Beweismaterial zu beschaffen.) Vgl. auch JDR. 14, A 1, 10 b—e, Hamburg 24. 2. 15, jetzt auch OLG. 32, 10; ferner zu c.

c) **RG.** 20. 1. 16, JW. 16, 573, LeipzZ. 16, 1005, R. 16, Nr. 391. Stand die Trennung im voraus fest, da die Ehefrau nach § 1565, 1568, 1353 Abs. 2 BGB. berechtigt und fest entschlossen war, von ihrem Mann getrennt zu leben, so war es nicht sittenwidrig, daß die Klägerin sich mit dem Beklagten über den ihr für die Dauer der tatsächlichen Trennung zustehenden gesetzlichen Unterhalt vertraglich verständigte. (Die Parteien bezweckten nicht nur, dauernd sich von Tisch und Bett zu trennen und ihr tatsächliches Getrenntleben dauernd

zu regeln, sondern hatten von vornherein auch die Scheidungsklage ins Auge gefaßt, die demnächst auch angestrengt und durchgeführt wurde.) An und für sich ist es rechtlich zulässig, wenn geschiedene Ehegatten die gesetzlichen Unterhaltsansprüche nach §§ 1578 ff. BGB. vertraglich näher regeln, und solche Verträge können rechtswirksam schon vor der Scheidung, für den Fall etwaiger Scheidung eingegangen werden. Nur darf ein solcher Vertrag nicht darauf abzielen, die künftige Scheidung irgendwie zu erleichtern; ihm würde dann, weil es mit dem Wesen der Ehe unvereinbar wäre, der Einwand der Nichtigkeit aus § 138 BGB. entgegengesetzt werden können. (Unter Hinweis auf die ungedruckte Entscheidung 28. 4. 09 IV 370, 08.) — Landsberg, JW. 16, 573 hält es für bedenklich, daß das RG. im gegebenen Falle die tatsächliche Feststellung unbeanstandet gelassen, daß der der Klägerin für den Fall der Anzeige gegen den Ehemann angedrohte Rentenverlust ihr keinen Zwang auferlege und keinen besonderen Vermögensvorteil für das Unterlassen der Anzeige zuweise; in der Praxis sei man oft genug schon einer weit strengeren Auffassung begegnet.

10. Ehrenwort. **RG.** 10. 5. 15, IDR. 14 A I 11, jetzt auch SeuffA. 71, 189.

11. Elternrecht. Josef, Zwischenstaatliches Privatrecht bei Ansprüchen auf Herausgabe von Kindern vgl. zu Art. 19 EGBGB.

12. Erbvertrag. Zu vgl. Stuttgart 18. 4. 14, WürttZ. 28, 51.

13. Filialleitung. KfmG. München 10. 4. 15, GewuKfmG. 21, 119. Eine mit monatlich 110 M. angestellte Filialleiterin hatte volle Garantie für das Warenlager übernommen und sich verpflichtet, für jeden Fehlbetrag entsprechenden Schadensersatz zu leisten. Die Beklagte hatte zugegeben, daß ein jährlicher Fehlbetrag von 600 M. durch von der Filialleitung nicht vertretbare Umstände entstehen könne. Es wurde angenommen, daß die der Klägerin aufgebürdete unbeschränkte Haftung für alle Fehlbeträge im Hinblick auf ihre Gehaltsverhältnisse und ihren Wirkungskreis (sie wirkte beim Verkauf mit, hatte eine Kassiererin, ein Lehrmädchen und zwei Verkäuferinnen unter sich) zu weit gehe und diese Vereinbarung mit den guten Sitten nicht im Einklang stehe.

14. Gehaltabkürzungsabreden beim Beginn des Krieges. a) KfmG. Duisburg 6. 3. 16, GewuKfmG. 21, 324 verneint das Recht des Angestellten, der während des Krieges austritt, Nachzahlung der abgekürzten Beträge zu verlangen.

b) LG. Breslau 10. 11. 16, GewuKfmG. 21, 326 verneint unter Aufhebung von KfmG. Breslau 10. 11. 15, daß eine Vereinbarung über Kürzung des Gehalts während der Kriegszeit gegen die guten Sitten verstößt, wenn für den Fall der Verweigerung der Unterschrift die Kündigung zum nächsten zulässigen Termin in Aussicht gestellt war. (Der Arbeitgeber gehörte dem Verbande deutscher Damen- und Mädchenmäntelfabrikanten in Breslau an, der beschlossen hatte, die Angestellten zu boykottieren, die den Revers nicht unterschreiben würden. Der Beschluß wurde, trotzdem er geheim gehalten werden sollte, in Anbetracht der ungewöhnlichen, durch die Kriegslage geschaffenen Verhältnisse vom BG. nicht als Verstoß gegen § 138 angesehen. Nicht tatsächlich festgestellt war, daß der Arbeitgeber den Beschluß als Druckmittel verwendet oder sonst einen Druck auf den Kläger ausgeübt hatte.)

c) KfmG. München 20. 3. 15 u. LG. München 6. 10. 15, GewuKfmG. 21, 84. Die Entlassung des Angestellten war in einem Vorprozeß für ungerechfertigt erachtet worden. Der Anspruch auf Nachzahlung des gekürzten Gehalts wurde abgewiesen. LG.: Die Vereinbarung über die Lohnkürzung während der Kriegszeit verstößt nicht gegen die guten Sitten. — Wenn die beklagte Firma von der Entlassung eines Teils ihrer Angestellten absah und die Lohnkürzung mit allen Angestellten während der anormalen Zeiten vereinbarte, so kann darin keine sittenwidrige Ausbeutung der Notlage der Angestellten erblickt werden. — Die Zusage, von einer Kündigung keinen Gebrauch zu machen, kann nur in dem Sinne abgegeben worden sein, daß wegen der Kriegslage allein, um deretwillen eben die Lohnkürzung eintrat, nicht gekündigt werden solle. Anders lag der Fall GewuKfmG. 21, 82 (KfmG. und LG. Freiburg i. Br.). Ein wichtiger Grund zur Entlassung des Klägers

lag nicht vor. Den Ausschluß der Kündigung während des Krieges durfte Kl. als Bedingung seines Einverständnisses der Gehaltsminderung ansehen. Vgl. JDR. 14 zu § 157 IV. — Vgl. auch Lohnabreden.

15. Gesellschaftsrecht. a) RG. 22. 2. 16, BauersZ. 23, 204, JW. 16, 575, R. 16, Nr. 1845. Nichtigkeit des Mehrheitsbeschlusses der Gesellschafter einer G. m. b. H., wodurch in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise die Dividendenrechte eines dritten Gesellschafters auf das Empfindlichste geschmälert wurden. Vgl. zu § 250 HGB. und Pinner, Die Minderheitsrechte der Aktionäre und das RG., JW. 16, 988.

b) RG. 5. 5. 16, BauersZ. 23, 266, HoldheimsMSchr. 16, 100, JW. 16, 1015, LeipzZ. 16, 1100. Nichtigkeit eines Beschlusses, nach dem ein Gesellschafter einer G. m. b. H., der für ein Konkurrenzunternehmen tätig war, a) seine Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnis nicht persönlich ausüben, sich darin nur durch einen anderen Gesellschafter vertreten lassen könne, b) daß die Versammlungen nur an demjenigen Ort stattfinden sollten, der durch den Geschäftsführer oder den Aufsichtsrat bestimmt war. Der Fall lag anders wie RG. 80, 385, JW. 13, 1041. Der Beschluß zu a richtete sich nur gegen die eine bestimmte Person, mit der die Mehrheit in erbitterter Feindschaft lebte, und bezog sich nicht nur auf die Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen, sondern auf alle Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnis schlechthin. Der Beschluß zu b hatte nur den Zweck, den Kläger zu schikanieren.

16. Grabsteininschriften. Breslau 28. 9. 15, BreslauAK. 16, 18. Die Erteilung des Auftrages zur Bestellung eines Grabsteins mit einer dem wahren Familienstande des Toten nicht entsprechenden Inschrift stellt ein unsittliches Rechtsgeschäft dar. (Der Verstorbene war mit der Auftraggeberin nie verheiratet gewesen, sie hatte lange Jahre mit ihm zusammengelebt und war, wie sie behauptet, in den Kreisen seiner Verwandten und Bekannten als seine Ehefrau behandelt und geachtet worden. Sie behauptete, von ihm den Auftrag erhalten zu haben, einen Grabstein mit der Inschrift zu bestellen: Hier ruht in Gott mein inniggeliebter Mann.)

17. Gütergemeinschaft, fortgesetzte. RG. 18. 10. 15, HansGZ. 16, Beibl. 241, WarnE. 16, 33 über vertragsmäßige Beschränkung der fortgesetzten G. durch Vereinbarung mit dem eingesetzten Testamentsvollstrecker und dem überlebenden Ehegatten vgl. zu § 1518 BGB.

18. Güterzertrümmerung. RG. 22. 1. 15, BayNotZ. 53, 270. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn der Güterhändler den Weg, den das Gesetz (bayer. G. v. 13. 10. 10, vgl. § 134 Nr. 3) offen gelassen hat, beschreitet und, um den wirtschaftlichen Erfolg eines Kaufvertrages zu erreichen, aber das gesetzliche Verkaufsrecht zu vermeiden, sich in einem Vertrag anderer Art so weitgehende Befugnisse übertragen läßt, daß seine Stellung der eines Käufers gleicht.

19. Kartellverträge. a) Sittenwidrigkeit der Verpflichtung einem Verbande gegenüber, nicht von anderen zu kaufen? Hamburg 30. 6. 16, LeipzZ. 16, 1327. Daß, wer Waren zum Weiterverkauf bezieht, vertraglich gebunden wird, gleichartige Waren von anderen nicht zu beziehen, ist eine bekannte Erscheinung und nicht unstatthaft. Im gegebenen Falle wurde eine übermäßige Einschränkung des sog. Rechts der Persönlichkeit auf freie Bewegung (Kohler, ABürgR. 31, 937) verneint, da die durch den Revers gebundenen Händler ihre volle Bewegungsfreiheit behielten, freier Wettbewerb einer großen Anzahl von Fabriken bestand, das Kündigungsrecht nicht an übermäßige Fristen geknüpft war.

b) Züricher Schiedsgerichtsurteil 3. 3. 14, ABürgR. 42, 93. Eine Gebundenheit auf 10 Jahre kann jedenfalls dann nicht als zu weitgehend betrachtet werden, wenn im übrigen normale Verhältnisse vorliegen (wie im gegebenen Falle, wo die örtliche Beschränkung nur den Platz Zürich betraf. — Die Bindung des Bierpreises auf 10 Jahre wurde für unerheblich erachtet, weil erfahrungsgemäß hier Preisschwankungen sehr selten sind).

c) Über die Ringbildung bei Holzkäufen vgl. *Dickel, 200ff.

20. Lebensversicherungsvertrag. Hoyer, R. 16, 35. Die Bedingung in den Satzungen mehrerer Versicherungsgesellschaften, wonach in Ermangelung einer besonderen Übernahme des Kriegsrisikos die bezahlten Prämien, wenn der Versicherte im Kriege den Tod erleidet, bis auf die sog. Prämienreserve verfallen sollen, verstößt gegen die guten Sitten. Die Gesellschaft macht auf Kosten des Versicherten bzw. seiner Hinterbliebenen einen Gewinn, dem keine Gegenleistung gegenübersteht. — Dagegen Dörstling, R. 16, 188, der Äußerungen des Aufsichtsamts für Privatversicherung mitteilt, in denen darauf hingewiesen wird, daß die für die Versicherung eingezahlten Prämien bis zum Zeitpunkte des Ausscheidens des Versicherten vertragsmäßig teilweise aufgebraucht sind zur Beschaffung der für frühzeitige (normale) Todesfälle anderer Versicherter und für die Verwaltungskosten erforderlichen Mittel. Vgl. auch Schubart, R. 16, 213 u. GesuR. 17, 615.

21. Lohnabreden. GG. Breslau 12. 11. 15, GewuKfmG. 21, 234. Sind Lohnabreden im Militärbekleidungsgewerbe gültig, die den bei Übernahme der Aufträge gegenüber den Militärbehörden übernommenen Verpflichtungen nicht entsprechen? Ein Unternehmer, der sich der übernommenen Verpflichtungen entzieht und den Heimarbeiterinnen den ihnen zukommenden Lohn nicht zahlt, ist nicht nur vertragsbrüchig gegenüber dem Staat, sondern bereichert sich auch auf Kosten der Heimarbeiterinnen. Eine solche Handlungsweise ist nicht nur ungerechtfertigt und unbillig, sondern auch in Anbetracht des Umstandes, daß wir uns im Kriege befinden, und es sich bei den Heimarbeiterinnen in der Hauptsache um Arme und Angehörige von Kriegsteilnehmern handelt, ehrlos.

22. Mundraub. Berechtigt die Wegnahme eines Apfels im Werte von 15 bis 20 Pfg. den Prinzipal zur Entlassung eines in einem Warenhaus angestellten Handlungsgehilfen, der durch Unterschrift anerkannt hat, auch bei Wegnahme des geringsten Gegenstandes entlassen zu werden? KfmG. Charlottenburg 23. 3. 14, GewuKfmG. 21, 178. Die Vereinbarung wurde als gegen § 138 BGB. verstoßend angesehen, da es der Anschauung aller billig und gerecht Denkenden widerspricht, Veruntreuungen von Lebensmitteln gar zu geringfügigen Wertes als Entlassungsgrund zu verabreden, dergestalt, daß Mundraub dem Gesetze zuwider als Diebstahl angesehen werden soll. Dadurch wird das Abhängigkeitsverhältnis des Gehilfen zum Arbeitgeber in einem Maße gesteigert, daß es mit den guten Sitten und dem Anstandsgefühl aller ehrlich, billig und gerecht Denkenden sich nicht verträgt.

23. Rheinkonnossemente. Karlsruhe 4. 6. 12, BadRpr. 16, 167. Die in den Rheinkonnossementen enthaltene Bestimmung, daß die Abtretung der Rechte aus dem mittels des Konnossements geschlossenen Frachtvertrage an die das Frachtgut versichernde Versicherungsgesellschaft verboten ist, verstößt nicht gegen die guten Sitten, und zwar auch dann nicht, wenn der Versicherte sich entgegen diesem Verbot dem Versicherer gegenüber verpflichtet hat, diesem jene Rechte abzutreten.

24. Schädigung obligatorischer Rechte. **RG.** 1. 7. 16; 88, 361, JW. 16, 1332, LeipzZ. 16, 1428, R. 16, Nr. 1456. Das bewußte Zusammenwirken zur Umgehung und Schädigung fremder Rechte, nicht bloß — wie im gegebenen Falle — dinglicher, sondern auch obligatorischer ist sittenwidrig, auch wenn dem Schädigenden ein formales Recht zur Seite stand. (Es handelte sich um die Umgehung eines Verkaufsrechts durch einen Tauschvertrag. Der entfernte löbliche Zweck der klagenden Stadtgemeinde, gutes Trinkwasser zu beschaffen, und ihr dadurch begründetes Interesse könnten nicht die Anwendung unlauterer, sittenwidriger Mittel rechtfertigen.) — Vgl. **RG.** 62, 138; 81, 86, GruchotsBeitr. 50, 972; 51, 989; 54, 892; 58, 990, JW. 08, 545f.

25. Schiedsvertrag vgl. zu §§ 1025, 1033 ZPO.

26. Sicherungsverträge. a) **RG.** 17. 1. 16, BayRpflZ. 16, 110, JW. 16, 476, LeipzZ. 16, 1119, R. 16, Nr. 390. Kein sittenwidriger Knebelvertrag, sondern ein ernst-

liches und gültiges Sanierungsgeschäft angenommen, bei dem die Klägerin einem dem Zusammenbruch verfallenen Unternehmer fortlaufend Kredit gewähren, die aus dem nunmehr ermöglichten Weiterbetriebe des Unternehmens entstehenden Schulden und Betriebskosten aus den ihr zufließenden Außenständen der Gemeinschuldnerin begleichen und im wesentlichen nur den Überschuß jener eingezogenen Außenstände für sich behalten sollte. Der Zweck eines solchen Abkommens, der darauf abzielte, ein schwach gewordenes Unternehmen mittels Bankkredits, wenn auch gegen starke Banksicherung, durch die letzten Mittel und Kräfte der Schuldnerin zu stützen und betriebsfähig zu erhalten, kann als sittenwidrig nicht getadelt werden. — Weder der Umstand, daß ein einzelner Gläubiger besonders hohe Sicherheit erlangte, noch die Geheimhaltung der Übereinkunft rechtfertigten die Annahme einer sittenwidrigen Verschleierung der Übereinkunft. Vgl. **RG.** 28. 10. 15, LeipzZ. 16, 946 u. JDR. 14 A II 19 insbes. b, **RG.** 16. 3. 15, jetzt auch FrankfRdsch. 49, 202.

b) Anders lag der Fall **RG.** 21. 9. 16, WarnE. 16, 446, wo festgestellt war, daß durch den Vertrag die Firma von der Stellung eines selbständigen Kaufmanns zu der eines bloßen Angestellten der Beklagten herabgedrückt und dadurch, daß man sich alle Aktiven der Firma übereignen ließ und ihr nur die Passiven beließ, der für den weiteren Geschäftsverkehr erforderlichen Unterlagen beraubt wurde. Ebenso

c) München 4. 5. 16, LeipzZ. 16, 972, wo durch den Vertrag der Gemeinschuldner, der außerdem noch Lebensversicherungen und Forderungen an die Klägerin übertragen mußte, nahezu aller Zahlungsmittel für Gegenwart und Zukunft beraubt wurde. „Es wurde der Schein für den Rechtsverkehr hervorgerufen, als ob eine freie und im Besitze ihrer Zahlungsmittel befindliche Wirtschaftspersönlichkeit vorhanden sei; so sollten andere, die dem späteren Gemeinschuldner Vertrauen schenken sollten, getäuscht und beschädigt werden." Ähnlich der Fall Stuttgart 17. 12. 15, WürttRpflZ. 16, 59, WürttJ. 28, 1.

d) **RG.** (Strafs.) 7. 3. 16, BankA. 15, 309, LeipzZ. 16, 956 nimmt Strafbarkeit gemäß §§ 240 Nr. 3 u. 4 KO. an, falls nichtige Sicherungsverträge nicht in den Büchern vermerkt werden.

27. Schmiergelder. Stuttgart 2. 7. 5, JDR. 4 A II 5b, jetzt auch WürttJ. 27, 131.

28. Schutzverträge. **RG.** 10. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 484, LeipzZ. 16, 687, R. 16, Nr. 191. Schutzverträge, d. h. Verabredungen von Unternehmern bei Bewerbung um öffentlich ausgeschriebene Arbeiten oder Lieferungen, einem der Beteiligten den Zuschlag dadurch zu verschaffen, daß die anderen Vertragschließenden höhere Angebote stellen, die aller Wahrscheinlichkeit nach vom Verdingenden nicht angenommen werden. Im Zusammenhang hiermit vereinbaren die sich verbindenden Unternehmer nicht selten, daß der den Zuschlag erhaltende Unternehmer an die übrigen Beteiligten nach Art einer Gewinnverteilung feste oder prozentual bestimmte Beträge herauszahlen soll. Auch solche Verträge werden in der Rechtsprechung des RG. (JW. 13, 734; 14, 976) als sittenwidrig angesehen, wenn sie darauf gerichtet sind, durch das Mittel der Geheimhaltung und Täuschung des Bestellers auf dessen Kosten unberechtigte Vorteile zu erzielen. (Im gegebenen Falle handelte es sich um einen Aufschlag von 10 v. H.)

29. Sittenwidrige Vereinbarungen bei Jagdpachtverträgen (über das Recht zur Tötung revierender Hunde), *Dickel, 207.

30. Versteigerung, öffentliche. a) Abhalten vom Mitbieten. *Dickel, 200ff, ferner **RG.** 17. 9. 15, LeipzZ. 16, 159. Vgl. JDR. 14 A II 8.

b) **RG.** 13. 1. 16, LeipzZ. 16, 748. Den Vertragsgläubiger trifft kein Sittenverstoß, wenn er, nachdem er die für seine Forderung gepfändeten Mobilien weit unter dem Wert versteigert hat, auch noch den nicht befriedigten Teil seines vertraglichen Anspruchs gegen den Schuldner oder dessen Bürgen einklagt. Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung sind unanwendbar.

31. Verzicht auf die Stundungsrechte der Kriegsverordnungen, vgl. Kriegsbuch 3, 82 und 4, 745.

32. Viehkommissionsgeschäft. **RG.** 9. 11. 15, IDR. 14 A II 33c, jetzt auch DIZ. 16, 132, GruchotsBeitr. 60, 487, IW. 16, 114, WarnE. 16, 2. Wer den Krieg und die durch ihn vielfach herbeigeführte schwierigere wirtschaftliche Lage bewußt dazu benutzt, um für sich zum Nachteile anderer Vorteile herauszuschlagen, deren Erlangung ihm sonst nicht offensteht, handelt gegen die guten Sitten.

Kipp, DIZ. 16, 469 weist darauf hin, es sei wohl zu beachten, daß das Urteil die Nichtigkeit der Vereinbarung der Händler mit ihrem Verein ausspricht, weil die Vereinbarung die Händler zwingen will, andere unsittlich zu bedrücken. Die zweifellos richtige Entscheidung spreche nicht die Nichtigkeit von Viehkäufen aus, die mit der abgekürzten Kreditfrist geschlossen worden seien. Aus der Nichtigkeit jener Vereinbarung könne die Nichtigkeit solcher Käufe so wenig hergeleitet werden, wie aus der Nichtigkeit einer Vereinbarung, die zur Begehung einer Erpressung verpflichten wollte, die Nichtigkeit des erpresserischen Geschäfts.

33. Widerruf von Beleidigungen. **RG.** 18. 5. 15, IDR. 14 A I 35, auch 87, 80.

34. Zwangsverwaltung. Hamburg 14. 7. 16, BankA. 16, 75, IW. 16, 1353, LeipzZ. 16, 1226, R. 16, 546. Klage des Zwangsverwalters einer in Deutschland ansässigen englischen Firma auf Herausgabe eines Betrages, den der Engländer in Erwartung von Zwangsmaßregeln weggegeben hatte (im gegebenen Falle an seine deutsche Braut, um ihr die Mittel für ihren Unterhalt und die Beschaffung ihrer Aussteuer während seiner Abwesenheit zu gewähren). Es verstößt gegen die guten Sitten und widerspricht in hohem Maße dem herrschenden Volksbewußtsein, daß in einer Zeit, in der das Vaterland in schwerer Bedrängnis die größten Opfer an Gut und Blut von den Mitbürgern fordert, ein Deutscher sich unter Voranstellung seiner persönlichen Interessen von einem feindlichen Staatsangehörigen Mittel geben läßt, die damit einer gegen die Feinde gerichteten Maßnahme der deutschen Regierung entzogen werden sollen und so zur Schädigung der Interessen des Vaterlandes beiträgt.

B. Abs. 2. Wucher.

I. Zum Begriff des Wuchers nach geltendem Recht. 1. Leichtsinn. a) **RG.** 15. 4. 16, WarnE. 16, 204. Im Leichtsinn handelt, wer sorglos, ohne genügende Überlegung und unbekümmert um die Folgen handelt (**RG.** Strafs. 27, 18).

b) **RG.** 20. 5. 16, R. 16, Nr. 144, WarnE. 16, 309. Die bloße Tatsache, daß ein Geschäft in seinen Folgen sich als sehr nachteilig erweist, und daß dies bei ruhiger Überlegung auch erkennbar war, kann, wenn es sich um die Wertbemessung eines Spekulationsgrundstücks handelt, nicht ohne weiteres die Annahme eines „leichtsinnigen" Verhaltens rechtfertigen.

2. Unerfahrenheit. **RG.** 15. 4. 16, R. 16, Nr. 1457 WarnE. 16, 204 (siehe 1a). Die Unerfahrenheit besteht in einem Mangel an Lebenserfahrung und Kenntnis geschäftlicher Dinge im allgemeinen oder auf beschränkten Gebieten des menschlichen Wirkens und hat ihrem Wesen nach eine Einschränkung der Befähigung zur Wahrnehmung oder richtigen Beurteilung von Zuständen und Geschehnissen zur Folge. (Verneint Unerfahrenheit bei einem 46jährigen Landwirt, der gute Schulbildung genossen und im gegebenen Falle bei verschiedenen vertrauenswürdigen Personen Rat eingeholt hatte.)

3. Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung. a) **RG.** 17. 12. 15, BayRpflZ. 16, 202. Das bloße Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung genügt nicht, wie sich aus Abs. 2 ergibt, um eine Nichtigkeit nach Abs. 1 dieser Vorschriften zu begründen (**RG.** 64, 181. — Der Militärfiskus hatte dem Kläger für den Nachweis einer für die Lieferung von Heeresbedarf geeigneten Firma 2 v. H. des Umsatzes als Provision versprochen*). Der Einwand der Nichtigkeit des Provisionsversprechens wurde ver-

*) Stuttgart 29. 9. 16, R. 16, 630. Die Zusage eines Entgelts für die Vermittlung von Kriegslieferungsaufträgen kann unter Umständen gegen die guten Sitten verstoßen,

worfen. Das Interesse des Beklagten, Firmen zu ermitteln, die den Heeresbedarf in den nötigen Mengen liefern könnten, rechtfertige das Versprechen. In Betracht komme, daß es sich nur um Lieferungen für den gegenwärtigen Krieg handle. Ein Versprechen lebenslänglicher Provision liege nicht vor.

Dagegen α. Herausgeber Anm. 1 a. a. O. § 138 Abs. 2 regele die Fälle nicht erschöpfend, in denen bei einem Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung Nichtigkeit vorliegen kann.

β. Ausführliche und grundlegende Erörterungen zu dem entschiedenen Fall von Krückmann, 277. aa) Es ist zunächst zu prüfen, ob nach allen in Betracht kommenden Umständen die Abmachung der Vermittlungsgebühr überhaupt für die volle zeitliche Ausdehnung des gegenwärtigen Krieges zu gelten hat, nicht vielmehr das Wort Heereslieferungen für den gegenwärtigen Krieg der Ausdruck für einen von den Parteien vorgestellten kürzeren Zeitraum ist. Im Zweifel ist dies unbedenklich zu bejahen. — bb) Für die Anwendung des § 138 Abs. 2 kommt in Frage: Der Vermittler hat dem Fiskus nur über eine augenblickliche Verlegenheit hinweggeholfen, läßt sich aber für die Dauer des ganzen Krieges dafür bezahlen, also auch für eine Zeit, für die der Fiskus den Vermittler keinesfalls in Anspruch genommen haben würde, weil er bis dahin schon aus eigenen Veranstaltungen die gewünschten für ihn notwendigen Nachweise erhalten haben würde. Hierin liegt das unangemessene Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (274). Es werden ferner tatsächliche Umstände angeführt, aus denen die Notlage und Unerfahrenheit des stellvertretenden Generalkommandos beim Abschluß des Vermittlungsvertrags hergeleitet werden könnten, und als weitere Möglichkeit, den Vertrag aus der Welt zu schaffen, bezeichnet: — cc) Die „Einrede aus gewichtigem eigenen Interesse" (280, vgl. ACivPr. 114, 292 Anm. 125). Diese Einrede ist zweifelsfrei, wenn die Umstände, die zur Leistungsverweigerung führen, erst nachträglich nach dem Vertragsschluß eingetreten sind. Dies sind alles Fälle der unechten Unmöglichkeit, der sog. juristischen Unmöglichkeit. Ihr Merkmal sind nachträglich eingetretene Erschwerungen, jedenfalls Erschwerungen, mit denen man beim Vertragsschluß nicht gerechnet hatte.

b) Kann sich ein Mißverhältnis der Leistungen im Sinne des § 138 Abs. 2 auch aus Umständen ergeben, die der Eingehung des Geschäfts nachgefolgt sind? Klein, 108 (Besprechung von **RG.** 4. 3. 15; 86, 296, vgl. JDR. 14 B I) führt aus, es beständen zwei Möglichkeiten. Entweder sei das spätere Abkommen ein schuldabändernder Vertrag (Erweiterung der Verpflichtung des Schuldners) und dieser, weil wucherisch, nichtig, dann bliebe das ursprüngliche Schuldverhältnis unverändert bestehen. Oder das ursprüngliche Schuldverhältnis sei aufgehoben und ein neues an seine Stelle gesetzt worden, das nach § 138 Abs. 2 nichtig sei.

II. Einzelne Fälle. 1. Darlehn. **RG.** 17. 3. 16, WarnE. 16, 150. (Wucherischer, in Form eines Darlehns gekleideter Darlehnsvertrag.)

2. Erbschaftskauf. **RG.** 4. 5. 16, R. 16, Nr. 1843, WarnE. 16, 311. Stellt sich in Anbetracht der vorliegenden Umstände der Vertrag als ein gewagtes Geschäft dar, so kann ein etwa bestehender, das verkehrsübliche Maß überschreitender Unterschied zwischen den Werten der beiderseitigen Vertragsleistungen nicht ohne weiteres genügen, um ein auffallendes Mißverhältnis im Sinne des § 138 Abs. 2 als vorliegend anzunehmen. Die Gewinnhoffnung einerseits und die übernommene Gefahr andererseits müssen vielmehr abgeschätzt und bei der Vergleichung des Wertverhältnisses der Vertragsleistungen berücksichtigt werden.

3. Vertragsstrafe. **RG.** 19. 5. 16, WarnE. 16, 309. Kann eine ungewöhnlich hohe Vertragsstrafe den Tatbestand des Wuchers erfüllen? Die Frage wurde im gegebenen Falle verneint. Das BG. hatte mit rechtlich einwandfreier Begründung

---

besonders wenn durch die Gewährung einer Vermittlungsvergütung die Vertragsmäßigkeit der Lieferung in Frage gestellt oder die Gefahr einer Überforderung nahe gelegt wird.

festgestellt, daß die Absicht der Beklagten nicht auf Erlangung der Vertragsstrafe und des darin liegenden Vermögensvorteils, sondern lediglich auf ihre Sicherung gegen einen Vertragsbruch der Klägerin gerichtet gewesen, damit aber der Anwendung des § 138 der Boden entzogen sei.)

III. Schadensersatz und Einwand der Nichtigkeit. Fuld, 640. Die BVRO. v. 23. 7. 15 (RGBl. 467), die Grundlage des sog. Kriegswucherstrafrechts, sagt nichts über die zivilrechtliche Seite des Kriegswuchers, dessen bedurfte es auch nicht, weil ja die Nichtigkeit jedes unter den Tatbestand des Kriegswuchers fallenden Rechtsgeschäfts sich aus § 138 BGB. ohne weiteres ergibt. Versprechungen und Gewährungen, welche mit dem Verbot des übermäßigen Gewinns in Widerspruch stehen, sind, weil gegen die guten Sitten verstoßend, nichtig. Das gleiche muß aber auch von einer Forderung eines Preises gelten, der einen übermäßigen Gewinn bedeutet, und es ist gleichgültig, ob die Forderung unmittelbar oder mittelbar zum Ausdruck kommt. Auch unter dem Titel bzw. der Bezeichnung Schadensersatz wird ein Preis gefordert.

IV. Zur Frage der Ausdehnung des Wucherbegriffs.

1. Pagel, 213. Den Bestrebungen, auf wissenschaftlichem Wege zu einer möglichst wirksamen Reaktion gegen gläubigerbenachteiligende Geschäfte zu gelangen, um so der „Gläubigernot" (Hellwig), soweit dies Sache der Rechtswissenschaft sein kann, abzuhelfen, beginnt man mehr und mehr das Wort „Schuldnernot" entgegenzuhalten. Aber man vergißt hierbei, daß die Aufgabe, der Schuldnernot zu steuern, juristisch auf einem ganz anderen Gebiet liegt, als das Problem, die sogenannten Schiebungsgeschäfte einer angemessenen rechtlichen Beurteilung zu unterziehen. Abgesehen von Maßnahmen auf dem Gebiete der sozialpolitischen Gesetzgebung (im weiteren Sinne) käme in Frage: eine genaue Untersuchung des Ursprungs materiellprivatrechtlicher Schuldverbindlichkeiten. Hier lege man in der Rechtsprechung jedesmal weniger Wert auf die formale Seite. Man frage nicht sowohl nach dem Inhalt als nach dem Wert der Abrede, man forsche danach, ob Leistung und Gegenleistung unter Berücksichtigung der gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse vor dem Forum einer vernünftigen Äquivalenztheorie bestehen können. Das läßt sich bereits im Rahmen des geltenden Rechts durchführen, wenn man sich nur entschließt, dem Wucherbegriff des § 138 BGB. eine bedeutendere Stellung einzuräumen, als es bisher meist geschieht (vgl. auch § 343 BGB.).

Vgl. ferner 2. Heinemann, DJZ. 16, 80. Die Erfahrungen der Kriegszeit haben bewiesen, daß das Wucherproblem durchaus anders gelöst werden muß, als dies das geltende Recht tut. Die privilegierte Stellung, die hier der Sachwucher gegenüber dem Kreditwucher genießt, kann nicht länger beibehalten werden.

3. a) Ebermayer, 200. Die bestehenden zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen bieten (selbst wenn Verschärfungen eintreten würden) doch noch keine ausreichenden Waffen im Kampfe insbesondere gegen den Kriegswucher, der eine besondere Art des Sachwuchers darstellt und als die bewußte Ausbeutung der durch den Krieg geschaffenen wirtschaftlichen Verhältnisse, sei es des einzelnen, sei es ganzer Volkskreise oder der Gesamtheit, zum Zwecke der Erzielung übermäßigen Gewinnes erscheint. (Wegen der in Frage kommenden Kriegsgesetze und -verordnungen a. a. O. 202, Kriegsbuch 3, 155 ff.)

4. Kipp, 469 (weist auf die Fälle der Bewucherung des Reiches hin, ferner darauf, daß häufig auch für die Vertragspartei des Fiskus die Übermäßigkeit des Gewinns sich erst nach dem Vertragsabschluß herausstelle und dann mit § 138 Abs. 2 nichts ausgerichtet werden könne, da die Ausbeutung eine bewußte sein müsse). Ich glaube (gegenüber **RG.** 28. 1. 15, JW. 15, 392), daß die Rechtsprechung in bezug auf die Unsittlichkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung erst dann auf die rechte Bahn kommt, wenn sie mehr als bisher betont, daß in dem § 138 Abs. 2 schon durch das Wort „insbesondere" angedeutet wird, es solle nur ein besonders gefährlicher Fall des unsittlichen Rechtsgeschäfts hervorgehoben werden. — Es ist nicht richtig, daß die Unsittlichkeit eines Rechtsgeschäftes von dem subjektiven Verhalten der Parteien bei seinem Abschluß

abhängig ist. Es kommt nur darauf an, daß der Inhalt des Rechtsgeschäfts objektiv gegen die guten Sitten verstößt. — Selbstverständlich kann man eine Leistung unentgeltlich versprechen. Selbstverständlich kann ein scheinbar ungenügendes Entgelt für eine Leistung seine Ergänzung in der Deckung immaterieller Interessen des Leistenden finden. Aber mit diesen Vorbehalten, deren Handhabung dem Richter nicht mehr zumutet, als was er täglich zu leisten hat, kann man den Satz wagen: Nichtig ist ein Vertrag, bei welchem Leistung und Gegenleistung in einem das sittliche Empfinden aller anständig und gerecht Denkenden offenbar beleidigenden Mißverhältnis stehen, selbst dann, wenn die Parteien bei dem Vertragsschluß dieses Mißverhältnis nicht gekannt haben.

5. Mangler, 32. Wucher ist im Sinne des Volksempfindens nicht das, was wir Juristen darunter verstehen. Nicht Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns und der Unerfahrenheit im Sinne des Strafgesetzbuchs, sondern die Ausbeutung, die Übervorteilung aus Gewinnsucht, das Plusmachen durch Aneignung eines offenkundigen Mehrwerts nennt das Volk „Wucher", und Wuchergewinne sind in seinen Augen die Profite, die dadurch erzielt werden, daß Preise verlangt werden, die außer allem Verhältnis zu den Produktionskosten und der auf die Ware verwendeten Arbeit stehen. (Im übrigen tritt Mangler a. a. O. für die von Ruhland in seinem System der Politischen Ökonomie ausgebaute sog. Äquivalenztheorie ein, die in der Forderung gipfele: „Beseitigt die Wucherfreiheit, die sich hinter dem Satze versteckt: möglichst billig einkaufen und möglichst teuer verkaufen, durch Wiedereinführung des gesellschaftlichen Kostenwertes, auch Äquivalenzwert genannt." Die Lehren des Krieges, wie sie in der Festsetzung von Höchstpreisen und in der gleichmäßigen Versorgung des Marktes mit Waren, gegebenenfalls unter Beschlagnahme und Verteilung, zutage treten, seien für den Frieden nutzbar zu machen, der Kampf gegen das spekulative Moment der Preissteigerung sei aufzunehmen.)

§ 139.

I. Im allgemeinen. 1. Reichel, GrünhutsZ. 42, 233 Anm. 119. Die Auslegungsregel des § 139 ist ebenso wertlos wie die gerade umgekehrte des R. R. u. § 1308 Sächs. BGB. Kein gewissenhafter Richter wird an solchen Eselsbrücken Genüge finden.

2. Replik der Arglist gegen die Berufung auf § 139 BGB. **RG.** 21. 12. 15, JW. 16, 390, R. 16, Nr. 392. Will der Gläubiger, der an der Bestellung der Sicherheit allein interessiert ist, trotz deren Nichtigkeit an dem sonstigen Vertrage festhalten, so muß der Schuldner sich fügen. — Es ist nicht zu dulden, daß der Beklagte, der dem Kläger gegenüber eine Schuld eingegangen ist und für die ordnungsmäßige Erfüllung Sicherheit bestellt hat, aus der Nichtigkeit der Sicherung Kapital schlägt, um sich der Erfüllung überhaupt zu entziehen. Solchem Beginnen tritt das Recht mittels der Replik der Arglist entgegen, indem es dem Schuldner die Berufung auf § 139 BGB. versagt. — (Landsberg, JW. 16, 390 Anm. weist auf die grundsätzliche Weiterbildung hin, die die Entscheidung gegenüber **RG.** 86, 323 enthält. Dort hatte zwar auch der Pfandbesteller an der Gültigkeit des Pfandrechts überhaupt kein Interesse; indessen war doch festgestellt, daß beide Parteien den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen haben würden.)

II. Einzelne Fälle. 1. Bürgschaft. Unwirksamkeit der Bürgschaft bei Wegfall eines Mitbürgen. Kiel 4. 4. 16, OLG. 32, 346, SchlHolstAnz. 16, 162. (Die beklagte Witwe hatte dem Kläger gegenüber für die Schuld des Fr. zusammen mit dessen zwei Brüdern und ihrer Tochter auf derselben Urkunde als Gesamtschuldnerin die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen. Die Bürgschaft der Tochter war, da sie noch minderjährig war, unwirksam. Der Einwand der Beklagten, daß infolgedessen auch ihre Bürgschaftsübernahme nichtig sei, wurde für begründet erachtet.) Der § 139 setzt ein einheitliches, aus Teilen zusammengesetztes Rechtsgeschäft voraus. Diese Zusammensetzung kann auch darin bestehen, daß auf der einen Seite mehrere Personen beteiligt sind, so daß, wenn für einen von ihnen das Rechtsgeschäft nichtig ist, es auch in vollem Umfange nichtig ist (**RG.**

62, 186). Die gänzliche Nichtigkeit kann jedoch nur dann eintreten, wenn — abgesehen von dem Fall, daß die Teile im Verhältnis der Haupt- und Nebenbestimmung zueinander stehen — der Zusammenhang der einzelnen Teile und ihre Zusammenfassung zu einem einheitlichen Geschäft auf dem Willen der Beteiligten, und bei einem Vertrag auf dem zum Ausdruck gekommenen Willen der Vertragsparteien beruht (RG. 79, 438; — wurde im gegebenen Falle bejaht).

Vgl. dagegen RG. 28. 9. 16; 88, 412, LeipzZ. 16, 1540, R. 16, Nr. 2057. Die Bürgschaft erzeugt, gleichviel, ob sie gemeinschaftlich übernommen wird oder nicht, nach § 769 ein Gesamtschuldverhältnis i. S. der §§ 421 ff. Daraus ergibt sich, daß die Haftung des einen Gesamtschuldners unabhängig davon ist, ob einem anderen von diesen gegenüber dem Anspruch ein Einwand oder eine Einrede zusteht. — Demnach ist an und für sich für eine Anwendung des § 139 kein Raum. — (Es wird ferner ausgeführt, möglich sei, daß mehrere gemeinschaftlich eine Bürgschaft mit der Vereinbarung übernehmen, diese solle nur dann wirksam werden, wenn die mehreren Mitbürgen sämtlich aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werden können. Eine derartige Vereinbarung müsse aber zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen getroffen werden, im Zweifel diene die Bürgschaftsübernahme durch mehrere Personen der Verstärkung der Sicherheit.)

2. Ehrenwort. RG. 25. 6. 15, JDR. 14, 4, auch SeuffA. 71, 93; ferner Dresden 23. 11. 14, OLG. 32, 346.

3. Erbvertrag. Über die Anwendung der §§ 139, 140 auf Erbverträge Werneburg, Die gegenseitigen Verfügungen von Todes wegen, DNotV. 16, 219/223.

4. Gesellschaft m. b. H. RG. 7. 3. 16, JW. 16, 745. Soweit privatschriftliche Zusatzvereinbarungen Nebenverpflichtungen gesellschaftlicher Art zum Inhalt haben, sind diese nach § 3 Abs. 2, § 2 GmbHG., § 125 BGB. für nichtig zu erachten. Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages ist daraus nicht zu folgern; § 139 BGB. wird durch § 75 GmbHG. ausgeschlossen (RG. 73, 429, JW. 08, 310).

5. Mietvertrag. Hamburg 20. 6. 14, OLG. 33, 314. Der § 139 kommt in dem besonderen Falle des § 566 überhaupt nicht zur Anwendung, da diese Bestimmung im Wege der Fiktion eine andere Dauer des Mietvertrages als gewollt unterstellt.

6. Schenkung. RG. 1. 5. 16, BankA. 15, 442, GruchotsBeitr. 60, 1002, LeipzZ. 16, 1017. Die Vorschrift des § 139 findet zwar grundsätzlich auch auf Erfüllungsgeschäfte Anwendung, da aber bei einer Schenkung dem Schenker daran gelegen ist, seine Schenkungsabsicht so weit als möglich zu verwirklichen, so hat die Ungültigkeit der Teilleistung (im gegebenen Falle der Schenkung der Zinsen) nicht auch die Ungültigkeit der Schenkung im übrigen (nämlich der in den Mänteln verbrieften Wertpapiere selbst) zur Folge.

7. Zinsversprechen und Aktienzeichnung. RG. 5. 3. 15, JDR. 14, 2, jetzt auch GruchotsBeitr. 60, 140.

§ 140.

Riezler, JheringsJ. 66, 464. Zur Frage der Anwendung des § 140 auf güterrechtliche Verträge bei bigamischer Ehe. Im Zweifel ist die Fortgeltung des nichtigen Ehevertrags als eines schuldrechtlichen Vertrages zu verneinen. Es liegt regelmäßig nicht im Sinne der Beteiligten, die vermögensrechtlichen Wirkungen des Ehevertrags auch für den Fall des Nichtbestandes der Ehe als obligatorische eintreten zu lassen.

§ 142.

1. Verhältnis zum Gewährleistungsanspruch. RG. 27. 10. 15, LeipzZ. 16, 304. Die Gewährleistung hat die Rechtsgültigkeit des Vertrags zur Voraussetzung; an dieser fehlt es, wenn der Vertrag von vornherein nichtig war oder durch berechtigte Anfechtungserklärung nichtig geworden ist. Eine solche Anfechtungserklärung ist unwiderruflich und kann selbst durch Einverständnis beider Teile nicht mehr beseitigt werden.

2. Über relative Unwirksamkeit und relative Nichtigkeit. Oertmann, JheringsJ. 66, 188 u. 236, siehe auch zu § 135 BGB.

§ 144.

Riehl, 822. Die Bestätigung des Vertrages durch den Betrogenen im Sinne des § 144 steht dem Schadensersatzanspruche wegen Betruges nicht entgegen, falls nicht ausnahmsweise nach Lage der Umstände in der Bestätigung zugleich ein Verzicht auf den Schadensersatzanspruch erblickt werden muß.

Dritter Titel. Vertrag.

Schrifttum: Dickel, Forstzivilrecht (172, 193 — Verträge über öffentlich-rechtliche Lasten, — über seltene Bäume, Vögelschutzgehölze). — Geiger, Personen ohne Fahrkarte im Motorpostwagen nach bayerischem Recht, BayRpflZ. 16, 27. — Klein (zu § 151), ÖstZBl. 34, 199. — Lazar, Die Vorbereitung zu einer Leistung, Diss. 1916.
Weitere Angaben vor § 157.

§ 145.

1. Begriff des Vertragsangebots. Kiel 20. 11. 15, OLG. 32, 348, SchlHolstAnz. 16, 1. Ein Vertragsangebot ist der einseitige Antrag einer Partei an die andere, mit ihr einen Vertrag abzuschließen; es ist nicht eine den Vertrag vorbereitende Erklärung, sondern schon die eine Vertragserklärung selber. Ein Vertragsantrag liegt also nicht vor, wenn derjenige, welcher den anderen zur Schließung eines Antrages auffordert, sich seine Erklärung vorbehält, bis ihm die Erklärung des anderen zugekommen ist. Die Offerte ist demnach streng zu unterscheiden von der bloßen Mitteilung, daß man geneigt oder bereit sei, einen Vertrag gewissen Inhalts abzuschließen und nunmehr den Antrag der anderen Partei erwarte. (Im gegebenen Falle wurde eine Mitteilung der letzteren Art angenommen: Die Beklagte hatte dem Kläger, mit dem sie bis dahin in keinerlei Geschäftsbeziehungen gestanden, geschrieben: „Wir teilen Ihnen mit, daß wir . . . abgeben können." Die Lieferzeit war unbestimmt gelassen, über die Zahlungsbedingungen nichts gesagt.) Vgl. dazu KG. 11. 2. 16, OLG. 32, 348, wo als festes Vertragsangebot angesehen wurde die Übersendung einer Musterdüte (Graupen) ohne Anschreiben mit der nicht unterschriebenen Aufschrift: „1 Wagen Graupen Mark 68 für 100 kg frei Hamburg, bei Zusage durch Fernsprecher oder Depesche bis Donnerstag den 4. Mittag. Rein netto Kasse gegen Auslieferungsschein. Sofort Bescheid."

2. Bedeutung einer Bedenkfrist. Rostock 22. 11. 15, MecklZ. 34, 250, OLG. 32, 350. Es ist möglich, daß die Bedenkfrist lediglich dem Zwecke dienen sollte, zu überlegen, ob den Vertragsbedingungen, über die man eine Einigung erzielt hatte, und die man für ausreichend hielt, durch einfache Zustimmung bindende Kraft erteilt werden sollte. Ebensowohl ist aber möglich, daß man noch eine Überlegungsfrist setzte, weil über alle Punkte, über die eine Einigung erzielt werden sollte, eine solche noch nicht erreicht war, und man es für ratsam hielt, die offen gebliebenen Punkte und damit den ganzen Vertragsschluß erst später zu regeln. Das erstere läßt sich nur annehmen, wenn über alle Punkte, die nach der bei den bisherigen Verhandlungen hervorgetretenen Meinung der Parteien geregelt werden sollten, Übereinstimmung erreicht war (§ 151 BGB.). Ergibt sich, daß über einzelne solcher Punkte eine Verständigung noch fehlte, so kann, auch wenn nur ein Teil eine Bedenkzeit erbeten hatte, nicht davon ausgegangen werden, daß das bisher Besprochene eine Offerte des anderen Teils bildete, die durch bloße Annahmeerklärung zum Vertragsschlusse führte. Gleichfalls eine Bedenkzeit zu erbitten, hat dann der andere Teil keine Veranlassung: er kann abwarten, bis der Mitkontrahent, der dazu eine Bedenkzeit erbittet, sich ihm mit festen Anträgen nähert.

3. Bedeutung des Vorbehalts „freibleibend". a) München 1. 5. 16, OLG. 32, 353. Die Klausel bedeutet, wie schon der Wortlaut ergibt, nichts anderes, als daß der Anbietende hinsichtlich des ganzen Inhalts oder einzelner Punkte seines Angebots nicht gebunden sein will.

b) Hamburg 14. 7. 16, LeipzZ. 16, 1329. Der Anbietende will zwar, wie der Zusatz „freibleibend" ausdrückt, nicht an sein Angebot gebunden sein, aber er regt doch den Ab-

schluß eines im einzelnen bereits festgelegten Vertrages an, dessen Zustandekommen, wenn er nicht das Wort „freibleibend" hinzugefügt hätte, nur noch von der Zustimmung des Empfängers des Angebots abhängen würde. Es fragt sich nur noch, ob dem freibleibenden Angebot die strengere Bedeutung beizumessen ist, daß der Anbietende gebunden wird, falls er nicht sein Angebot bis zum Eintreffen der Annahme des Gegners zurückgenommen hat, oder die mildere, daß der Vertrag durch die Annahme zustandekommt, falls der Antragende nicht wenigstens sofort nach dem Eintreffen erklärt, daß er den Vertrag nicht mehr wolle. (Das OLG. entscheidet sich für die mildere Auffassung, die auch von Staub, Exk. zu § 301 HGB. Anm. 16 vertreten wird.)

4. Vorbereitungen als Offerte. Lazar, 98. Es kann vorkommen, daß der Antrag selbst in einer Reihe von Handlungen besteht, so beim Vorzeigen von Waren in einem Kaufladen. Selbst wenn der andere Teil auf die Handlungen eingeht, z. B. die Ware anprobiert, prüft oder kostet, liegt hierin noch keine Annahme des in den Vorbereitungshandlungen liegenden Vertragsantrages. — 99. Aus der Arbeitsleistung, die in der Vorbereitung liegt, geht nur der Wunsch hervor, den anderen Teil zum Abschluß des Vertrages auf Leistung zu bewegen. Solange der Vertrag durch Annahme nicht zustande kommt, erscheint hier ein Anspruch auf Vergütung nicht begründet, da nur die §§ 145 ff. BGB. Anwendung finden. Die Tatsache, daß derartige Vorbereitungen ein Vertragsangebot bilden oder ergänzen, ist für ihre Bedeutungslosigkeit noch wesentlicher, als der Umstand, daß sie im eigenen Interesse des Verrichters erfolgen.

§ 146.

1. Vertragsschluß mit einem unbekannten Gegner. Hamm 11. 4. 16, OLG. 32, 349. Ein Kraftwagenbesitzer hatte in verschiedenen Gasthöfen folgenden Anschlag anbringen lassen: „Automobilfahrten zu jeder Tageszeit. Hotel W. Bad R., Fernsprecher 319." Das Zustandekommen eines Vertrags zwischen dem Gasthofsbesitzer, bei dem der Besitzer seinen Wagen eingestellt hatte, und dem Fahrgast wurde verneint. Die Verkehrsauffassung läßt durchaus zu, in jenen Anschlägen und Anzeigen die Ankündigung zu finden, daß der Gasthofsbesitzer die Beschaffung von Kraftwagen vermittle. Der allgemeinen Erfahrung entspricht ferner nicht, daß jeder Reisende wegen der mit einem Kraftwagen verbundenen Gefahr nur mit einem zahlungsfähigen Gasthofsbesitzer, nicht aber mit einem unbekannten Wagenhalter und Führer abschließen werde.

2. Urkundliche Annahmeerklärung. **RG.** 19. 6. 15, JW. 16, 396. Eine urkundliche Annahmeerklärung muß nicht notwendig das Wort „annehmen" enthalten. Vielmehr genügt nach allgemeinen Grundsätzen über urkundliche Vertragserklärungen auch eine sonstige, in der Vertragsurkunde abgegebene Erklärung, wenn sie erkennbar den Willen des Erklärenden zum Ausdruck bringt, die vom Vertragsgegner abgegebene Vertragserklärung anzunehmen.

3. Abschluß des Beförderungsvertrages bei einem Motorpostwagen nach bayer. R. Geiger, 27. Nach § 9 der bayerischen Verkehrsordnung der Motorpostlinien v. 30. 4. 13 hat die Fahrkartenprüfung vor dem Einsteigen in den Wagen stattzufinden. Personen ohne Fahrkarte muß der Beamte ausgenommen in den Fällen des § 9 XI zurückweisen. Die Motorposten unterscheiden sich demnach sehr wesentlich von den Straßenbahnen, wo die Fahrgäste regelmäßig die Fahrkarten erst im Wagen nach Beginn der Fahrt lösen. Hier kommt der Beförderungsvertrag schon durch das Einsteigen zustande und das Lösen der Fahrkarte stellt sich lediglich als die Erfüllung der bereits begründeten Vertragspflicht dar. Bei der Motorpost entspricht das Einsteigen ohne Fahrkarte nicht dem Willen der Postverwaltung.

Vgl. über den Vertragsschluß beim Besteigen des Straßenbahnwagens auch Hausmeister, Verbindlichkeit der Straßenbahn-Transportreglements, RheinZ. 8, 135 ff.

4. Erklärung der Annahme eines Vertragsantrags gegenüber dem Vermittlungsagenten. Stuttgart 21. 3. 16, WürttJ. 27, 260.

§ 147.

RG. 21. 9. 15, JDR. 14, 2 über die Form wichtiger und eiliger Erklärungen jetzt auch **RG.** 87, 141, DJZ. 16, 437, LeipzZ. 16, 137.

§ 148.

1. **RG.** 12. 11. 15, WarnE. 16, 12. Wenn der den Vertragsschluß Anbietende eine Frist für die Annahme seines Antrags setzt, so muß regelmäßig die Annahme innerhalb der Frist zugehen. Das gilt auch, wenn die Fristbestimmung unter Benutzung des handelsüblichen Ausdrucks „an Hand geben" erfolgt.

2. **RG.** 5. 5. 15, JDR. 14, auch GruchotsBeitr. 60, 120.

§ 150.

1. **RG.** 3. 6. 15, OLG. 32, 349. Keine Erklärung der Annahme einer Abtretung ist zu erwarten, wenn eine Behörde zur Deckung ihrer Ansprüche gegen den Abtretenden die Abtretung gefordert, die Abtretungsurkunde in Empfang genommen und behalten hat. In der Zufertigung der Urkunde liegt möglicherweise ein Verzicht des Abtretenden auf eine besondere Annahmeerklärung.

2. Schweigen als Annahme. a) **RG.** 3. 11. 15, WarnE. 16, 15. Nach der Verkehrssitte genügt bloßes Schweigen auf ein Stundungsgesuch selbst in dem Falle nicht, wenn der Schuldner eine bestimmte weitere Nachfrist erbittet. (Betraf eine Hypothek.)

b) Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben mit erkennbarem Schreibfehler. Hamburg 23. 11. 15, OLG. 32, 153. (Kläger hatte mit dem Schreiben die unmittelbar voraufgegangenen Verhandlungen bestätigen wollen und versehentlich statt „gekauft" verkauft geschrieben.) Ob der Beklagte diesen Charakter des Schreibens erkannt hat, ist unerheblich. Es genügt, daß ein ordentlicher Kaufmann es erkannt hätte. Da beide Parteien Kaufleute sind, so erforderten Treu und Glauben im Handelsverkehr, daß die Beklagte, wollte sie mit dem so zu verstehenden und allein verständlichen Inhalte des Schreibens nicht einverstanden sein, dies dem Kläger sofort ausdrückte. Dies hat sie nicht getan, obwohl sie noch bei dem Ferngespräch zwei Tage später Gelegenheit dazu gehabt und es doch nahe gelegen hätte, daß sie hierbei wenigstens ihren Zweifel an der Bedeutung des Schreibens angedeutet hätte.

c) Schweigen, wenn das Bestätigungsschreiben den Vertragsinhalt unrichtig wiedergibt. Colmar 21. 6. 5, ElsLothJZ. 16, 277. Das Bestätigungsschreiben betraf nur Art, Menge und Preis der bestellten Waren; in dieser Beschränkung hatte es aber — für jeden Kaufmann unverkennbar — nach dem bekannten allgemeinen Handelsbrauch den Zweck, den Vertragsinhalt in dem Sinne wiederzugeben, daß er sich nur aus ihm selbst ergab, und daß Abweichungen in den früheren mündlichen und schriftlichen Erklärungen bedeutungslos sein sollten. Die Beklagte mußte daraus sehen, daß die Klägerin den Vertrag mit diesem Inhalt für geschlossen hielt und mußte nach Treu und Glauben darauf antworten, wenn sie anderer Meinung war.

d) Schweigen auf die am Rande der Briefbögen der Gegenpartei stehende kleingedruckte Vertragsklausel für unerheblich erachtet von Hamburg 16. 12. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 30. Vgl. hierzu *α*. Niemeyer, LeipzZ. 16, 300. Ein Schweigen auf solche Bestimmungen wird nur dann als Zustimmung anzusehen sein, wenn Treu und Glauben im Handelsverkehr dem Empfänger des Briefes die Pflicht auferlegen, nicht nur auf den Text des Briefes, sondern auch auf dessen Umrahmung zu achten und rechtzeitig dagegen Widerspruch zu erheben.

β. Dresden 2. 11. 15, OLG. 33, 23, wo es sich um eine leicht zu übersehende Stelle in kleinerem Druck handelte und der den Erfüllungsort betreffende Satz räumlich ohne Zusammenhang mit dem übrigen Inhalt des Schreibens und als Teil der in der Auftrags-

5*

bestätigung zusammengefaßten Vertragsbestimmungen nicht erkennbar gemacht war. Andererseits

γ. Rostock 5. 5. 16, MecklZ. 35, 48. Ein Kaufmann muß bei schriftlicher Verhandlung über den Abschluß eines Geschäfts die ihm zugehende Korrespondenz einschließlich der im Handelsverkehr üblich gewordenen Vor- und Randdrucke sorgfältig lesen und sich, auch wenn er von ihnen keine Kenntnis genommen hat, so behandeln lassen, als ob er sie gelesen hat. Zwar mag sich im Einzelfall eine andere Bedeutung rechtfertigen, wenn eine an leicht übersehbarer Stelle befindliche, in ganz kleiner Schrift gedruckte kurze Vertragsklausel in Frage steht. (Im gegebenen Falle handelte es sich um einen längeren Vermerk, der durch die in größerer Schrift ausgeführte Überschrift „Lieferungsbedingungen" sofort in die Augen fiel, und wo in dem Satz „Erfüllungsort, Gerichtsstand und Zahlungsort ist Rostock" das Wort „Rostock" durch größeren Druck besonders hervorgehoben wurde.) Ebenso Hamburg 5. 10. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 270, wo der Vermerk gleichfalls mit genügender Deutlichkeit hervorgehoben war.

e) Schweigen auf den Inhalt des dem Beklagten zugegangenen „Schlußscheins" als Genehmigung angenommen von Kiel 24. 2. 16, SchlHolstAnz. 16, 93; vgl. daselbst ferner: der Vermerk über den Erfüllungsort ist nicht in der vom Beklagten behaupteten einschränkenden Bedeutung zu verstehen, daß der Kläger dort zu erfüllen habe. Vgl. ferner zu § 157 III.

§ 154.

1. Vermutung der Vollständigkeit der Vertragsurkunde. a) **RG.** 27. 9. 16, LeipzZ. 16, 1470 hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach die für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Urkunde sprechende Vermutung widerlegt wird, wenn festgestellt wird, daß die Parteien auch noch und gerade z. Z. der Aufnahme der Urkunde daran festgehalten haben, daß dasjenige, was sie durch die Bestimmung ausdrücken wollten, gelten solle (62, 49).

b) **RG.** 11. 1. 16, HessRspr. 17, 5. Mit der Vermutung der Vollständigkeit der Vertragsurkunde läßt sich nur einer Beweisantretung begegnen, die darlegen will, daß neben dem schriftlichen Vertrag etwas davon Abweichendes oder ein Weiteres verabredet worden sei. Von derartigen Vereinbarungen sind aber zu unterscheiden solche mit dem Vertragsabschluß in Verbindung stehende Vorgänge, insbesondere Besprechungen der Parteien, die für die Auslegung des in der Vertragsurkunde niedergelegten Willens von Bedeutung sind. Das ist in feststehender Rechtsprechung vom RG. anerkannt worden (JW. 02, 319; 06, 226, 349, **RG.** 52, 25; 62, 50). Steht durch Auslegung fest, daß die Parteien übereinstimmend einer streitigen Bestimmung der Urkunde einen bestimmten Sinn beigelegt haben, so kommt die Vermutung der Vollständigkeit der Vertragsurkunde in bezug auf Inhalt und Tragweite jener Bestimmung überhaupt nicht in Frage. — Vgl. zu § 125, 4.

c) **RG.** 2. 5. 16, R. 16, Nr. 1064. Auch bei einem von dem Vertragsgegner widerspruchslos entgegengenommenen Bestätigungsschreiben spricht die Vermutung dafür, daß es die endgültig getroffene Vertragsabrede vollständig wiedergibt. Dabei darf jedoch nicht außer acht bleiben, daß nach den Gepflogenheiten des kaufmännischen Verkehrs diese Wiedergabe regelmäßig mit einer Knappheit des Ausdrucks folgt, wie sie bei einem in Schriftform errichteten Vertrage nicht üblich ist.

d) **RG.** 4. 7. 16; 88, 370, JW. 16, 1332. Es ist etwas Verschiedenes, ob eine in den Verhandlungen vereinbarte Abrede in der Vertragsurkunde fortgelassen wird, oder ob sie nur deswegen nicht mit besonderen ausdrücklichen Worten aufgenommen wird, weil sie sich für die Vertragschließenden aus den aufgenommenen Bestimmungen als selbstverständlich ergibt und somit implizite in der Urkunde enthalten ist. Das letzte ist eine reine Frage der Auslegung.

2. Aushändigung der schriftlichen Urkunde. a) BayObLG. 30./6.—7./7. 16,

R. 16, Nr. 1848. Erst die Aushändigung der schriftlichen Urkunde ist ein sicheres Merkmal der Perfektion des Vertrags; vorher besteht für denjenigen, der die Urkunde in Abwesenheit des anderen Teils unterzeichnet hat, immer noch die Möglichkeit, seine Unterschrift wieder zu beseitigen. Allerdings ist die Aushändigung nicht das einzige Mittel der Mitteilung.

b) Üblichkeit der Schriftform. *α*) Bei Berliner Mietsverträgen, KG. 9. 3. 14, OLG. 33, 313.

β) Bei Milchlieferungsverträgen. Königsberg 8. 6. 16, PosMSchr. 16, 63. Besteht eine Verkehrssitte, Verträge bestimmter Art schriftlich abzuschließen, so ist, wenn nicht besondere Umstände einen anderen Parteiwillen ergeben, davon auszugehen, daß die Parteien sich dieser Verkehrssitte stillschweigend unterwerfen und als Bestandteil ihrer Willenseinigung gelten lassen wollen, daß sie also wollen, die mündliche Abrede solle erst mit der schriftlichen Beurkundung Rechtsverbindlichkeit erlangen. (So für Rübenlieferungsverträge JW. 14, 139.)

§ 155.

1. Überhören einer vorgelesenen Vertragsbestimmung. **RG.** 24. 5. 16, BayRpflZ. 16, 356, JW. 16, 1112, R. 16, Nr. 1678. Wird eine bei Beurkundung eines Vertrages von dem Notar ohne Zutun der Beteiligten aufgenommene Bestimmung von einer Partei beim Vorlesen überhört, so wird sie nicht Vertragsbestandteil. — Gegenüber dem Interesse der Partei, die auf die Gültigkeit der in das Protokoll aufgenommenen Bestimmungen vertraut, auch soweit sie nicht besprochen sind, ist auf der anderen Seite die Gefahr zu berücksichtigen, daß Bestimmungen, die der Vereinbarung der Parteien nicht entsprechen, auf solche Weise rechtsverbindlich werden könnten. (Unter Hinweis auf § 415 Abs. 2 ZPO.; — wird als ständige Rechtsprechung des RG. bezeichnet, **RG.** 50, 420 und von Oberneck, JW. 16, 1112 gebilligt.)

2. Geltung des ergänzenden Rechts für die nicht geregelten Punkte. **RG.** 27. 6. 16; 88, 377. Der Revision ist darin beizutreten, daß, falls in Anwendung des § 155 wirksame Vertragsabschlüsse anzunehmen sind, obwohl die Parteien sich über diesen oder jenen Punkt in Wirklichkeit nicht geeinigt haben, in den nicht geregelten Punkten lediglich das ergänzende Recht gilt. Daher ist es nicht zutreffend, wenn das LG. in seinen eventuellen Erwägungen die Wirksamkeit der Kriegsklausel, also einer besonderen Abmachung, mit der Ausführung begründet: weil es an einer Unterlage dafür fehle, daß die Verträge unter den Bedingungen der Klägerin zustande gekommen sein sollten, müßten „günstigsten Falls" die Verpflichtungen der Beklagten nach ihren Bestätigungsschreiben beurteilt werden. Es genügt zur Wirksamkeit der Klausel nicht, daß überhaupt ein zwischen den Parteien bestehendes Vertragsverhältnis anzunehmen ist, vielmehr kann die Klausel Geltung nur beanspruchen, wenn feststeht, daß die Verträge mit der Klausel, also im gegebenen Falle entsprechend der Bestätigung der Beklagten geschlossen sind oder doch als geschlossen zu gelten haben.

§ 156.

RG. 28. 9. 15, OLG. 32, 252 verneint bei Vergebung von Arbeiten im Wege der öffentlichen Ausschreibung eine Verpflichtung der vergebenden Behörde, genaue Untersuchungen über alle bei der Ausführung des Werkes zu erwartenden Verhältnisse vorzunehmen und lückenlose, jedes Risiko des Bewerbenden ausschließende Angaben hierüber zu machen.

§ 157.

Schrifttum: Alexander-Katz, Internationale Verträge im Kriege, IndustrieZ. 16, 1. — Cohn, Die Windscheidsche Voraussetzung infolge des Krieges rediviva, JW. 16, 109. — Dove, Subjektive Elemente bei der Gewohnheitsrechtsbildung, JW. 16, 369. — Hausmeister, Verbindlichkeit von Straßentransportreglements, RheinZ. 8, 132. — Lehmann, Die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der offenen HG., GoldschmidtsZ. 79, 89. — Oertmann, Auslieferungsprovisionen und Geschäftsbedingungen, Hold-

heimsRSchr. 16, 4. — Oertmann, Umwandlung von Schichtlohn in Akkordlohn, Gew.-uKfmG. 21, 132. — Schmeißer, Der Einfluß des Krieges auf die Hauptverträge des BGB. 1915. — Schrifttum zur Kriegsklausel vor IV.

Inhaltsübersicht.

I. Allgemeines. 1. Verhältnis zu § 133 BGB. **RG.** 1. 4. 16, BayRpflZ. 16, 290, LeipzZ. 16, 869, R. 16, Nr. 1461, WarnE. 16, 247. § 133 weist zwar den Richter an, bei der Auslegung von Willenserklärungen den wirklichen Willen zu erforschen —, setzt aber dabei voraus, daß das Gewollte in der Erklärung einen, wenn auch unvollkommenen Ausdruck gefunden hat, und hat mit der Ermittlung desjenigen, was neben dem Erklärten etwa gewollt sein kann, nichts zu tun. Dagegen wird allerdings aus den §§ 157 und 242 BGB. von der Rechtslehre und Rechtsprechung die Befugnis des Richters hergeleitet, im Wege der Willensergänzung auch solche Punkte, welche durch die Vereinbarung nicht geregelt worden sind, in der Weise zu regeln, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, namentlich in solchen Fällen, wo Verhältnisse eingetreten sind, welche die Parteien bei dem Abschlusse des Vertrages nicht vorausgesehen und deren Regelung sie aus diesem Grunde unterlassen haben. Der erkennende Senat hat aber bereits ausgesprochen (**RG.** 19. 6. 15; 87, 211; vgl. JDR. 14 I 3), daß für einen solchen ergänzenden Ausspruch des Richters nur dann Raum ist, wenn ein Vertrag innerhalb seiner eigenen Grenzen eine ersichtliche Lücke aufweist, nicht aber, wenn die Ergänzung zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen würde. Ebensowenig darf die Auslegung dahin führen, an Stelle des von den Parteien erklärten Vertragsinhalts einen anderen Vertragsinhalt zu setzen, der nach der hinterher erfolgenden Beurteilung des Richters dem Interesse der Parteien oder einer Partei besser oder vollständiger entspricht (vgl. Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte 137).

Ebenso **RG.** 30. 5. 16, WarnE. 16, 388. Bei klarer und bestimmter Vereinbarung ist die Berücksichtigung einer etwa abweichenden Verkehrssitte ausgeschlossen. — Vgl. **RG.** 19. 6. 15, JDR. 14 I 3, jetzt auch 87, 211 und hierzu Schneider, Treu und Glauben in der Rechtsanwendung, LeipzZ. 16, 1466.

2. Grenzen der sinngemäßen Willensergänzung. H. Lehmann, 89. Mag man § 157 BGB. auch auf einseitige Willenserklärungen anwenden, so gibt die Vorschrift doch immer nur das Recht zur sinngemäßen Ergänzung der Erklärung, zur Ausfüllung der Lücken innerhalb einer getroffenen Vereinbarung oder innerhalb des Rahmens eines Vertragsantrages. — § 157 BGB. gibt aber nicht das Recht, neben eine Willenserklärung bestimmten Inhalts den Antrag zu einem neuen Vertrag mit selbständigem Inhalt (Verzicht auf ein anderes Recht gegenüber einer anderen Person) zu setzen, weil ein solcher Verzicht eigentlich nach den Regeln des objektiven Rechts oder den Anforderungen von Treu und Glauben erfolgen müßte. In den Fällen, wo ein bestimmtes Verhalten sich lediglich bei Preisgabe eines Rechts mit Treu und Glauben vereinbaren läßt, ist die Verzichtsannahme nur dann zulässig, wenn das Verhalten bereits von der Verkehrssitte als Verzichtszeichen anerkannt ist. Man denke an den Verbrauch der unverlangt zugesandten Ware, der nach der Verkehrssitte als Annahme des Kaufvertrags gilt. Wo eine derartige Ver-

kehrssitte nicht nachweisbar ist, darf man einen solchen Verzichtsantrag nicht schon deshalb annehmen, weil das objektive Recht ihn verlangen würde. Das hieße die erzieherische Aufgabe des Rechts übertreiben und in eine Zwangsproduktion von Willenserklärungen verfallen, die den Parteien auch nicht einmal in den Sinn gekommen sind. Welchen Zwecken eine derartige Vergewaltigung des Parteiwillens dienen soll, ist nicht ersichtlich. Es genügt doch vollkommen, wenn die Rechtsordnung den Wegfall des Rechts anordnet oder den in Anspruch Genommenen mit der exceptio doli generalis schützt — Rechtsfolgen, die sich ohne Verzichtsannahme aus dem widerspruchsvollen, dem gegensätzlichen Verhalten des Handelnden hinreichend rechtfertigen lassen.

3. Bedeutung des „hypothetischen Parteiwillens" bei allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hausmeister, 132. Überhaupt muß das neuerdings in der Rechtslehre wie der Rechtsprechung stark ausgeprägte Bestreben, den „hypothetischen Parteiwillen" auf die meist einseitig festgesetzten Geschäfts-, Lieferungs- usw. Bedingungen auszudehnen, als nicht unbedenklich bezeichnet werden, weil die ohnedies schon so drückende Übermacht der (organisierten oder verdeckten) Finanz-, Industrie- und Handelskonzerne noch gesteigert würde, wenn die von ihnen vorgeschriebenen Klauseln als verbindlich betrachtet und damit häufig grobe Mißstände anerkannt würden. (Im Anschluß an Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte 183, 391, 395, 415.)

4. Zeitpunkt der Bildung der Verkehrssitte. RG. 28. 1. 16, BayRpflZ. 16, 91, GruchotsBeitr. 60, 653, LeipzZ. 16, 1018, R. 16, Nr. 399, WarnE. 16, 115. Bei der Beantwortung der Frage, was Treu und Glauben erfordern, ist auch eine Verkehrsanschauung von Bedeutung, die sich nicht zu einer Verkehrssitte oder zu einem Handelsbrauch entwickelt und sich erst nach dem Vertragsschlusse gebildet hat. Denn grundsätzlich ist einem Vertrage, soweit sein Inhalt nicht von den Parteien bestimmt ist, der Inhalt zu geben, der sich aus der Auffassung des redlichen Verkehrs ergibt, und eine solche Auffassung kann sich, soweit es sich um die Beurteilung unvorhergesehener Ereignisse handelt, vielfach erst nach dem Vertragsschlusse bilden. (Es wurde daher im Gegensatze zum BG. die Behauptung des Klägers für erheblich erachtet, es herrsche im Handel mit Webstoffen nach dem Kriegsbeginne die Anschauung, daß ein für Herrenstoffe mit Provisionsberechtigung angestellter Bezirksagent auch dann provisionsberechtigt sei, wenn der Geschäftsinhaber nach dem Ausbruche des Krieges die Anfertigung von Militärtuchen aufgenommen habe.)

II. Vorbehalt der veränderten Umstände (clausula rebus sic stantibus). 1. Im allgemeinen. a) Cohn, 109. Im großen und ganzen kommen beide Rechtshilfen, die clausula und die Windscheidsche Voraussetzung, auf dasselbe hinaus. Insbesondere wird in JW. 14, 296 das Hauptgewicht auf den stillschweigenden Vorbehalt gleichbleibender Verhältnisse gelegt. Gerade wie bei Windscheid wird es für notwendig erachtet, daß es sich um eine Änderung handelt, deren Bedeutung nicht nur dem Zurücktretenden, sondern auch dem anderen Teil zum Bewußtsein gelangt sein muß. — Hingewiesen wird ferner auf die Bedeutung der „unentwickelten Bedingung" im öffentlichen Recht. Vgl. zu d.

b) Schmeißer, 11. Wenn auch die clausula rebus sic stantibus sich nicht als allgemeiner Grundsatz im Bürgerlichen Gesetzbuch findet, so wäre doch ebensowenig der Standpunkt gerechtfertigt, der Vertrag müsse stets unter allen Umständen erfüllt werden. — Als Leitstern dient uns hier die Bestimmung des § 157 BGB. Der oberste Grundsatz bei der Auslegung von Verträgen soll in der Wahrung von Treu und Glauben gipfeln, den sittlichen Grundlagen des ganzen Verkehrs. Der Gläubiger darf nicht begehren, was der Billigkeit widerspricht, der Schuldner keinen Einwand erheben, der gegen die geläuterten Rechtsanschauungen verstößt.

c) *Dickel, 236 über veränderte Umstände im Forstzivilrecht.

d) Goldmann, JW. 16, 828 weist darauf hin, daß unter Umständen bei Einführung von Höchstpreisen Rücktritt wegen veränderter Umstände begründet sein könne.

e) Öffentliches Recht. Alexander-Katz, 1 bekämpft RG. 26. 10. 14; 85, 374 und schließt sich den Grundsätzen des japanischen Reichsgerichts an: „Diese Bestimmungen

des internationalen Vertrags (Pariser Konvention v. 1. 5. 03) sind nur unter der Voraussetzung festgelegt worden, daß zwischen den beteiligten Mächten friedliche Beziehungen bestehen. Mit dem Augenblick aber, wo zwischen den Kriegführenden unter den Vertragsstaaten der Krieg ausbricht und die friedlichen Beziehungen vollständig abgebrochen werden, hat natürlich keine der kriegführenden Mächte mehr die Pflicht, diese Bestimmungen weiter der gegnerischen Macht gegenüber einzuhalten."

2. Aus der Rechtsprechung. a) Teilung der Verlustgefahr. LG. Heilbronn 22. 10. 15, WürttRpflZ. 16, 20. Zwar hat das BGB. keine clausula r. s. st.; bei bloßer Änderung der Verhältnisse ist kein Rücktrittsrecht vom Vertrage gegeben. Sobald aber durch solche Änderungen selbst der Höchstsatz der vernünftigerweise vorauszubedenkenden Verlustgefahr so stark überschritten wird, wie z. B. infolge des Weltkrieges, dann sind alle Grundlagen des Lieferungsvertrages so erschüttert, daß der Käufer nach Treu und Glauben nicht einfach Erfüllung zu den vereinbarten Preisen verlangen kann. Hier ist für diesen nicht voraussehbaren, außerordentlichen Fall eine Lücke im Vertrage, die — nach richterlichem Ermessen auszufüllen ist. (Lederaufschlag von 74 %. Es wurde angenommen, daß bei 70 % Mehrkosten des Verkäufers 30 % abgehen, die jeder Verkäufer als Preisschwankungsmöglichkeit auch in regelmäßiger Zeit vorsehen müsse; 40 % wurden geteilt.)

b) α. Anzeigeverträge. RG. 6. 10. 16, JW. 16, 1526. Der Krieg berechtigt nicht ohne weiteres zum Rücktritt von langfristigen Anzeigenverträgen. (Es handelte sich um Straßenbahnreklame. Die tatsächliche Beurteilung des BG., welche die wirtschaftliche Konjunktur im gegebenen Falle nicht derart für einen Bestandteil des Vertrags erachtete, daß von ihrer unveränderten Fortdauer des Bestehens des Vertrages abhänge, — wurde gebilligt.)

β. KG. 4. 1. 15, bestätigt durch RG. 22. 10. 15, DJZ. 16, 820. Der Beklagte hatte in der Zeitschrift „Sport im Wort" 52 Seitenanzeigen zur Abnahme ohne Zeitbegrenzung bestellt. Vor Abwicklung des Vertrags wurde das Vertragsrecht der Zeitschrift auf eine neubegründete G. m. b. H. übertragen, einschließlich der Rechte und Verbindlichkeiten aus den laufenden Anzeigeverträgen. Es wurde eine so schwerwiegende Änderung der Grundlagen des Vertragsverhältnisses angenommen, daß dem Besteller die Festsetzung des Vertrags nicht zuzumuten sei. — Ebenso KG. 10. 5. 15 a. a. O.

c) Ausbietungsvertrag. RG. 18. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 693. Rücktritt wegen veränderter Sachlage für gerechtfertigt angenommen, nachdem der Versteigerungstermin auf Grund des Reichsges. v. 4. 8. 14 wegen Einberufung des Schuldners zum Kriegsdienst aufgehoben worden war.

d) Dresden 20. 4. 15, JDR. 14, III 2, jetzt auch SeuffA. 71, 260.

III. Weitere Einzelfälle. 1. Akkordlohn. Oertmann, 132. Auch wenn der Arbeitgeber bei Ankündigung der Akkordentlohnung eine Garantie für einen Mindestlohn nicht übernimmt, hat er solchen zu gewährleisten. Lohnherabsetzungen im Rahmen eines schwebenden, bisher zur vollen Zufriedenheit der Parteien durchgeführten Arbeitsverhältnisses sind etwas so Auffälliges, daß sie mindestens in Zweifelsfällen als gewollt nicht unterstellt werden dürfen.

2. Akkordvertrag. München 12. 4. 16, SächsRpflA. 16, 263 (besprochen von Engelmann). Die Annahme, daß die gleichheitliche Behandlung aller Beteiligten von jedem Gläubiger stillschweigend als auflösende Vertragsbedingung gesetzt wurde, stützt sich auf die Grundsätze der §§ 133 u. 157 BGB. Nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte aber muß es als ausgeschlossen gelten, daß jeder Teilnehmer an einem Akkordvertrag sich seinen Rücktritt auch für den Fall vorbehalten sollte, daß einem anderen Gläubiger irgendwelche, wenn auch noch so geringfügige Bevorzugung zuteil wird. Ob der einem Gläubiger gewährte Sondervorteil so erheblich ist, daß er den Rücktritt der übrigen Gläubiger zu rechtfertigen vermag, kann nicht allgemein, sondern nur unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles entschieden werden. (Im gegebenen Falle wurde für unerheblich erachtet, daß bei einer Schuldenmasse von 25313 M. ein Gläubiger (außer

dem allgemeinen Vergleichsbetrage von 20 v. H. für 1442 M.) zwei Wechselforderungen von 184 M. voll ausbezahlt erhielt.)

3. Ausstellungsverträge. **RG.** 18. 2. 16; 88, 108, LeipzZ. 16, 1110 siehe Ziff. 3 zu § 535 BGB.

4. Beteiligungsvertrag. **RG.** 28. 3. 16, R. 16, 347, Nr. 569, 570. Das Recht des Klägers auf Beteiligung an den Geschäften sollte ein Ende nehmen, sobald die Heereslieferungen der Firma aufhören würden. Dazu tritt, wenn man den Vertrag nach Treu und Glauben auslegt, als weitere Zeitschranke die Dauer des Krieges hinzu. — Sollte der Beklagte noch darüber hinaus mit dem Heer in Verbindung bleiben, so würde doch der Kläger dann nicht mehr befugt sein, an seinen Lieferungen zu partizipieren.

5. Dienstverträge. **RG.** 3. 12. 15, R. 16, 135, WarnE. 16, 108. Nach der Kriegsklausel durfte der Kläger infolge des Krieges ohne weitere Voraussetzung kündigen. Indem er davon Gebrauch machte, zwang er die Beklagten, einer wiederholten Herabsetzung ihrer Bezüge zuzustimmen, wenn sie sich nicht durch Aufgabe ihrer Stellung einer noch größeren Gefahr aussetzen wollten. Nach Treu und Glauben hat eine fernere Anwendung der Kriegsklausel für den gegenwärtigen Krieg als ausgeschlossen zu gelten.

6. Erholungsurlaub. Schultz, KGBl. 16, 45. Bei der Auslegung des Versprechens, Erholungsurlaub von bestimmter Dauer zu gewähren, muß die allgemeine Regel des § 157 BGB. Platz greifen. — Der allgemeine Sprachgebrauch versteht unter Erholungsurlaub Sommerurlaub. — Im Zweifel ist ein Urlaubsversprechen dahin auszulegen, daß Urlaubsgewährung in der Zeit vom Oktober bis März von seiten der Angestellten nicht angenommen zu werden braucht.

7. Geschäftsbedingungen. a) Allgemeine Bedeutung im Geschäftsverkehr. Dove, 369. Im Geschäftsverkehr verlangt die Rücksicht auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte, daß auch gedruckte Geschäftsbedingungen auf beim Geschäftsschluß benutzten Formularen mindestens bei längerem Geschäftsverkehr als genehmigt gelten, ohne daß es der Feststellung bedarf, daß der andere Teil davon Kenntnis genommen hat.

b) Dresden 17. 6. 15, SächsRpflA. 16, 13. Schweigen gilt zwar nicht allgemein, und insbesondere dann nicht als Zustimmung, wenn die Änderung bestehender Abmachungen vorgeschlagen wird. Wenn aber der Geschäftsherr über ein von seinem Agenten abgeschlossenes Geschäft an den Vertragsgegner einen Bestätigungsbrief richtet, so kann dies nur den Zweck haben, Mißverständnisse auszuschließen und die nach der Meinung des Absenders erheblichen Geschäftsbedingungen erschöpfend zusammenzufassen. Der in einem solchen Bestätigungsschreiben enthaltene Satz, daß für das Geschäft die Handelsgebräuche und Geschäftsbedingungen der Börse der Handelsniederlassung des Absenders gelten sollen, muß daher nach dem Grundsatz des § 157 als von dem Empfänger des Briefes genehmigt gelten, wenn er nicht alsbald widerspricht. Vgl. insbesondere zu § 150, 2a—d.

c) Geschäftsbedingungen im Bankverkehr. Oertmann, HoldheimsMSchr. 16, 4. Wer Geschäftsbedingungen entgegennimmt und ungelesen läßt oder achtlos beiseite legt, macht ihren wie immer beschaffenen Inhalt zu einem ihm gegenüber verbindlichen. Erfordert ist allerdings, daß die Bedingungen den Kunden im Sinne von § 130 BGB. wirklich zugegangen seien. Dies gilt an sich auch bei einer späteren Abänderung der dem Kunden gegenüber wirksam gewordenen Geschäftsbedingungen. — Um den Eintritt der Geltungskraft zu erleichtern, kann die Bank mit dem Kunden vereinbaren, daß nicht nur der jetzige, sondern der jeweilige Inhalt der Geschäftsbedingungen maßgebende Grundlage für ihre Rechtsbeziehungen sein solle. Eine solche Abänderungsklausel muß, wie jeder Vertragsbestandteil, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ausgelegt werden. Eine Auslegung nach diesem Leitsatz ergibt von vornherein, daß der Bank nur solche Änderungen vorbehalten werden sollen, wie sie im Sinne einer sachgemäßen, den Zeit- und Geschäftsverhältnissen angemessenen Gestaltung des Verkehrs mit den Kunden sich als notwendig oder doch zweckmäßig erweisen werden (vgl. § 315 BGB.).

8. Grunddienstbarkeit. Vgl. zu RG. 16. 12. 14, JDR. 14 I 1a das aufgehobene Urteil Hamburg 24. 4. 12, HansGZ. 16, Beibl. 65.

9. Konkurrenzgeschäft. Stuttgart 19. 4. 16, R. 16, 348. Der Beklagte, der einen Teesalon betrieb, hatte als Mieter vertragsmäßig bedungen, daß die Kl. (Vermieter) kein Konkurrenzgeschäft in das Haus aufnehmen durften. Es wurde angenommen, daß die Kläger durch die Aufnahme eines Verwundetenheims ihre Vertragspflicht nicht verletzt hätten. Die Teestube werde allgemein nur von der sog. besseren, zahlungskräftigen Gesellschaft besucht, das Heim von Soldaten, Verwundeten, ihren Begleitern und Freunden der Sache.

10. Kündigung. a) GG. Mainz 3. 5. 16, GewuKfmG. 21, 296. Ortsüblicher Ausschluß im Gastwirtsgewerbe auf Grund der Verkehrssitte bejaht, daß Kellnerinnen ohne Barlohn nach Ortsgebrauch kündigungslos austreten und entlassen werden können, soweit nicht eine andere Vereinbarung getroffen ist.

b) Gehaltsverzicht. KfmG. Breslau 10. 11. 15, GewuKfmG. 16, 239. Die Vereinbarung, mit der Tätigkeit auf bestimmte Zeit (im gegebenen Falle Juli) unter Gehaltsverzicht auszusetzen, schließt den Verzicht auf Kündigung während dieser Frist in sich. (Die Kündigung vom 31. 7. zum 31. 8. wurde für zulässig erachtet.)

c) Mietvertrag. RG. 7. 12. 15, R. 16, Nr. 16. (Dem Mieter, einem kaufmännischen Angestellten, war für den Fall der Versetzung ein außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt. Die Bestimmung wurde ausgedehnt auf den Fall der Entlassung.) Für eine ergänzende Ausdehnung kommt in Betracht, daß der allgemeine Zweck der Bestimmung der war, der klagende Ehemann solle durch den Mietvertrag nicht allzu sehr in der Ausnutzung seiner kaufmännischen Tätigkeit behindert sein, und daß dieser Zweck seinen Schutz auch bei der Entlassung aus dem bisherigen Geschäfte verlangte.

11. Lieferfrist im Eisenbahnfrachtverkehr. München 29. 12. 15, SeuffA. 71, 197. Auch für die Eisenbahn als Frachtführerin gelten die Vorschriften der §§ 133, 157, 226, 242, 286 BGB. und des § 347 HGB.; sie darf sich deshalb auf die Vorschrift über die Lieferfrist in solchen Fällen nicht berufen, für welche die Lieferfristbestimmung offensichtlich nicht bestimmt ist. Das ist z. B. in der Rechtsprechung hinsichtlich saumseliger Behandlung leichtverderblichen Gutes anerkannt, mag auch die Ablieferung noch innerhalb der Lieferfrist erfolgt sein.

12. Maschinenlieferung. RG. 22. 10. 15, R. 16, Nr. 17. Zur Auslegung der Bestimmung in den Lieferungsbedingungen eines Maschinenfabrikanten, daß er „Gewähr leiste, indem er sich verpflichte, alle infolge Material- oder Arbeitsfehler schadhaft oder unbrauchbar gewordenen Teile durch neue zu ersetzen, daß aber anderweitige oder weitergehende Ansprüche ausgeschlossen seien". Bei einer Auslegung nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte haben jene, in den Lieferungsbedingungen häufig wiederkehrenden Bestimmungen nicht die Bedeutung, daß bezüglich aller möglichen, an sich zur Gewährleistung verpflichtenden Fehler die Wandelung oder Minderung ausgeschlossen sein soll. Sie sollen sich vielmehr nur auf näher bezeichnete schadhaft oder unbrauchbar gewordene Teile beziehen.

13. Mißbrauch von Vertragsbestimmungen. a) Bezüglich Fälligkeit oder Kündbarkeit eines Kapitals. RG. 29. 2. 16, LeipzZ. 16, 1292. Das RG. hat wiederholt ausgesprochen, daß, soweit nicht ausdrücklich anders bestimmt ist, ähnlich wie bei der Verwirkung von Vertragsstrafen, Verschulden des Zahlungspflichtigen vorliegen muß, wenn aus der Nichteinhaltung der Frist für eine Zinszahlung die Fälligkeit oder Kündbarkeit eines Kapitals gefolgert werden soll (GruchotsBeitr. 57, 928). — Vertragsklauseln wie die in Rede stehenden dürfen nicht dazu gemißbraucht werden, einen Schwebezustand herbeizuführen, den der Gläubiger, wann es ihm beliebt, zum Schaden des Schuldners ausnutzen kann. Vgl. JDR. 14, VIII.

b) Mietvertrag. RG. 5. 5. 16, R. 16, Nr. 1067, 1068. Die strengen Haftungsbestimmungen, die ohne jede Rücksicht auf den Mieter formularmäßig von den Vermietern

als dem wirtschaftlich stärkeren Teile den Verträgen eingefügt werden, müssen . . . in einer, den Interessen der Mieter möglichst schonenden Weise ausgelegt werden. (Haftung des Mieters für die Miete der ganzen Vertragsdauer bei sofortiger Räumung im Falle der Nichterfüllung der Vertragspflichten durch ihn und diejenigen Personen, für die er verantwortlich ist. Keine Umkehr der Beweislast.)

14. Preisnotierung. Wie ist der Preis festzustellen, wenn die vertraglich vorgesehene Art der Feststellung (Börsennotierung) nicht mehr stattfindet? **RG.** 4. 4. 16, DJZ. 16, 629, JW. 16, 902, R. 16, 349. Da der Preis mit den im Vertrage vorgesehenen Mitteln und auf die dort vereinbarte Weise nicht festgestellt werden kann, so muß die Vertragsabrede gemäß § 157 ergänzt und gemäß § 242 nach Treu und Glauben in der Weise ausgeführt werden, daß der Preis auf einem — gleichwertigen Wege festgesetzt wird, d. h. auf einem Wege, der möglichst dasselbe Ergebnis liefert, zu dem die vereinbarte Methode, wäre sie gangbar, geführt hätte. Als solchen Weg hat das BG. mit Recht die Ermittlung des gemeinen Verkaufswertes gewählt, da der Geldpreis der Terminbörse, wenn er bestanden, diesem entsprochen hätte.

15. Ratserteilung des Bankiers an seine Kunden. Vgl. **RG.** 11. 2. 16, LeipzZ. 16, 592.

16. Rechenschaftspflicht. **RG.** 12. 10. 15, BayRpflZ. 16, 10. (Die Beklagte hatte den Kläger jahrelang frei verfügen lassen, ohne Rechenschaft zu verlangen, und erhob demnächst Klage auf Rechnungslegung.) Wenn die Beklagte bei den im Berufungsurteil festgestellten besonderen Verhältnissen dem Kläger jahrelang so weitgehendes Vertrauen schenkte, ihn frei verfügen ließ, ohne das Verlangen nach einer geordneten Rechnungslegung auszusprechen, und dadurch den Eindruck erweckte, daß sie eine solche Rechnungslegung nicht erwartete, dann ist es ein Mißbrauch ihres Rechts, der gegen Treu und Glauben verstößt, wenn sie jetzt nach Lösung des Verhältnisses eine förmliche Rechnungslegung auch für die Zeit fordert, in der die Verwaltung noch nicht durch Vertrag und Trennung der Lebensführung auf eine neue Grundlage gestellt war. (Hervorgehoben wird, daß damit nur eine förmliche Rechnungslegung ausgeschlossen, die Rechenschaftspflicht des Klägers also nicht beseitigt, sondern nur auf Erteilung von Auskünften beschränkt wurde.)

17. Subventionsvertrag. **RG.** 30. 9. 15, R. 16, Nr. 13 (Verpflichtung einer Stadtgemeinde, das zu einem Bahnbau erforderliche Grundeigentum dem Eisenbahnfiskus kostenlos zu beschaffen mit der Maßgabe, daß der Eisenbahnminister das Bauprojekt der Bahn festzustellen habe) billigt den Ausspruch des OLG. Hamm: Die Bestimmung müsse der Billigkeit entsprechen, denn das sei von den Vertragsparteien als stillschweigend gewollt anzusehen. Die Beklagte (Stadtgemeinde) sei an die Bestimmung des Ministers, daß die Anlagen zum Bau der Bahn erforderlich seien, nur gebunden, wenn sie der Billigkeit entsprechen, wofür den klagenden Fiskus die Beweislast treffe.

18. Versicherungsrecht. Urteil eines im Wilhelmshause zu Berlin am 1. 5. 15 zusammengetretenen Schiedsgerichts, LeipzZ. 16, 421. Nicht als wider Treu und Glauben verstoßend ist es anzusehen, wenn eine Versicherungsgesellschaft ihren Geschäftsbetrieb vielleicht, weil er Verlust bringt, aufgibt, oder wenn sie sich auflöst und mit einer anderen verschmilzt. Vgl. auch Miltner, Verschmelzung von Versicherungsgesellschaften und Rückversicherung, sowie Rehm, LeipzZ. 16, 442 u. 584.

IV. Die Kriegsklausel.

Schrifttum: Bernfeld, Der Einfluß des Krieges auf die Erfüllung von Verträgen, 1916. — Breit, Die Kriegsklauseln in den Kontrakten der deutschen Großmühlen, RuW. 5, 228. — Ewald, Die Kriegsklausel, Diss. 1916. — Horster Das Recht des Kaufmanns im Kriege, 1915. — Mayer, Das Privatrecht des Krieges, 1915. — Plum, Der Einfluß des Krieges auf schwebende Lieferungsverträge im Lichte der Rechtsprechung, JW. 16, 1359. — v. Reinken, Aus der Rechtsprechung des Hanseatischen OLG. über die Einwirkungen des Kriegszustandes auf Auslandsverträge, HansGZ. 16, Beibl. 257. — Schmeißer, Der Einfluß des Krieges auf die Hauptverträge des BGB., 1915. — Siber, Die still-

schweigende Kriegsklausel, GruchotsBeitr. 60, 458. — Wertheimer, Innere und zwischenstaatliche Lieferungsverträge, Auslandsforderungen und der Krieg, AÖstGZ. 16, 293.

Inhaltsübersicht.

A. Einteilung der Kriegsklauseln. — Die stillschweigende Kriegsklausel.

1. Im allgemeinen. a) Reinken, 258. Diese — richtiger gesagt: die den Kriegsfall (Mobilmachung, Blockade) umfassenden Höhere-Gewalt-Klauseln — scheiden sich in solche mit lediglich aufschiebender und in solche mit schlechthin auflösender (oder doch zur Auflösung berechtigender) Wirkung und andererseits in absolut oder bloß relativ, nämlich nur für den Fall nachweisbaren tatsächlichen Einflusses des Ausnahmezustandes, wirksame. Hier interessieren besonders die Kriegsklauseln mit absolut auflösender Wirkung, da, wo der störende Einfluß klar nachweisbar ist, regelmäßig auch die normalen gesetzlichen Rechtsbehelfe ausreichen werden, die andererseits auch die bloß hinausschiebenden Klauseln zu ergänzen geeignet sind. Die Rechtsprechung neigt entschieden dahin, der „unjuristischen" Ausdrucksweise des kaufmännischen Geschäftsverkehrs eine der Auflösung möglichst günstige Auslegung zu geben. (Schon der bloße, sprachlich ziemlich unklare „Vorbehalt" des Verkäufers befreit den Verkäufer von seiner Lieferpflicht. Auch sonst wird häufig der Krieg ohne weiteres als ein Zustand der höheren Gewalt, die die Erfüllungspflicht ausschließt, angesehen, also ohne daß es des Nachweises einer erheblichen Einwirkung auf die Erfüllungsmöglichkeit im gegebenen Falle bedürfte. — Wo die Fassung der Klausel die Feststellung des störenden Einflusses des Kriegszustandes, allgemein oder gerade im gegebenen Falle erforderlich macht, wird dieser Nachweis dem sich auf die Klausel berufenden Verkäufer immerhin leicht gemacht, wird gewissermaßen im Zweifel eine solche Störung als vorliegend angenommen.)

b) Ewald, 8 unterscheidet: selbständig befreiende Klauseln, die ohne weiteres eine Befreiung von der ganzen Lieferpflicht herbeiführen oder die Lieferpflicht hinausschieben oder für die Dauer der Behinderung von der Lieferung befreien, und besondere Kriegsklauseln, die trotz einer Einschränkung im Wortlaut keinen Nachweis der Lieferungsbehinderung erfordern. („Krieg befreit von der Lieferung" u. dgl. einerseits, „Krieg, Streik . . . und Ereignisse, welche die Erfüllung unmöglich machen" u. dgl. andererseits. Beispiele für die erste Gruppe 87, für die zweite 92.) Im Anschluß an diese Klauseln werden aufgeführt: die Klauseln, die lediglich einen höheren Preis vorsehen, Kriegsklauseln, die ein Rücktrittsrecht gewähren und Kriegsklauseln unter dem Gesichtspunkt der Verfügungen von hoher Hand 66, 70.

2. Besondere Einteilungen. a) Die Kriegsklauseln der deutschen Großmühlen. Breit, 228 unterscheidet sechs Gruppen: aa) Hinfälligkeitsklausel. Sie besagt schlechthin, daß die Lieferung bei Ausbruch des Krieges aufgehoben sein soll. bb) Rücktrittsklausel. Sie gibt dem Verkäufer das Recht, bei Ausbruch des Krieges vom Vertrage zurückzutreten. cc) Befreiungsklausel. Sie steht in der Mitte zwischen Hinfälligkeits- und Rücktrittsklausel. Sie befreit oder entbindet den Verkäufer für den

Fall des Krieges von der Lieferpflicht. dd) Prolongationsklausel. Sie sieht nur eine Verlängerung der Lieferungsfrist um die Dauer des Krieges vor. ee) Vereinigte Rücktritts- und Prolongationsklausel. Der Verkäufer hat je nachdem das Recht, vom Vertrage zurückzutreten oder die Verlängerung der Lieferungsfrist zu fordern. ff) Höhere Gewaltsklausel. Der Krieg wird als höhere Gewalt bezeichnet. Bisweilen spricht sich der Schlußschein über die Rechtsfolgen überhaupt nicht aus.

b) Beispiele für besondere Kriegsklauseln mit sehr vielen Einzelangaben: Bedingungen der Bremer Baumwollbörse, des Vereins westafrikanischer Kaufleute und des Hamburger Börsenterminhandels in Kaffee, Ewald, 95.

3. Die stillschweigende Kriegsklausel. Siber, GruchotsBeitr. 60, 463. Die Meinung des Gesetzgebers ist offenbar, daß es zum Schutze der Parteien keiner Sondervorschriften über bestehende Verträge bedarf, weil das allgemeine bürgerliche Recht mit dem Kriegsnotrecht über Zahlungsfristen u. dgl. ausreiche. — Indessen dürfte das bürgerliche Recht dieses Lob wenigstens dann nicht verdienen, wenn man mit der herrschenden Meinung das Heil ausschließlich in den Grundsätzen über die Unmöglichkeit der Leistung zu finden denkt. — Besser steht es, wenn es neben den Unmöglichkeitsvorschriften einen aus § 157 herzuleitenden Grundsatz gibt, der auch Verträge über möglich gebliebene Leistungen gewissen Veränderungen durch den Krieg unterwirft, wenn — nicht ganz einwandfrei, aber kurz gesagt — bestehende Verträge für gewisse Fälle eine stillschweigende Kriegsklausel enthalten. Dann sind die Gerichte stets in der Lage, neben den berechtigten Interessen des Lieferungspflichtigen auch die des Abnehmers zu berücksichtigen, und sie können vielfach auch zwischen beiden vermitteln. — S. weist im einzelnen näher die Unzulänglichkeit der Unmöglichkeitsgrundsätze nach. Diese reichten 1. zum Schutze des Lieferungspflichtigen nur aus, wenn man der physischen eine sog. juristische Unmöglichkeit zur Seite stelle und lehre, daß als unmöglich auch Leistungen zu gelten haben, die nur unerlaubt oder über Gebühr erschwert seien. Das sei dem Gesetze zuwider, im Interesse des Lieferpflichtigen nicht notwendig und vielfach nicht einmal wünschenswert. Bei uranfänglicher Unerlaubtheit der möglichen Leistung sei ohne den § 134 BGB. und ohne die Unmöglichkeitsgrundsätze auszukommen. Wenn die Leistung erst nach dem Vertragsschlusse ohne Nichtigkeitsandrohung verboten werde, bedürfe es keiner Sondervorschriften. Im Zweifel könne das Versprechen nach § 157 nur auf die Leistung, solange sie erlaubt sei, bezogen werden; daraus ergebe sich eine stillschweigende Freizeichnungsklausel für den Fall des künftigen Verbots. Die ausdrückliche Kriegsklausel greife ferner bei jeder durch den Krieg verursachten Erschwerung Platz, soweit ihre Geltendmachung nicht ein nach § 157 unzulässiger Mißbrauch sei; die stillschweigende setze voraus, daß die Festhaltung am Vertrage gegen Treu und Glauben verstoße (464—468). 2. Die Interessen des Abnehmers seien nach den Unmöglichkeitsgrundsätzen überhaupt nicht zu berücksichtigen. Dagegen könnten die Lehrsätze von der Voraussetzung und der clausula rebus sic stantibus nach § 157 verwertet werden, wo es gegen Treu und Glauben verstoße, dem Käufer trotz der veränderten Sachlage die für ihn unbrauchbar gewordene Ware aufzudrängen; sie kämen hier wieder auf die stillschweigende Kriegsklausel hinaus (473). 3. Die Unmöglichkeitsgrundsätze geben dem Richter nur die Wahl „alles oder nichts". Die stillschweigende Kriegsklausel ermögliche vielfach eine Vermittlung zwischen den beiderseitigen Interessen, allerdings nur kassatorisch, nicht (unter inhaltlicher Veränderung des Vertrags) reformatorisch. In Frage kommen a) die Kürzung der zu liefernden oder abzunehmenden Menge, b) ein bloßer Aufschub der Leistung, c) der Rücktritt gegen Schadloshaltung des Gegners, d) die Kündigung mit abgekürzter Frist (474—479).

Vgl. dagegen für die Lehre von der juristischen Unmöglichkeit und über die sonstigen gesetzlichen Befreiungsmöglichkeiten Ewald, 14.

B. Die Wirkung der Kriegsklausel.

1. Befreiung schlechthin ohne den Nachweis der Unmöglichkeit der Lieferung, unter der Voraussetzung einer erheblichen Störung des Betriebs. a) Aus der Rechtsprechung des **RG.** Die grundlegende Entscheidung: 20. 5. 15; 87, 92, JW. 15, 912 (JDR. 14 VII B 2) hat das RG. festgehalten: *α*. 14. 12. 15, HoldheimsMSchr. 16, 110, LeipzZ. 15, 316, WarnE. 16, 57. Gemeint sind, wie bereits **RG.** 87, 92 ausgesprochen, Fälle höherer Gewalt (gleichviel, ob sie zu den besonders namhaft gemachten Arten gehören oder nicht), welche auf Betriebe, von denen die Lieferung abhängt, erheblich störend einwirken. Wie erheblich die Einwirkung sein muß, damit nach dem Sinne des Vertrags ein vorbehaltenes Ereignis vorliegt, ist nach der Verkehrssitte zu beurteilen und kann unter Umständen zweifelhaft sein. Nicht zweifelhaft ist aber, daß der gegenwärtige Krieg den Betrieb des Beklagten in hohem Grade stört und daß hier ein Krieg im Sinne der Klausel vorliegt.

β. 17. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 482, HoldheimsMSchr. 16, 44, LeipzZ. 16, 317, R. 16, 140, WarnE. 26, 58. („Streik, Betriebsstörung, force majeure befreien von der Verbindlichkeit rechtzeitiger Lieferung.") Davon, daß die Befreiung nur stattfindet, wenn diese Ereignisse dem Verkäufer die Lieferung unmöglich machen, ist nicht die Rede. Er soll vielmehr durch den bloßen Eintritt von Streik, Betriebsstörung oder höherer Gewalt frei werden. Die Abrede gleicht in diesem Punkte durchaus der sogenannten Kriegsklausel, über die sich der erkennende Senat in seinem Urteile v. 20. 5. 15; 87, 92 ausgesprochen hat. Wie dort, so ist auch in der streitigen Abrede die befreiende Wirkung an den bloßen Eintritt der in ihr genannten Ereignisse, nicht an eine durch sie verursachte Unmöglichkeit der Leistung geknüpft. Der Zweifel beginnt erst mit der Frage, welche Ereignisse, die unter den Begriff Streik, Betriebsstörung oder höhere Gewalt fallen, in der Abrede gemeint sind. Selbstverständlich ist nicht jeder Fall dieser Art, der sich irgendwo in der Welt zuträgt, gemeint. Gemeint sind offenbar nur solche Ereignisse der bezeichneten Art, die auf den Geschäftsbetrieb des Beklagten oder auf Betriebe, von denen er für die Lieferung abhängt, erheblich störend einwirken. Wie erheblich diese Einwirkung sein muß, ist nach der Verkehrssitte zu beurteilen.

γ. 14. 4. 16, DJZ. 16, 631, HoldheimsMSchr. 16, 167, JW. 16, 958, LeipzZ. 16, 875, R. 16, 347 u. Nr. 572, 574, WarnE. 16, 193. („Streik, Betriebsstörung, force majeure befreien von der Verbindlichkeit rechtzeitiger Lieferung.") Die Klausel besagt nichts davon, daß die genannten Ereignisse die befreiende Wirkung nur dann ausüben sollen, wenn sie die Leistung oder die rechtzeitige Leistung unmöglich machen. Im Gegenteil ist deutlich erklärt, daß der Beklagte zu rechtzeitiger Lieferung nicht verpflichtet sein wollte, wenn ein Streik, eine Betriebsstörung, ein Fall höherer Gewalt überhaupt eintrat. Insoweit ist die Klausel nach dem deutlichen Wortsinn klar: womit sich auch das in der Literatur erhobene Bedenken erledigt, daß zu prüfen sei, ob der Käufer die Klausel so habe verstehen müssen. → Vgl. hierüber auch die Entscheidungen zu 2. ← — Klar ist andererseits, daß nur solche Streiks, Betriebsstörungen und Ereignisse höherer Gewalt gemeint sein können, die auf den Betrieb des Verkäufers oder solche Betriebe, von denen er für die Erfüllung des Vertrages abhängt, wesentlich störend einwirken. (Es wird ausgeführt, daß der Krieg ein Ereignis höherer Gewalt in diesem Sinne und die Beklagte durch ihn in ihrem Geschäftsbetriebe auf das ernstlichste betroffen sei.) Ebenso

δ. 13. 7. 16, WarnE. 16, 338, wo eine militärische, nachmals aufgehobene Beschlagnahme nicht als die Unmöglichkeit der Leistung begründend anerkannt, aber angenommen wurde, daß der Einwand aus dem Vorbehalt der höheren Gewalt durchgreift.

ε. Anwendung auf den Agenturvertrag. **RG.** 30. 5. 16, LeipzZ. 16, 1423, R. 16, 547, 553 u. Nr. 1679, 1688. Ob der Beklagte nach den Vorräten, die er zu seiner Verfügung hatte, imstande gewesen wäre, die laufenden Verträge zu erfüllen, ist gleichgültig. Der von ihm bedungene Vorbehalt schließt es nach seinem klaren Sinne aus, daß

er sich mit dem Käufer auf Erörterungen über seine geschäftlichen Interna einzulassen hatte. Er wollte frei sein, wenn der Krieg eintrat. Genau so liegt die Sache des Klägers. Nach dem Vertrage hat die Beklagte, welche kraft der Klausel die Erfüllung nicht etwa nur der vom Kläger für ihn getätigten, sondern der sämtlichen von ihr und für sie gemachten Abschlüsse abgelehnt hat, sich mit dem Kläger über die Interna ihres Geschäfts nicht mehr einzulassen, mit der Ablehnung der Erfüllung der Abschlüsse ist ein Provisionsanspruch des Klägers schlechthin weggefallen.

b) Aus der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. α. Celle 24. 6. 16, LeipzZ. 16, 1281, R. 16, Nr. 1033. Es kommt nicht darauf an, ob der Verkäufer zur Zeit des Kriegsausbruchs noch mit Vorräten der Ware versehen war und ob er sie an eigenen Betriebsstätten gewinnen oder erzeugen konnte, vielmehr steht ihm die Klausel zur Seite, wenn nur infolge der Kriegsereignisse der Umsatz der zu liefernden Ware, etwa durch Absperrung gewisser Bezugsquellen, Hemmung des Verkehrs, wesentliche Steigerung der Nachfrage überhaupt in stärkerem Maße in Mitleidenschaft gezogen wird.

β. Hamburg 30. 9. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 6. Die Klausel „Mobilmachung, Betriebsstörung oder andere Ereignisse, die die regelmäßigen Getreidezufuhren behindern, gelten als höhere Gewalt und berechtigen den Verkäufer zur Annullierung" gibt dem Verkäufer das Recht zur Vertragsauflösung, auch dann, wenn er imstande wäre, aus seinen Vorräten zu liefern.

γ. Königsberg 25. 1. 16, PosMSchr. 16, 12. Wenn die zuletzt erwähnten Ereignisse in der Klausel noch als besondere Fälle der Befreiung von der Lieferungspflicht aufgeführt sind („Höhere Gewalt, Mißernten, Streiks, Mobilmachung, sowie sonstige Betriebsstörungen), so ist daraus klar ersichtlich, daß deren Eintritt für sich allein schon genügen soll, ohne daß noch irgendein Nachweis der Unmöglichkeit oder Erschwerung der Lieferung erbracht zu werden braucht. — Ebenso Dresden 24. 4. 16, SächsRpflA. 16, 316, Hamburg 18. 10. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 296.

δ. Rostock 15. 6. 16, MecklZ. 35, 24. Befreien nach dem Vertrage alle Fälle höherer Gewalt „von der rechtzeitigen oder der Lieferung überhaupt", so fällt darunter auch der Krieg. Auch die Voraussetzung, daß es sich um einen Krieg handeln muß, der auf die Erfüllung von Geschäften der vorliegenden Art störend einwirkt (RG. 87, 92) liegt, vor. (Wird ausgeführt.) — Nach der angeführten Klausel ist an sich zu unterscheiden zwischen solchen Ereignissen, die nur einen Aufschub der Erfüllung bedingen und solchen, die von der Erfüllung überhaupt befreien wollen. Allein es kann nicht zweifelhaft sein, daß, wenn es sich um einen Krieg von der Dauer und dem Umfange des gegenwärtigen handelt, ein Fall der letzteren Art vorliegt. Die durch diesen Krieg eintretende zeitliche Verschiebung würde so erheblich sein, daß dadurch die wirtschaftliche Bedeutung und der Inhalt der Leistung wesentlich geändert würde.

ε. Stuttgart. aa) 4. 5. 16, JW. 16, 1035. Bei der Kriegsklausel ist nicht mehr auf die Unmöglichkeit der Lieferung abzustellen, vielmehr wird die Klausel gerade deshalb vereinbart, um der betreffenden Vertragspartei den häufig sehr schwierigen Beweis der Unmöglichkeit zu ersparen. Jedoch kann sich nach §§ 133, 157, 242 BGB. die Partei dann nicht auf die Kriegsklausel berufen, wenn ihr die Erfüllung trotz des Krieges ohne erhebliche Opfer möglich wäre. Es muß verlangt werden, daß es sich um ein Ereignis handelt, das auf den Betrieb „erheblich störend" einwirkt.

bb) 18. 2. 16, R. 16, 197. (Vorbehalt „bei Betriebsstörungen durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr usw., wenn erforderlich, von der Lieferung ganz oder teilweise zurückzutreten.") Die Frage, ob der ganze oder teilweise Rücktritt von dem Vertrage wegen der Betriebsstörung erforderlich war, muß allein dem Ermessen der Beklagten anheimgegeben werden; es kann ihr nicht zugemutet werden, sich hierüber in Erörterungen mit dem Käufer einzulassen und diesem ihre sonstigen Verpflichtungen aus dem Geschäftsbetrieb aufzudecken.

cc) Ebenso Stuttgart 16. 3. 16, R. 16, 244, WürttJ. 28, 13. („Außergewöhnliche

Ereignisse, welche die Beschaffung von Rohmaterial hindern, wie Krieg . . . berechtigen zum Rücktritt vom Vertrag, soweit derselbe noch unerfüllt ist.") „Hindern" ist eine Abschwächung von „Verhindern". (Ebenso Stuttgart 8. 6. 16, JW. 16, 1142.) — Ob die Erfüllung der nächstliegenden Lieferungsverpflichtungen aus den vorhandenen Vorräten noch möglich gewesen wäre, ist gleichgültig.

c) Gegen die Zulässigkeit des Beweises, daß die Leistung infolge des Krieges tatsächlich nicht unmöglich geworden, auch ÖsterObGH. z. B. 8. 6. 15; 15. 1. 16; 15. 2. 16, AÖstGZ. 16, 231.

2. Festhaltung des Grundsatzes zu 1, unter besonderer Berücksichtigung des Sprachgebrauchs des Handels sowie der Auslegung im einzelnen Fall. a) Aus der Rechtsprechung des **RG.** *α.* **RG.** 5. 10. 15, DJZ. 16, 129, HansGZ. 16, Hptbl. 11, JW. 16, 118, LeipzZ. 16, 54, WarnE. 16, 3. Das BG. spricht aus, daß Kaufleute, wenn sie in ihren Vertragsschlüssen von höherer Gewalt reden, damit nach dem Sprachgebrauch des Handels nicht jedes Ereignis meinen, das seinem Wesen nach höhere Gewalt ist, sondern solche Fälle höherer Gewalt, die die Erfüllung einer Vertragspflicht unmöglich machen und deswegen den Vertrag auflösen. Daraus wird für die Auslegung der streitigen Vertragsbestimmung „Feuer, Mobilmachung, Krieg usw. gelten als höhere Gewalt" gefolgert, daß die Klägerin bei Aufnahme dieses Satzes in ihren Schlußschein die regelmäßig durch die Aufnahme von Kriegsklauseln verfolgte Absicht gehabt hat, sich für den Fall des Eintritts der genannten Ereignisse von der Lieferpflicht zu befreien, daß dieser ihr Wille auch einen dem kaufmännischen Sprachgebrauche entsprechenden Ausdruck gefunden hat und demzufolge von der Beklagten verstanden werden mußte. Alles dies folgt mit Notwendigkeit aus dem Ausspruch über den im Handelsverkehr herrschenden Sprachgebrauch. RG. billigt die Auslegung, sowie daß auf den Nachweis, die Lieferung sei trotz des Krieges möglich geblieben, nicht eingegangen worden.

β. **RG.** 16. 11. 15, DJZ. 16, 131, LeipzZ. 16, 239, R. 16, 19, Nr. 44/45, WarnE. 16, 5 (in Bestätigung des Urteils JDR. 14 VII B 4). (Die Kaufbedingungen enthielten die Bestimmung, daß Mobilmachung, Krieg, Blockade . . . oder sonstige Fälle höherer Gewalt die beklagte Mühle zur Aufhebung des Abschlusses oder dessen nicht erledigten Teiles berechtigen. Ihnen waren auf besonderes Verlangen des Klägers die Worte hinzugefügt „welche die Ausführung des Kontraktes unmöglich machten". RG. billigte zunächst die Feststellung des BG., wonach der Eintritt eines in den Vertragsbedingungen genannten Ereignisses zur Aufhebung des Vertrags schlechthin berechtigte.) Das OLG. hat rechtlich einwandfrei angenommen, die Beklagte habe jenen Zusatz in dem auf „sonstige Fälle höherer Art" beschränkten Sinne verstehen müssen, obwohl der Zusatz auf Verlangen des Klägers und mit Genehmigung des Beklagten gemacht sei; sie habe ihn auch offenbar in diesem Sinne verstanden und sie würde sich sonst sicherlich nicht so ohne weiteres, wie sie es getan, auf den Zusatz eingelassen haben.

γ. **RG.** 26. 11. 15, GruchotsBeitr. 60, 480, LeipzZ. 16, 234, R. 16, 79, WarnE. 16, 55. Die Abrede macht eine Anzahl von Befreiungsgründen einzeln namhaft und schließt die Aufzählung mit dem allgemeineren Ausdruck „und andere Fälle höherer Gewalt, . . . welche die Erfüllung des Vertrags unmöglich machen". Es wird ausgeführt: Möglich sei die Auslegung, daß die in dem Relativsatz enthaltene Einschränkung sich auf alle vorher genannten Ereignisse bezieht, daß also nur derjenige Krieg, Streik usw., der die Erfüllung unmöglich macht, den Verkäufer befreien soll. Es wird gezeigt, daß diese Auslegung im Streitfall durch den ganzen Zusammenhang der Abrede ausgeschlossen sei, und schließlich hervorgehoben: Allerdings sind unter Krieg, Streik usw. im Sinne der Klausel nur solche Ereignisse der genannten Art zu verstehen, welche auf die Betriebe, von denen die Beklagte für ihre Lieferung abhängt, erheblich störend einwirken. Daß der gegenwärtige Krieg solche Wirkung hat, ist unzweifelhaft. — Ebenso Hamburg 14. 12. 15, LeipzZ. 16, 486.

δ. **RG.** 8. 6. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 235, JW. 16, 1187, LeipzZ. 16, 1172, WarnE. 16, 387. („Krieg, Arbeiterstreiks . . . und andere unvorhergesehene Hindernisse, welche

die Produktion verzögern oder unmöglich machen, befreien uns (d. i. die Klägerin) für die Dauer der Behinderung von der Einhaltung der vereinbarten Lieferzeit.") Aus Gründen der grammatischen Konstruktion, wie aus inneren Gründen liegt es am nächsten, den Relativsatz auf alle vorhergehenden Substantiva zu beziehen und damit die Klausel dahin zu stehen, daß alle einzeln angeführten ebenso wie die unter den Sammelbegriff der unvorhergesehenen Hindernisse fallenden Ereignisse, die befreiende Wirkung nur dann ausüben sollen, wenn sie die Produktion verringern, verzögern oder unmöglich machen. Jedenfalls hatte die Beklagte keinen Grund, die Klausel anders zu verstehen und sie kann daher ihr gegenüber nur in diesem Sinne geltend gemacht werden. (Im übrigen Befreiung angenommen, weil festgestellt, daß die Klägerin während des Krieges ihre Produktion nicht in dem bisherigen Umfange und mit der bisherigen Schnelligkeit fortsetzen könne.) Ebenso RG. 27. 6. 16, LeipzZ. 16, 1226.

ε. **RG.** 23. 6. 16, HoldheimsMSchr. 16, 186, R. 16, 548 u. Nr. 1753, 1761, WarnE. 16, 298. „Wenn der Bezug oder die Weiterverarbeitung von Leinsaat oder Leinöl durch inländischen oder ausländischen Krieg — behindert wird, so haben die Verkäufer das Recht, den Vertrag während der Dauer des Hindernisses ganz oder teilweise aufzuheben usw." — Der Rücktritt wurde für berechtigt erachtet, nachdem festgestellt, daß infolge des Krieges wegen der Störung des Frachtverkehrs die Zufuhr der Waren und wegen des Mangels an Arbeitskräften deren Verarbeitung sehr erschwert sei usw.

b) Aus der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. α. Kiel 3. 2. 16, SchlHolstAnz 16, 43. (Klausel: Der Vertrag wird aufgehoben, falls der Krieg die Lieferung unmöglich macht.) Tritt infolge des Krieges eine allgemeine wirtschaftliche Verschiebung ein, so kann das Gebundensein an eine große Anzahl derartiger Lieferungsverträge (Handel mit Getreide und Futtermitteln), die vor dem Kriege geschlossen sind, zu einer schweren, wirtschaftlich unerträglichen Last werden. Ist daher in solchem Falle von den Parteien vereinbart, daß die durch den Krieg hervorgerufene Unmöglichkeit der Lieferung den Vertrag aufhebt, so erscheint es gerechtfertigt, eine derartige Erschwerung als eine wirtschaftliche Unmöglichkeit der Leistung zu behandeln, die nach dem Vertragswillen zur Aufhebung des Vertrages führt. Vgl. zu §§ 279, 281, 346 BGB.

β. Hamburg 18. 10. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 296. Es ist nicht der Wortsinn der Klausel mittels sorgfältiger logischer und rechtlicher Überlegungen zu analysieren, sondern es ist vielmehr der Eindruck festzuhalten, der bei aufmerksamem Lesen die Klausel als Ganzes auf den Leser macht.

3. Insbesondere das Erfordernis der erheblichen Störung des Geschäftsbetriebes. a) **RG.** 11./13. 7. 16, R. 16, 500. Die befreiende Wirkung des Vorbehalts der höheren Gewalt setzt nicht voraus, daß das Ereignis, das sich als höhere Gewalt darstellt, die Leistung unmöglich macht, sondern es genügt schon der Nachweis einer ernstlichen Störung des Geschäftsbetriebes und einer erheblichen Beeinträchtigung der Erfüllungsmöglichkeit.

b) **RG.** 6. 6. 16, R. 16, 547 u. Nr. 1680. Wenn ein Vertrag unter Vorbehalt von Ereignissen bestimmter Art abgeschlossen ist, so sind damit nach feststehender Rechtsprechung nur solche Ereignisse gemeint, die wesentlich störend auf Betriebe einwirken, von denen der Verkäufer für die Lieferung abhängt. Diese Betriebe sind aber nicht nur gegenständlich, sondern auch zeitlich abzugrenzen. (Im Streitfalle war der Geschäftsbetrieb des Beklagten während der zur Erfüllung des Vertrages benötigten Zeit durch das vom 31. März an geltende Ausfuhrverbot nicht gestört worden. Die Lieferung sollte im Laufe des März stattfinden.)

c) **RG.** 7. 7. 16, R. 16, 549. Nach Treu und Glauben können nur solche Fälle höherer Gewalt gemeint sein, durch welche die Betriebe, von denen der Verkäufer für die Lieferung abhängt, ernstlich getroffen und gestört werden. Der Beklagte ist daher von der Leistung frei geworden. Denn ohne Zweifel ist durch den gegenwärtigen Krieg ihr Einfuhrhandel aufs ärgste gestört und sind ihre Vorbereitungen zur Erfüllung des streitigen Vertrags

vereitelt, weil sie die zu liefernden Waren nicht mehr auf dem üblichen Wege, sondern, wenn überhaupt, nur mit den größten Kosten und Gefahren beziehen kann.

d) Hamburg 5. 1. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 77, LeipzZ. 16, 417, OLG. 32, 307. Die Beklagte hatte noch geltend gemacht, es gehe jedenfalls zu weit, die Befreiung der Klägerin von der Lieferpflicht auch dann fortdauern zu lassen, wenn etwa der Krieg infolge des Abschlusses von Sonderfrieden mit der einen oder der anderen Macht von geringerem Einfluß als heute auf die Produktion der Klägerin werden würde. Allein die Auslegung der Klausel wird stets von Treu und Glauben beherrscht. Im Sinne derselben liegt der Kriegsfall, an den sich die Befreiung der Klägerin von der Lieferpflicht knüpft, dann vor, wenn das Deutsche Reich in einen Krieg gerät, der seinem Umfange und seiner Beschaffenheit nach die Verhältnisse der klägerischen Produktion berührt. Da mit Bezug auf den gegenwärtigen Weltkrieg diese Voraussetzung gegeben ist, braucht im entscheidenden Teil des Urteils nichts darüber gesagt zu werden, was in dem Falle gelten sollte, daß aus dem heutigen Krieg ein anderer, von ihm wesensverschiedener kriegerischer Konflikt werden sollte.

e) Stuttgart 4. 5. 16, WürttJ. 28, 20. Es muß verlangt werden, daß es sich um ein Ereignis handelt, das auf den Betrieb erheblich störend einwirkt. Anderenfalls würde die Berufung der betreffenden Vertragspartei auf die Kriegsklausel gegen Treu und Glauben verstoßen und wäre nicht im Sinne des Vertrags.

4. Befreiung schlechthin, nicht nur auf Zeit. a) Aus der Rechtsprechung des **RG.** *α.* **RG.** 4. 1. 16, DJZ. 16, 338, JW. 16, 487, R. 16, Nr. 398, SeuffA. 71, 182, WarnE. 16, 60. (Abrede, „daß die Lieferzeit für den noch unerledigten Teil des Kontraktes bis nach Aufhebung des Hindernisses prolongiert werde". KG. hatte angenommen, die Parteien wollten den Vertrag auch bei längeren Verzögerungen der Lieferung aufrecht erhalten und nur die Lieferzeit bis zur Hebung des Hindernisses hinausgeschoben haben.) Eine solche Vereinbarung würde dahin gehen, daß der Vertrag ausgeführt werden sollte, auch wenn durch zeitliche Verschiebung die wirtschaftliche Bedeutung der Leistung sich gänzlich änderte, und daß also zwischen ihnen bei Eintritt der vorbehaltenen Hindernisse die verabredete Lieferfrist keinesfalls als wesentlich gelten sollte. Ein Vertrag dieses Inhalts wäre im hohen Grade ungewöhnlich und der Verkehrssitte widersprechend. — Da aber gemäß § 157 BGB. Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, so hätte das BG. das bei der Auslegung der Verkehrssitte in Betracht ziehen müssen. Es konnte zu seiner Auslegung nur kommen, wenn es die Überzeugung gewann, daß die Parteien hier in der Tat einen Vertrag von ungewöhnlichem, von dem Gebrauche des Verkehrs abweichenden Inhalt haben abschließen wollen und solchen Inhalt in der streitigen Abrede erkennbar zum Ausdruck gebracht haben.

Vgl. hierzu Hachenburg, JW. 16, 487. Das Urteil des RG. setze notwendigerweise voraus, daß nicht ein besonders bedungenes Recht des Verkäufers, sondern die tatsächlich vorhandene Unmöglichkeit der Erfüllung ihn von der Pflicht rechtzeitiger Lieferung freimacht. Man sehe, dieses Element sei bei der Kriegsklausel doch nicht ganz auszuschalten.

β) **RG.** 12. 7. 16, R. 16, 501, WarnE. 16, 343 verneint die Berechtigung einer Verlagsbuchhandlung, die vertragsmäßig die neue (3.) Auflage eines „Kartenwerks" im November 1914 abzunehmen hatte, Hinausschiebung der Lieferung bis nach dem Kriege zu verlangen. Dies Begehren bedeute im gegebenen Falle nichts anderes, als daß das Risiko des Klägers hinsichtlich dieser Auflage zum Schaden des Beklagten auf diese abgewälzt würde, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht rechtfertigen könnten, und hieße außerdem nichts anderes, als an die Stelle der im Vertrage normierten Vertragspflicht eine inhaltlich ganz andere zu setzen.

b) Aus der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. *α.* Dresden 29. 10. 15, SächsRpflA. 16, 43. Wenn die Klägerin unter dem Eindruck der durch den Kriegsausbruch geschaffenen unsicheren wirtschaftlichen Lage es ablehnte, den Vertrag, so wie er vereinbart war, zu erfüllen, und die Beklagte hierauf entgegenkommenderweise einging, so würde es gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen, wenn es nun in das Belieben der

Klägerin gestellt werden sollte, den Vertrag, von dem sie sich in einem überaus kritischen Augenblick losgesagt, ihrem Vorteil entsprechend zu einer ihr passenden Zeit wieder in Kraft treten zu lassen. (Betraf ein Sukzessivlieferungsgeschäft.)

β. Hamburg. aa) 22. 10. 15, LeipzZ. 16, 344, R. 16, 20, Nr. 47. Wäre infolge des Zusatzes „für die nachweisbare Dauer des Krieges usw." das Recht des Verkäufers darauf beschränkt, daß die Erfüllung der noch nicht abgewickelten Teile des Vertrags hinausgeschoben wird, so würde der Verkäufer durch die Klausel mehr belastet als entlastet werden. Er müßte z. B., wenn er nach Beendigung des Krieges nicht liefern könnte, die unverschuldete Unmöglichkeit der Lieferung beweisen. Er müßte ferner die Gefahr ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse, wie Preissteigerung, tragen. Es wurde daher gebilligt, daß der Verkäufer von dem noch nicht erfüllten Vertrage zurücktrat. Ebenso 12. 2. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 70.

Anderer Ansicht Schaps, LeipzZ. 16, 345. Die Auslegung, nach der die Parteien das Recht des Verkäufers auf Vertragsaufhebung durch die Befugnis zur Hinausschiebung der Lieferungen bis zur Beendigung des Falles der höheren Gewalt ersetzt haben, ist die natürlichere und verdient nach §§ 157, 346 BGB. den Vorzug.

bb) 4. 1. 16, LeipzZ. 16, 565, R. 16, 141 u. Nr. 272. Die Vertragsbestimmung „Mobilmachung, Krieg berechtigen zum Rücktritt, der innerhalb 8 Tagen nach Eintritt dieser Eventualität zu erklären" (im Anschluß an die Klausel „Feuer, Streik usw. und andere Fälle höherer Gewalt verschieben den Lieferungstermin") ist dahin auszulegen, daß das Rücktrittsrecht im Kriegsfalle das einzige und ausschließliche Recht des Berechtigten bilden sollte. Abgelehnt wurde die Auffassung, daß der Ausbruch des Krieges nicht nur zum Rücktritt, sondern auch je nach Wahl des Berechtigten ihn habe berechtigen sollen, die Lieferung hinauszuschieben, da der Krieg auch ein Fall höherer Gewalt sei. — Anders und besonders lagen die Fälle:

cc) 3. 2. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 65, LeipzZ. 16, 564, OLG. 32, 306. Auslegung der Klausel „Krieg usw. und andere unvorhergesehene Hindernisse, welche die Produktion verringern, verzögern oder unmöglich machen, befreien uns für die Dauer der Behinderung von der Einhaltung der vereinbarten Lieferzeit" dahin, daß während des Krieges die Klägerin von der Lieferung schlechthin, nicht nur von der Innehaltung bestimmter Lieferfristen befreit sein soll. Abgewiesen dagegen der Antrag auf Feststellung der Befreiung auch noch über die Kriegsdauer hinaus für die Zeit des Fortbestehens der durch den Krieg entstandenen Behinderung, da sich die Verhältnisse nach Friedensschluß nicht übersehen ließen und für diesen Teil des Klagevorbringens die erforderliche Bestimmtheit fehle.

dd) 30. 6. 16, R. 16, 549. Der Sinn der Vertragsbestimmung „Krieg berechtigt den Verkäufer zum Rücktritt, falls Käufer keine angemessene Nachlieferungsfrist bewilligen will" ist nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte der, daß, wenn der ursprünglich vorgesehene Abladetermin infolge Krieges vereitelt wird, dennoch der Verkäufer zu einer späteren Abladung auf Verlangen des Käufers verpflichtet sein soll, vorausgesetzt, daß eine solche Leistung den Umständen entspricht, d. h. ihm unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse zugemutet werden kann. Davon kann aber jetzt, nach etwa 2 Jahren, keine Rede sein.

γ. Jena, 23. 12. 15, ThürBl. 63, 61. Ist solange hindurch (15 Monate militärische Beschlagnahme von Zephyrgarnen) dem Schuldner die Leistung unmöglich geworden, so kann ihm bei einer Vertragsauslegung, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte sie fordern, nicht zugemutet werden, nach schließlicher Behebung des Hindernisses den von der Zeit längst überholten Vertrag noch gelten zu lassen und den Rest der Ware zu dessen Bedingungen zu liefern.

c) Insbesondere die Befreiung von der und während der Dauer der Lieferfrist. *α.* Dresden 31. 3. 15, DJZ. 16, 737. Mit der Klausel „Höhere Gewalt, Krieg in Europa oder in einem Produktionslande für Weizen, Streik, Wassermangel entbinden den Verkäufer von der Lieferungsfrist und hat Verkäufer das Recht, seine Liefe-

6*

rungen unter Berücksichtigung seiner sonstigen Lieferungsverpflichtungen zu mindern" ist gesagt, daß Verkäufer im Kriegsfall von der Einhaltung der Lieferungsfrist entbunden sein soll, während er nach seiner Wahl noch das Recht zu einer verhältnismäßigen Minderung hat.

β. Hamburg 6. 3. 16, SeuffA. 71, 388. Die Klausel „Betriebsstörungen, Krieg usw. entbinden während der Dauer ihres Bestehens von der Lieferung; die Lieferzeit wird um die Dauer dieser Fälle verlängert; sollte Verkäufer aber länger als 3 Monate an der Lieferung verhindert sein, so kann er den Vertrag, soweit er unerledigt ist, ganz stornieren" kann nicht dahin ausgelegt werden, daß einerlei, ob durch den Krieg die Lieferung der Ware verhindert oder erschwert werde oder nicht, einerlei auch, ob der Verkäufer tatsächlich über Warenmengen verfügte, die zur Vertragserfüllung genügen, der Kriegsausbruch als solcher dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht gebe. Das würde dahin führen, daß der Verkäufer, je nachdem es ihm vorteilhaft ist, entweder am Vertrag festhalten, oder aber bei steigenden Preisen zurücktreten, die Waren anderweit mit Vorteil verkaufen könnte. Wenn wirklich ein Verkäufer sich für den Fall eines Krieges eine so vorteilhafte Lage sichern will, muß er das zu einem für den anderen Teil klaren Ausdruck bringen. Aus dem Vertragswortlaut ist nur zu entnehmen, daß der Verkäufer ein Recht auf Hinausschiebung der Lieferung, ein Rücktrittsrecht aber nur dann haben soll, wenn die Behinderung länger als 3 Monate dauert.

5. Ablehnung der Entscheidung auf Grund von Billigkeitserwägungen. a) **RG.** 30. 5. 16, WarnE. 16, 388. Billigkeitserwägungen darüber, daß, wie der Kläger behauptet, die Beklagte durch die Tätigkeit des Klägers eingedeckt gewesen sei und nach ihrem Freiwerden kraft der Klausel anderweite Geschäfte mit größerem Nutzen gemacht habe, zielen darauf ab, den klargewollten und erklärten Vertragsinhalt nicht auszulegen, sondern für solche Umstände zu beseitigen. Das ist rechtlich unmöglich.

b) **RG.** 8. 6. 16, HansGZ. 1, Hptbl. 235, JW. 16, 1187, LeipzZ. 16, 1172, WarnE. 16, 387. Wenn endlich der Beklagte sich auf die Billigkeit beruft und die Interessen des Verkäufers und Käufers gegeneinander abgewogen sehen will, so trifft dies die Lage des Streitfalls nicht. Es ist nicht unbillig, wenn ein Fabrikant bei Abschluß langfristiger Lieferungsverträge sich seine Freiheit vorbehält für den Fall, daß der regelmäßige Gang des wirtschaftlichen Lebens durch gewaltsame Ereignisse gestört wird. Außerdem sind die Gerichte nicht in der Lage, deutliche Vertragsbestimmungen, denen der Käufer sich unterworfen hat, außer Kraft zu setzen. — Vgl. auch zu C.

C. Die Geltendmachung der Kriegsklausel (Zeitpunkt. Verzicht. Verstoß wider die guten Sitten?).

1. Der Zeitpunkt der Geltendmachung (zu vgl. auch II 2 aff. zu § 433). a) **RG.** 29. 2. 16; 88, 143, DJZ. 16, 726, HoldheimsMSchr. 16, 111, JW. 16, 829, R. 16, 347. Nach Treu und Glauben kann dem Verkäufer das Recht der Lossagung von dem Vertrage nur binnen der Frist zugestanden werden, deren er bedarf, um nach Eintritt des vorbehaltenen Falles seine Lage zu überblicken. — Ebenso Hamburg 12. 10. 16, LeipzZ. 16, 1563. Posen 11. 10. 16, PosMSchr. 16, 85. — Vgl. aber auch **RG.** 23. 6. 16, LeipzZ. 16, 1424, wo die Klägerin vom 21. 9. 14 (dem Tage der letzten der wöchentlich auszuführenden Lieferungen) bis zum 1. 12. 14 keine Lieferung mehr verlangt hatte. Die Tatsache, daß sie die Bekl. nicht sofort und dringend an die regelmäßige Erfüllung gemahnt habe, könne nicht dahin führen, die Kl. ohne weiteres ihrer Rechte aus dem Vertrage für verlustig zu erklären. (Es hatte überdies eine Besprechung stattgefunden, nach der Kl. annehmen konnte, die Lieferung werde sich um einige Zeit hinausschieben.)

b) **RG.** 23. 5. 16, DJZ. 16, 898, HoldheimsMSchr. 16, 185, JW. 16, 1018, LeipzZ. 16, 1009. Umgekehrt ist auch der Käufer nicht befugt, seine Stellungnahme gegenüber einer verspäteten Geltendmachung der Klausel auf unbestimmte Zeit hinauszuschieben.

c) Jena 8. 3. 16, ThürBl. 63, 140. Treu und Glauben verbieten dem Käufer,

der durch sein früheres Verhalten im Verkäufer das berechtigte Vertrauen erweckt hat, er wolle ihn am Vertrage nicht festhalten, später auf den Vertrag zurückzugreifen, wenn eine durch den Krieg verursachte Preissteigerung ihm das wieder vorteilhaft erscheinen läßt.

d) Hamburg. α. 30. 9. 15, HansGZ. 16, Beibl. 6. Unberechtigt ist der von der Klägerin erhobene Vorwurf, daß die Beklagte ihre Erklärung des Rücktritts vom Vertrage wider Treu und Glauben verzögert habe. Ein solcher Verstoß fällt ihr schon deshalb nicht zur Last, weil die Mobilmachung und der ihr folgende Ausbruch des gegenwärtigen Krieges sie vor eine völlig veränderte geschäftliche Lage gestellt hatte, in welcher eine alsbaldige Entscheidung darüber, ob und wie sie die laufenden Verträge erfüllen wollte, von ihr vernünftigerweise nicht gefordert werden konnte. (Verzögerung von 13 Tagen, wobei die Ungewißheit über das Schicksal schwimmender Ladungen, Abschluß von Verträgen mit der Heeresverwaltung, Einberufung zahlreicher Angestellten und ähnliche Umstände zu berücksichtigen.)

β. 14. 7. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 225, LeipzZ. 16, 1328. Es lag in der Hand der Partei, ob sie die Klausel geltend machen wollte oder nicht. Wählte sie aber ersteren Weg, so mußte sie dies sofort tun, nachdem sie einen Überblick darüber gewonnen hatte, in welcher Weise der Krieg ihre geschäftlichen Verhältnisse beeinflussen werde. Dazu reichten einige Wochen, höchstenfalls einige Monate aus, keinesfalls aber bedurfte es dazu eines Zeitraums von weit über einem Jahre. Das RG. hat ausgesprochen und der erkennende Senat schließt sich ihm an, daß eine solch verspätete Geltendmachung der Kriegsklausel wider Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstößt.

e) Vgl. Stuttgart 8. 6. 16, JW. 16, 1142, wo eine nach Treu und Glauben verspätete Rücktrittserklärung des Verkäufers nicht angenommen wurde, weil die Klägerin selbst (auf ein Rundschreiben des Verkäufers) damit einverstanden gewesen war, daß die Frage des Rücktritts zunächst „im Anstand bleibe", und weil ein Spekulieren des Beklagten auf Kosten der Klägerin nicht vorlag.

f) Über die Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den Rücktritt kraft Gesetzes. Hamburg 17. 10. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 303. Nach Treu und Glauben wird man dem Verkäufer auch das Recht, sich kraft allgemeiner Rechtsgrundsätze von einem Vertrage loszusagen, nur so lange Zeit zugestehen können, als er nach Eintritt der dies Recht begründenden tatsächlichen Verhältnisse gebraucht, um die veränderte Sachlage mit Sicherheit überblicken zu können.

2. Verzicht auf die Geltendmachung der Kriegsklausel. Dresden 24. 4. 16, SächsRpflA. 16, 316. Wenn der Verkäufer unmittelbar nach Kriegsausbruch den Willen gehabt haben sollte, den Abschluß auch während des Krieges zu halten, so braucht darin noch nicht unter allen Umständen ein völliger Verzicht auf die Klausel zu liegen; sein Verhalten läßt sich vielmehr aus der Tatsache erklären, daß sich die künftige Preisgestaltung damals noch nicht übersehen ließ. Es entspricht guten kaufmännischen Gepflogenheiten, daß ein seine und seiner Kunden Interessen verständig abwägender Kaufmann einschneidende Vertragsbestimmungen wie die Kriegsklausel nicht geltend macht, wenn er glaubt, ganz ohne Schaden oder doch ohne erhebliche Nachteile für sich seinen Vertragspflichten nachkommen zu können.

3. Die Geltendmachung grundsätzlich kein Verstoß wider die guten Sitten. a) **RG.** 5. 10. 15 (vgl. B 2a). Nachdem der Vertrag auf Grund der in ihm enthaltenen Klausel durch den Ausbruch des Krieges aufgelöst worden, durfte die Klägerin unbedenklich die dadurch freigewordenen Vorräte zum Tagespreise anbieten. (Daher der Angriff des sittenwidrigen Verhaltens zurückgewiesen.)

b) Dresden 7. 10. 15, LeipzZ. 16, 416. Ein sittenwidriges Verhalten kann darin nicht erblickt werden, daß die Beklagte das Entgegenkommen, das sie anderen Abnehmern durch Nichtgeltendmachung der Kriegsklausel erwies, der Klägerin nicht angedeihen ließ.

c) Stuttgart. α. 18. 2. 16, R. 16, 197 sieht es nicht als sittenwidrig an, daß der Liefe-

rant sich auf die Kriegsklausel erst beruft, wenn er eine Übersicht über die Einwirkungen des Krieges auf seinen Betrieb gewonnen.

β. 16. 3. 16, R. 16, 244. Ein Verstoß gegen die guten Sitten könnte — gegeben sein, wenn der Beklagte das vertragsmäßige Recht, im Kriegsfall vom Vertrage zurückzutreten, zu unreellen Preistreibereien benutzt hätte. (Im gegebenen Falle verneint.) — Normalerweise handelt ein Kaufmann reell und wirtschaftlich, wenn er die Ware, deren Lieferung er zur Friedenszeit zu billigerem Preis versprochen hat, nach Kriegsausbruch unter Berufung auf die bedungene Kriegsklausel nicht mehr, wie bedungen, liefert und nur noch zu dem durch den Krieg veranlaßten höheren Preis anbietet.

d) Königsberg 25. 1. 16, PosMSchr. 16, 12. Es ist ein Mißbrauch der Klausel, wenn der Lieferant es vorzieht, die durch das unvorhergesehene Ereignis herbeigeführte Änderung der Marktlage zu seinen eigenen Gunsten zu verwerten, statt den Vorteil seinem Abnehmer zu überlassen.

Vgl. auch Schmeißer, 13 u. Ewald, 27.

D. Besondere Fälle.

1. War Deutschland vor der Kriegserklärung Italiens an dem zwischen Österreich-Ungarn und Italien ausgebrochenen Kriege im Sinne der Kriegsklausel beteiligt? Bejaht von Dresden 14. 2. 15, DJZ. 16, 642, SächsRpflA. 16, 200, da Deutschland in seiner Gesamtheit in militärischer und wirtschaftlicher Beziehung durch jenen Krieg in Mitleidenschaft gezogen sei. Bestätigt durch **RG.** 5. 6. 16, DJZ. 16, 899, SächsRpflA. 16, 307, WarnE. 16, 297. Ebenso Dresden 21. 3. 16, LeipzZ. 16, 764, OLG. 32, 305 u. 27. 6. 16, SächsRpflA. 16, 355.

2. Vereinbarung der Kriegsklausel während des Krieges. a) Kiel 15. 2. 16, OLG. 32, 325, R. 16, Nr. 741, SchlHolstAnz. 16, 60. Wenn während eines Krieges in einem Kaufvertrage gesagt ist, daß die sog. Kriegsklausel den Verkäufer von der Lieferung befreien soll, so liegt entweder eine unverständige und widersinnige Willenserklärung vor oder die Absicht der Parteien muß so ausgelegt werden, wie es die Grundsätze von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte erfordere. (Daher im gegebenen Falle die Klausel dahin ausgelegt, der Beklagte habe sich auf die Kriegsklausel nur in dem Sinne berufen wollen, daß infolge des Krieges die Lieferung durch höhere Gewalt unmöglich war.)

b) Kiel 7. 6. 16, SchlHolstAnz. 16, 157. Der Vertragsabschluß wurde erst lange nach Kriegsausbruch getätigt zu einer Zeit, wo die Herstellung der verkauften Fertigware schon stark nachgelassen hatte, Herstellung, Vertrieb und Einfuhr geeigneter Rohstoffe bereits erheblich beschränkt waren und weitere Einschränkungen, wie jeder Kundige sich sagen mußte, nahe bevorstanden. Die dann wirklich eintretende Verschärfung der Lage kann nicht als höhere Gewalt gelten.

c) Hamburg 12. 10. 16, R. 16, 631. Wenn sich der Verkäufer nach Ausbruch des Krieges zu einer „Prolongierung" um drei Monate verstand, so muß das dahin ausgelegt werden, daß der Vertrag seinem ganzen Inhalte nach zeitlich erstreckt werden sollte. Daher kein Verzicht auf die im Vertrage enthaltene höhere Gewaltsklausel angenommen.

3. Zeitpunkt des Inkrafttretens. a) Hamburg 19. 11. 15, LeipzZ. 16, 345. Am 1. 8. 14, dem Zeitpunkt des Eintritts der Lieferpflicht (es handelte sich um Lieferung südrussischer Gerste), war der Krieg mit Rußland im Sinne der Klausel bereits ausgebrochen, einerlei ob eine förmliche Kriegserklärung 1 bis 2 Tage später erfolgte oder ob Rußland ohne die bei zivilisierten Völkern übliche Formalität einer Kriegserklärung ohne weiteres mit Feindseligkeitsakten begann.

b) **RG.** 16. 9. 16, R. 16, 590 u. Nr. 1116. Mobilmachung. Der Vertrag der Parteien bestimmt nicht, daß die Klägerin nur dann von ihren Verpflichtungen entbunden sein sollte, wenn die Mobilmachung oder der Krieg, die sie zum Rücktritt vom Vertrage veranlaßten, am Tage des Rücktritts erklärt wären. Es genügt, daß das eine oder das andere

befürchtete Ereignis (Mobilmachung) auf den Rücktritt unmittelbar zeitlich folgte und den Geschäftsbetrieb der Klägerin erheblich störte.

c) RG. 26. 9. 16, WarnE. 16, 436 billigt, daß die Geltendmachung der Freizeichnungsklausel, die einem am 3. 8. 14 abgeschlossenen Vertrage beigefügt war, mit Bezug auf die Kriegserklärung Englands vom 4. 8. 14 abgelehnt wurde auf Grund der unter § 291 ZPO. fallenden Erwägung, es sei am 3. 8. 14, nachdem bereits der Kriegszustand mit Rußland und Frankreich eingetreten sei, jedenfalls mit weiteren kriegerischen Verwicklungen, insbesondere auch mit der Möglichkeit der Kriegserklärung Englands, allgemein gerechnet worden.

4. Sonstige Auslegungsfragen aus Anlaß des Krieges. a) Vorbehalt der sicheren Ankunft. RG. 6. 6. 16, JW. 16, 1186, WarnE. 16, 390. (Der Kläger hatte Mandikomehl gekauft, das in Holland aus indischen Wurzeln hergestellt wurde.) Die Klausel „Ausfuhrverbot und sichere Ankunft der Ware in Deutschland vorbehalten" auf Ausfuhrverbote oder Störungen des holländisch-deutschen Güterverkehrs bezogen, nicht dagegen auf Gefahren des Transports von Indien nach Holland, also nicht auf die Beschlagnahme in England.

b) Auslegung der Bestimmung „Die Ware ist nach Anzeige von Schweden nach Hamburg abgesandt und glückliche Ankunft vorbehalten". Hamburg 25. 3. 16, R. 16, 400, SeuffA. 71, 262. Kläger durfte die Erklärung so verstehen, wie sie sich ohne nähere Erläuterung im verkehrsüblichen Sinne darstellt, also dahin, daß die Ware Schweden bereits verlassen habe. Hieran ändert der Vorbehalt der „glücklichen Ankunft" nichts. Diese dem Seehandel eigentümliche Vertragsbestimmung bezog sich offenbar auf den Teil des Weges, der auf dem Wasser zurückzulegen war — enthielt jedenfalls eine Begrenzung auf den nicht schwedischen Teil des Weges.

c) Verhinderungsklausel. Hamburg 14. 7. 16, HansGZ. 16, Hptbl 232. „Sollte die Lieferung durch Krieg verhindert werden, so hat der Verkäufer das Recht, von diesem Kontrakt zurückzutreten." Im Gegensatz zu den Kriegsklauseln ist hier in völlig klarer Weise zum Ausdruck gekommen, daß das Rücktrittsrecht nur dann gegeben werden solle, wenn der Krieg auf die Erfüllung des gerade hier in Frage kommenden Vertrags „verhindernd" einwirkt.

E. Beurteilung der obergerichtlichen Rechtsprechung im Schrifttum.

1. Plum, 1368 vermißt in der Rechtsprechung des RG. den billigen Ausgleich zwischen den Interessen beider Teile. Der Verkäufer mit Kriegsklausel werde von der Lieferpflicht frei, möge ihm auch die Erfüllung des Vertrags möglich sein; ungeahnte Gewinne strömten in seine Tasche. Eine freie, die Zeitverhältnisse berücksichtigende Auslegung der Verträge in Anlehnung an die Grundsätze über die clausula rebus sic stantibus würde zu einer billigeren Beurteilung führen. Vgl. dagegen Ewald, 21.

2. Wertheimer, 293. Gegen die Rechtsprechung können erhebliche juristische Bedenken geltend gemacht werden; sie ist auch aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht einwandfrei. Sie hat zweifellos preissteigernd gewirkt, wie sie auch dem Umstande nicht Rechnung trägt, daß regelmäßig derartige Lieferungsverträge nur ein Glied in einer großen Kette von Verträgen sind.

3. Reinken, 260. a) Es ist zu bedenken, daß die Kriegsklausel regelmäßig nur ein Schutz für den Verkäufer ist, den dieser sich ausbedingt.

b) Nachdrücklich wird in der Rechtsprechung des Hanseatischen Oberlandesgerichts anerkannt, daß die Wirksamkeit der Klauseln dort aufhören müsse, wo sie mit den Grundsätzen von Treu und Glauben in Widerspruch geraten würde. Aber diese Einschränkung hat keine erhebliche praktische Bedeutung, weil offenbar der Krieg so tief in die Gesamtheit der wirtschaftlichen Verhältnisse eingreift, daß man es regelmäßig dem auf den Ausnahmezustand sich berufenden Geschäftsmanne wird glauben müssen, daß auch sein Betrieb dadurch empfindlich berührt worden sei. (Ausnahmefälle ohne allgemeine Bedeutung: Hamburg

13. 1. 16, auf seiten des Verkäufers hatte bereits vor Ausbruch des Krieges volle Erfüllungsbereitschaft bestanden; und 20. 1. 16, der Verkäufer hatte seinerseits noch nach Ausbruch des Krieges auf Erfüllung des Vertrags bestanden.)

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung.

§ 158.

I. Rechtsgeschäfte, die Bedingungen zulassen. 1. **RG.** 28. 4. 15 über die Zulässigkeit der Bedingung bei abstrakten Erfüllungsgeschäften, JDR. 14 I 1, auch HansGZ. 16, Beibl. 89. Nachzutragen ist, daß auch die Auslegung der Vertragsbestimmung „Die Zession erlischt, falls ... „als wirkliche Bedingung, nicht bloß Vereinbarung des Rücktritts gebilligt wurde. Vgl. dagegen Hamburg 13. 1. 16, HansGZ. 16, Beibl. 121, wo die Abrede, der Kläger solle die Abtretung der Mieten erst dann geltend machen können, wenn der Grundeigentümer mit seiner Hypothekenzahlung oder Zinszahlung im Rückstande sei, für unwirksam erachtet wurde, da sie unklare Verhältnisse schaffe, die infolge der mangelnden Klarheit nicht nur dem Zessionar, sondern vor allem auch den Schuldnern der abgetretenen Forderungen und den Gläubigern der Parteien schaden könnten.

2. Über bedingten Nießbrauch. Du Chesne, MecklZ. 34, 315, siehe zu § 1029 BGB. Es gibt kein bedingtes Leistungsgeschäft und infolgedessen kein bedingtes, darauf beruhendes absolutes Recht. — Daß eine Leistung, die nicht auf Begründung eines dinglichen Rechts abzielt, z. B. Dienst, Verwahrung einer Sache, nicht bedingt sein kann, weil sie eben etwas rein Tatsächliches ist und die Bedingung nur in der Vereinbarung ruht, wird sich kaum leugnen lassen.

II. Dispositive Natur des § 158. Hamburg 10. 11. 15, OLG. 32, 310, SeuffA. 71, 191. Der § 158 kann bei seiner dispositiven Natur keine Geltung beanspruchen, wenn nach der Verkehrsauffassung anzunehmen, daß der Makler seine Provision mit dem Abschluß eines rechtsverbindlichen, wenn auch bedingten Geschäfts endgültig verdient hat.

III. Grenzfälle. 1. Erteilung der Schankgenehmigung als Bedingung für den Erwerb eines Grundstücks. Dresden 4. 11. 15, OLG. 32, 354. Kläger hatte ein Grundstück zur Ausübung des Schankgewerbes erworben, der Beklagte, ein Brauereidirektor, hatte mit ihm als Vertreter des Brauhauses einen Lieferungsvertrag abgeschlossen. OLG. verneint, daß beide Parteien den Vertrag nur für den Fall der erforderlichen Genehmigung hätten schließen wollen. „Der Käufer darf nicht die Folgen einer mißglückten Spekulation ohne weiteres auf den Verkäufer abwälzen. — Es müssen vielmehr besondere Umstände die Annahme rechtfertigen, daß nach dem Willen der Parteien dem einen Teil der Rücktritt offen stehen soll" (**RG** 62, 268).

2. „Sanierung". Inhalt oder Beweggrund des Rechtsgeschäfts. **RG.** 18. 2. 16, SächsRpflA. 16, 266, siehe unten I 18 zu § 812.

§ 161.

Verhältnis zu § 135 BGB. Oertmann, JheringsJ. 66, 246. Die Wirkungsbeschränkung folgt im Falle des § 161 nicht aus einer besonderen, prinzipwidrigen Anordnung, wie beim Veräußerungsverbot, sondern schon aus der allgemeinen, beschränkten Eigenart des Verfügungsgegenstandes: wer bedingt verfügt hat, ist fortan wegen der dadurch entstandenen Anwartschaft des bedingten Erwerbers kein Vollberechtigter mehr. Er hat das Recht nur noch als ein mit Eintritt der Bedingung von selbst wegfallendes, kann also auch nur insoweit darüber wirksam weiterverfügen; eine diese Grenze nicht beachtende Weiterverfügung würde die Verfügung eines Nichtberechtigten sein. Daraus ergeben sich gegenüber der Rechtsgestaltung im Falle des § 135 folgende Unterschiede: Die Unwirksamkeit der Zwischenverfügung (§ 161) kann in der Regel erst nach Eintritt der Bedingung geltend gemacht werden. Andererseits wirkt die Beschränkung des § 161 im Gegensatz zu der des § 135 auch wider den Konkursverwalter, wie überhaupt für jedermann. Vgl. zu § 135 BGB. Nr. 1.

§ 163.

Bedeutung einer Vereinbarung, wonach bis zu einem bestimmten Tage abgerufen sein muß. **RG.** 29. 9. 16, WarnE. 16, 449. Daß mit Ablauf der Frist oder mit der Nichtvornahme des Abrufes bis zu diesem Zeitpunkte die Wirkung des Rechtsgeschäfts habe endigen sollen, ist bei einer nach Treu und Glauben erfolgenden Auslegung aus jener Vereinbarung nicht zu entnehmen. Vgl. auch zu § 346 BGB.

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht.

Schrifttum: Bouvier, Bestellung von Kinderhypotheken, BayNotZ. 53, 86. — Josef, Zur Bestimmung des Umfangs der Vertretungsbefugnis des Vormundes, AZivPr. 114, 392. — Lucht, Wechselzeichnung durch Bevollmächtigte, GenBl. 16, 391. — Reichel, Gutgläubigkeit bei Fahrniserwerb, GrünhutsZ. 42, 242. — Riehl, Die Arglist beim Vertragsschluß, GruchotsBeitr. 60, 790. — v. Schmitt, Erläuterungen zum bayerischen Vollmachtsstempel, BayRpflZ. 16, 53.

§ 164.

1. Erkennbare Absicht der Stellvertretung. a) **RG.** 28. 10. 15, R. 16, Nr. 899. Zur Feststellung, daß jemand als Vertreter für einen anderen handeln wollte, genügt nicht die Feststellung der Absicht, in dieser Weise aufzutreten. Erforderlich ist die Feststellung, daß diese Absicht für den Gegner erkennbar hervorgetreten sei.

b) Haftung von „Komiteemitgliedern". Breslau 18. 2. 16, OLG. 32, 362. Wenn eine Anzahl von Personen zusammentritt, um ihre Bemühungen zur Erreichung eines bestimmten gemeinnützigen Zweckes vorübergehend zu vereinigen, besonders auch zur Beschaffung der erforderlichen Mittel durch Sammlungen oder auf ähnliche Weise, dann erhellt, daß diese Person nicht im eigenen Interesse tätig sein und die zur Erreichung ihres Zwecks erforderlichen Rechtshandlungen nicht im eigenen Namen vornehmen wollen, sondern als Repräsentanten eines weiteren Interessenkreises. Im einzelnen kann die Rechtslage derartiger Personen je nach den Verhältnissen verschieden sein. (Im gegebenen Falle der persönliche Erfüllungsanspruch verneint. **RG.** 12, 229.)

2. Unmittelbare Stellvertretung auf Grund äußerer Umstände. a) Kiel 20. 5. 16, SchlHolstAnz. 16, 173. Es muß nicht nur feststehen, daß die Absicht dahin ging, mit dem Inhaber des Geschäfts zu kontrahieren, sondern es muß sich auch gerade dieser Wille in äußeren, beim Vertragsschluß selbst erkennbaren Umständen verkörpern. (Kl. behauptete, Inhaber einer Schweinemästerei zu sein, die ein anderer in seiner Stellvertretung betrieben. Es wurde festgestellt, daß äußere Umstände fehlten, aus denen sich der Wille des X ergab, mit dem Kläger als dem die Schweinezucht Betreibenden abzuschließen.)

b) KG. 23. 2. 16, KGBl. 16, 69. Haftung einer Geschäftsfrau für den Kaufpreis der auf Bestellung ihres Ehemannes gelieferten Ware bejaht, obwohl das Geschäftsschild auf den Namen des Ehemannes lautete, der Ehemann auch unter seinem Namen bestellt hatte und der Lieferant selbst zur Zeit der Lieferung nicht wußte, daß die Ehefrau die Geschäftsinhaberin war, indem tatsächlich festgestellt wurde, daß der Ehemann das Gewerbe mit ihrem Wissen auf ihren Namen angemeldet und die Ehefrau gebilligt hatte, daß ihr Mann in ihrem Gewerbebetrieb als ihr Vertreter Geschäfte abschloß.

3. Spätere Bestimmung des Vertragsgegners. **RG.** 2. 2. 16, BayRpflZ. 16, 200, R. 16, Nr. 624. Daraus, daß der andere erst später zu benennen war, ergibt sich nicht etwa der Mangel unzureichender Bestimmtheit des Vertragsgegners. Derartige Vereinbarungen sind im Verkehr üblich und bei dem das Recht der Schuldverhältnisse bestimmenden Grundsatze der Vertragsfreiheit auch durch das Gesetz nicht ausgeschlossen (JW. 14, 350). Auch der Umstand, daß der im Namen eines noch zu bezeichnenden anderen den Vertrag Schließende zu diesem Zeitpunkte den von ihm zu Benennenden noch nicht kennt, steht dem Abschluß eines einen Schwebezustand schaffenden, mit der Genehmigung des zu Benennenden voll wirksam werdenden Vertrags nicht entgegen. (Verkauf an eine als Treuhänderin für einen noch zu benennenden Dritten auftretende Brauerei.)

4. Beweislast. Stuttgart 13. 4. 16, R. 16, Nr. 1070. Beweispflichtig ist der Kläger, wenn der aus einem Vertrage Belangte vorbringt, er habe das Geschäft in fremdem Namen geschlossen.

5. *Dickel, Forstpolizeirecht 245 über Vollmacht und Jagderlaubnisschein.

§ 166.

1. Zum Begriff der „Weisungen". a) Reichel, 242. Es genügt eine allgemeine, nicht erforderlich ist eine bindende Weisung; es muß genügen, daß der Machtgeber dem Bevollmächtigten mit Erfolg einen sachbezüglichen Wink, Rat, Hinweis gegeben hat, auch ohne dessen Befolgung zu verlangen. — Entsprechendes gilt für den gesetzlich Vertretenen. Bindende Weisungen kann dieser überhaupt nicht erteilen; er kann nur anregen und anstiften. Tut er dies aber mit Erfolg, und ist er schlechtgläubig (was Schlechtglaubensfähigkeit voraussetzt), so kann er sich auf den guten Glauben des gesetzlichen Vertreters nicht berufen. — Die nachfolgende Genehmigung eines in gutem Glauben abgeschlossenen Erwerbsgeschäfts durch den bösgläubig Vertretenen ist ebenso anzusehen, als habe der Geschäftsherr dem Vertreter zu jenem Geschäft bestimmten Auftrag, also bestimmte Weisung gegeben (§ 684 BGB.). — Für weitere Auslegung des § 166 Abs. 2 auch

b) **RG.** 14. 12. 15, JW. 16, 317, LeipzZ. 16, 801, R. 16, Nr. 400. (Es wird ausgeführt, daß der auf § 30 Nr. 2 KO. gestützte Anfechtungsanspruch des Konkursverwalters schon deshalb durchdringen müsse, weil es an Beweis für eine zur Zeit der Pfändungen bestandene Unkenntnis des mit der Einklagung des Wechsels und der Zwangsvollstreckung beauftragten Rechtsanwalts fehle; aber auch wenn es auf die Unkenntnis des Auftraggebers selbst, des Beklagten, ankomme, sei der hierfür dem Beklagten obliegende Beweis nicht zu erbringen.) Bei enger Auffassung des § 166 Abs. 2 würde man in vielen Fällen zu durchaus unbefriedigenden Ergebnissen kommen. Es erscheint daher für den Ausdruck „nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers" eine tunlichst weitgehende Deutung gerechtfertigt und geboten. Die Vorschrift will ersichtlich verhüten, daß durch Bevollmächtigung eines arglosen Dritten die gesetzliche Folge der Mangelhaftigkeit eines Rechtsaktes umgangen werden könnte. Der Zweck würde nicht selten verfehlt werden, wollte man zur Anwendung der Vorschrift fordern, daß immer zur Vollmacht, also auch wenn schon durch diese die Richtung auf einen bestimmten Rechtsakt angedeutet ist, noch bestimmte Weisungen des Machtgebers hinzukommen müßten. Dies würde auch nicht dem Standpunkt entsprechen, den der erkennende Senat **RG.** 68, 374 (namentlich 377) eingenommen hat. Der Tatbestand des Gesetzes muß vielmehr schon als erfüllt gelten, wenn der Bevollmächtigte im Rahmen der Vollmacht zu einem bestimmten Rechtsakte schreitet, zu dessen Vornahme ihn der Machtgeber veranlassen wollte. (Es wird weiter hervorgehoben, daß im gegebenen Falle der Beklagte durch die gemäß § 81 ZPO. erteilte Vollmacht dem Anwalt hinreichend bestimmt den Weg gewiesen habe, auf dem dieser dann tatsächlich durch Erhebung der Klage, Erwirkung des Urteils, Vornahme der Pfändungen gegen den Schuldner vorgegangen sei.)

2. Haftung des Geschäftsherrn für die Vertretungsabschlußgehilfen mit Vertretungsmacht. Riehl, 920. Betätigt sich die Arglist solcher Gehilfen lediglich in den Vorverhandlungen, handelt es sich also nicht um arglistige Willenserklärungen, so haftet der Geschäftsherr geradeso, als wenn die arglistigen Vorspiegelungen von bloßen Geschäftsvermittlern ausgegangen wären; er ist also zu belangen mit der Anfechtungsklage, der Bereicherungsklage und der Deliktsklage auf Schadensersatz wegen Verleitung zum Vertragsschluß, wenn ihre Voraussetzungen gegeben sind. (Insoweit gegen **RG.** 83, 241.) — Wenn der Vertragsabschlußgehilfe, gestützt auf seine Vertretungsmacht, für den Geschäftsherrn arglistig Vertragsverbindlichkeiten eingeht, so ist — die Rechtslage dieselbe als wenn der Geschäftsherr in eigener Person sich der Arglist bei Übernahme von Vertragspflichten schuldig macht. Der Geschäftsherr kann sich auch nicht darauf berufen, daß die Arglist seines Bevollmächtigten außerhalb der Vollmacht liege, daß er keinen Auftrag zum

Betruge erteilt habe; denn es handelt sich bei der Übernahme von Vertragspflichten um rechtsgeschäftliche, durch die Vollmacht gedeckte Willenserklärungen, auf welche der § 166 Anwendung findet. (Insoweit wie **RG.** 83, 241; vgl. 68, 376; 61, 207; 76, 107; 77, 24 und neuerdings **RG.** 3. 7. 15, DJZ. 16, 1165.) Vgl. dagegen wegen des Verschuldens des Vormundes beim Vertragsabschluß Josef, 392: Von den mehrfachen Gründen, die für eine Haftung des Vertretenen sprechen, wenn der Bevollmächtigte eine solche Täuschung begangen hat, trifft keiner zu auf den gesetzlichen Vertreter. Der Vormund kann nicht in Vertretung des Mündels eine unerlaubte Handlung begehen.

3. Keine Haftung für den schlechten Glauben des Boten. Reichel, 249. Der Bote steht außerhalb des Geschäfts. Seine Tätigkeit ist eine bloß mechanische; er ist ein lebender Brief. Daher kann sogar ein vollkommen Geschäftsunfähiger die Stelle des Boten versehen. Es ergibt sich hieraus von selbst, daß der schlechte Glaube des Boten dem gutgläubigen Geschäftsherrn unschädlich bleibt.

§ 167.

1. Stillschweigende Vollmacht. a) **RG.** 21. 1. 16, R. 16, Nr. 900 sieht als Vollmachtserteilung an die Erklärung des Beklagten, er werde H. beauftragen, der Klägerin den Preis zu nennen; H. werde das Geschäft erledigen.

b) Hamburg 6. 7. 15, OLG. 32, 357. Übliche Verwendung nicht unterschriebener Bestellscheine als schriftliche Vollmacht des § 167. Der Kläger hatte es in der Hand, aller Ungewißheit dadurch vorzubeugen, daß er die Bestellscheine unterzeichnete. Unterließ er das, so handelte er auf seine Gefahr, wenn er einen derartigen Geschäftsgang zuließ.

2. Vermuteter Umfang der Vollmacht. Stuttgart 13. 4. 16, R. 16, Nr. 1070, WürttJ. 28, 9. Der Dritte darf, solange keine eine andere Auffassung nahelegenden Verdachtsgründe vorliegen, annehmen, daß die Vollmacht den gewöhnlichen und verkehrsüblichen Umfang habe. Der Gesetzgeber hat dies allerdings ausdrücklich nur im Handelsrecht (für den Handlungsbevollmächtigten, den Schiffer, den Korrespondentreeder) ausgesprochen; aber der Grundgedanke dieser Bestimmungen entspricht dem neueren Recht und Treu und Glauben. Der Dritte ist dem Bevollmächtigten gegenüber nicht zu einem besonderen Mißtrauen verpflichtet und braucht Unredlichkeiten des Bevollmächtigten nicht zu argwöhnen.

3. Umfang der Generalvollmacht. BayObLG. 21. 8. 15, BayObLG. 16, 110. Die Generalvollmacht ermächtigt im Zweifel nicht zur Vertretung des Vollmachtgebers in dessen Rechtskreise als Inhabers der elterlichen Gewalt.

4. Stempelrechtliche Fragen. a) Bayerisches Recht. Schmitt, 53. Zum neuen Stempelgesetz v. 21. 8. 14. Das frühere bayer. Gebührengesetz legte das entscheidende Gewicht auf die Mitwirkung eines Notars. Privatschriftliche Vollmachten, notariell beglaubigte Vollmachten, deren Entwurf nicht von einem Notar herrührte, ferner von Gerichten oder Verwaltungsbehörden beurkundete Vollmachten waren stempelfrei. Anders Art. 1 i. Verb. mit Tarifstelle 43, der schlechthin Vollmachten dem Urkundenstempel unterwirft. Vgl. ferner BayObLG. 21. 6. 15, BayObLG. 16 B 70, sowie zu § 81 ZPO.

b) Über sächsisches Recht vgl. SächsRpflA. 16, 401.

c) Preußisches Recht. α. Stempelpflicht einer Generalvollmacht. Tarifstelle 73. **RG.** 3. 12. 15; 87, 355, DNotV. 16, 652, JW. 16, 1276, R. 16, 52. Eine Vollmacht ist als Generalvollmacht nur dann stempelpflichtig, wenn sie entweder zur Vornahme aller Gattungen von Geschäften — nicht aller Geschäfte — oder doch zur Vornahme gewisser Gattungen von Geschäften ermächtigt und diese Geschäfte rechtlicher Natur sind. Daß die Generalvollmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften mit mehr als einer Person ermächtigen müsse, ist nicht erforderlich (JW. 03, 319). Die Ermächtigung kann sich auf einen bestimmten Teil des Vermögens des Machtgebers beschränken. Vgl. hierzu Heinitz,

JW. 16, 276. Umgekehrt liegt eine Sondervollmacht vor, wenn die Ermächtigung sich auf eine Gattung von Geschäften beschränkt, mag auch der Kreis der Personen, mit denen diese Geschäfte abgeschlossen werden dürfen, unbeschränkt sein.

β) **RG.** 1. 2. 16, GruchotsBeitr. 60, 886. Dienstverhältnis als Grund zur Ermäßigung (Tarifstelle 73 Abs. 2) auch angenommen, wenn der Kreis der Geschäfte, zu deren Vornahme die Vollmacht erteilt wurde, über den Kreis der auf Grund des Dienstverhältnisses zu leistenden Dienste hinausreicht.

§ 168.

1. Generalvollmacht für die Erben. a) **RG.** 28. 6. 16; 88, 345, RJA. 15, 65. Unbedenklich ist, daß die Vollmacht, die für die Erben ausdrücklich und in grundbuchmäßiger Form mitausgestellt ist, für diese Erben wirksam ist und daß demnach das Verlangen des Grundbuchamts nach Beibringung einer neuen, von den Erben ausgestellten Vollmacht unbegründet war. Es entspricht das — der allgemeinen, in Rechtsprechung und Rechtslehre herrschenden Auffassung (OLG. 10, 67; 24, 88; 25, 381, ZBlFG. 6, 773, GruchotsBeitr. 33, 950, KGJ. 32 A 197).

b) BayObLG. 28. 5. 15, BayObLG. 16, 97. Aus der Vollmachtsurkunde selbst muß sich die Fortgeltung der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus ergeben.

2. KG. 23. 12. 14, JDR. 14 Nr. 1 (kein Verzicht auf eine Generalvollmacht), jetzt auch OLG. 32, 359.

§ 172.

1. Oertmann, JheringsJ. 66, 208. Es handelt sich nicht um eine Vollmacht mit relativem Bestand, sondern um eine Scheinvollmacht. Der Dritte wird geschützt, d. h. er wird so behandelt, wie wenn eine Vollmacht vorläge; aber wiederum nur wegen seines guten Glaubens und in dessen Rahmen. Bei wirklichem, wenn auch nur relativem Fortbestande der Vollmacht, könnte es auf den guten Glauben nicht weiter ankommen.

2. **RG.** 5. 10. 16, JW. 16, 1527, R. 16, Nr. 2059. Der Inhalt der Urkunde ist einem Dritten gegenüber voll wirksam nur, sofern ihm die Urkunde (Urschrift) vorgelegt ist; ist dies nicht geschehen, so bleibt das Bestehen der Vertretungsmacht eine offene Frage, und der Dritte, der sich solchenfalls auf das Bestehen der Vertretungsmacht verläßt, handelt auf seine Gefahr.

3. Entsprechende Anwendung auf die Blankounterschrift eines Bürgen. Stuttgart 2. 7. 15, WürttJ. 27, 166. Wenn der Bürge eine Bürgschaftserklärung schreibt und diese dem Hauptschuldner aushändigt, damit er sie dem Gläubiger übergibt, so enthält diese Erklärung die Ermächtigung des Hauptschuldners zum Abschluß des Bürgschaftsvertrags; sie ist zugleich die Erklärung des Bürgen an den Gläubiger, daß der Hauptschuldner zum Abschluß des Bürgschaftsvertrags bevollmächtigt ist. Hierauf ist die Vorschrift des § 172 BGB., wenn nicht unmittelbar, so doch entsprechend anzuwenden. Dies gilt auch bei Abgabe einer Blankounterschrift und zwar ohne Unterschied, ob die Ausfüllung vor oder nach Erlöschen des Auftrags und der Vollmacht erfolgt. Diese Auffassung entspricht den Anforderungen von Treu und Glauben im Verkehr.

§ 177.

1. Teilweise Genehmigung. **RG.** 13. 7. 16, WarnE. 16, 350. Die Genehmigung eines durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrags kann nicht für einzelne Teile erteilt, für andere abgelehnt werden (wie denn auch die Annahme, eines Vertragsantrags unter Erweiterungen, Einschränkungen und Änderungen als dessen Ablehnung gilt, §§ 151, 154).

2. Abschluß für eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person. **RG.** 24. 5. 16, JW. 16, 1016; R. 16, Nr. 1684, 1685. In § 177 ist nichts davon enthalten, daß der andere, in dessen Namen jemand ohne Vertretungsmacht einen Vertrag abschließt,

nur eine unbeschränkt handlungsfähige Person sein könne. — Da der abgeschlossene Vertrag nur durch Genehmigung des gesetzlichen Vertreters und gegebenenfalls durch die hinzukommende Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wirksam wird, so ist auch eine Gefährdung der der vollen Geschäftsfähigkeit ermangelnden Person bei Zulassung der auftraglosen Geschäftsführung ausgeschlossen.

3. Nachträgliche Genehmigung einer gefälschten Wechselunterschrift. München 5. 4. 16, OLG. 32, 361. Nach der Plenarentsch. **RG.** 74, 69 darf der Vertreter die in Vertretung geleistete Unterschrift lediglich dadurch herstellen, daß er den Namen seines Machtgebers oder desjenigen, für den er ohne Vollmacht handeln will, niederschreibt; eines Zusatzes, der die Tatsache der Vertretung dabei ersichtlich macht, bedarf es nicht. Selbstverständlich bedarf es auch keiner Nachahmung der Schriftzüge des Vertretenen; der Vertreter kann mit seiner ihm eigentümlichen Handschrift den Namen des Vertretenen zeichnen. Daß damit besonders im Wechselverkehr die Nachprüfung der Echtheit erheblich erschwert wird, ist nicht zu leugnen; es wird dies aber von den VZS. in den Kauf genommen, um nicht eine noch größere Gefährdung der Rechtssicherheit zuzulassen. — Hält man an der Plenarentscheidung fest, so darf man sich nicht scheuen, auch die Folgerungen zu ziehen, und zwar gerade und erst recht für eine formale Skripturobligation, wie es der Wechsel ist; denn gerade dabei ist es außerordentlich mißlich, auf die subjektiven Unterscheidungen eingehen zu müssen, wie z. B. ob eine ohne Ermächtigung, aber in der sicheren Hoffnung späterer Genehmigung abgegebene Wechselunterschrift durch solche Genehmigung gütig wird. Grundsätzlich verleiht also eine nachträgliche Genehmigung der ursprünglich widerrechtlich abgegebenen Unterschrift Rechtswirksamkeit. (Vgl. einerseits **RG.** 8. 6. 01, SeuffA. 56, 464, andererseits 13. 6. 04, JW. 04, 497 u. ROHG. 21, 165, sowie Mansfeld, LeipzZ. 14, 801, JDR. 13 zu § 126, 3.)

4. Wirkung der Genehmigung. Reichel, 243. Schlechter Glaube des falsus procurator schadet dem Vertretenen, der hinterher seinerseits gutgläubig genehmigt. Der Vertreter kann sich nicht die Vorteile der Vertretung aneignen, ohne zugleich ihre Nachteile in den Kauf zu nehmen.

5. Die sog. Verhandlungsvollmacht. Riehl, 923. Zwischen den Vertragsabschlußgehilfen mit Vertretungsmacht und solchen ohne Vertretungsmacht liegt eine eigenartige Mittelschicht von Vertragsabschlußgehilfen, deren Vertretungsbefugnisse stärker sind als die der bloßen Geschäftsvermittler, aber schwächer als die Vertretungsmacht der Abschlußbevollmächtigten. Sie sind nicht befugt, Rechtsgeschäfte für den Geschäftsherrn zum Abschluß zu bringen, aber ihre Abmachungen mit dem Gegenkontrahenten haben für den Fall, daß der Vertrag zwischen dem Geschäftsherrn und dem Gegenkontrahenten zum Abschluß gelangt, die Kraft, den Vertragsinhalt zugunsten oder zuungunsten des Geschäftsherrn zu beeinflussen, sie können den Vertrag des Geschäftsherrn durch Nebenabreden ergänzen, die für letzteren, wenn er sich zum Abschluß entschließt, verbindlich sind, auch wenn er von ihnen keine Kenntnis erlangt hatte: Verhandlungsergänzungsvollmacht (z. B. des Küfers, der von einem Weinhändler beauftragt ist, die Kunden in den Kellern umherzuführen und Geschäfte anzubahnen, unter der Ermächtigung, den Kaufliebhabern Naturreinheit der Weine zu garantieren). — Die Entscheidung darüber, ob eine Vertragsergänzungsvollmacht erteilt ist oder nicht, darf einzig und allein von der Frage abhängig gemacht werden, ob der Tatbestand des § 167 BGB. erfüllt ist, d. h. ob der Geschäftsherr dem Gegenkontrahenten oder dem Vermittler die Erteilung der Vollmacht durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung mitgeteilt hat. (Abgelehnt wird daher der Begriff der „Verhandlungsvollmacht", der sich im Anschluß an die auf einen stillschweigenden Vertrag und auf Billigkeitserwägungen abgestellte Reichsgerichtsentscheidung 63, 146 entwickelt hat: wer den Geschäftsvermittler beauftragt, die Vertragsverhandlungen selbständig zu leiten und den Vertrag soweit fertigzustellen, daß der Geschäftsherr bloß ja oder nein zu sagen braucht, der gibt „Verhandlungs-

vollmacht" mit der Rechtsfolge, daß der Geschäftsherr alle Abmachungen des Vermittlers gegen sich gelten lassen muß, mag er Kenntnis davon erhalten haben oder nicht, 928.)

§ 178.

RG. 24. 5. 16, JW. 16, 1016, R. 16, Nr. 1684, 1685. Wenn der Vater mit einem noch nicht zum Pfleger seines Kindes bestellten Dritten als Vertreter des Kindes in Kenntnis dieses Mangels der Vertretungsbefugnis einen Vertrag abgeschlossen hat, so ergibt sich der Ausschluß der Widerrechtlichkeit nicht aus § 109, sondern aus § 178 BGB.

§ 181.

I. Zur Auslegung im allgemeinen. 1. Stillschweigende Gestattung. Reichel, 245. Die Gestattung kann auch eine stillschweigende d. h. aus den Umständen zu folgernde sein; solche Folgerung ist allemal da am Platze, wo das Selbstkontrahieren des Vertreters dem Interesse des Vertretenen nicht widersprechen kann oder gar ihm förderlich ist. Vgl. zu II, 4.

2. Keine Anwendung auf Verfügungsgeschäfte. Reichel, 246. Das Verbot des Selbstkontrahierens kann im Zweifel überall da nicht Platz greifen, wo der Verfügende im eigenen Namen handelt, der Erwerber aber durch den Verfügenden selbst vertreten ist. Denn ein Interesse des Erwerbers kann hier regelmäßigerweise nicht gefährdet sein. Niemand hat regelmäßig ein Interesse daran, nicht zu erwerben. (Im gegebenen Falle kann aber das Kausalgeschäft für den Erwerber ein lästiges sein, dann ist das geschlossene Geschäft einschließlich der inbegriffenen Verfügung unwirksam.)

3. Nachfolgende Genehmigung. a) Reichel, 247. Daß die Unwirksamkeit nur eine relative ist, die durch nachfolgende Genehmigung des Vertretenen voll geheilt wird, folgt abgesehen von rechtspolitischen Erwägungen schon aus § 177, denn der Selbstkontrahierende ist insoweit ein falsus procurator wie jeder andere (**RG.** 67, 51; 68, 37). b) Ebenso LG. Regensburg BayNotZ. 53, 78, wo ferner ausgesprochen ist: Ist es zulässig, daß dieselbe Person vom Veräußerer eines Grundstücks zur Erteilung, vom Erwerber zur Entgegennahme der Auflassung ermächtigt wird, so ist es auch nicht zu beanstanden, daß der Erwerber den Veräußerer unmittelbar zur Auflassung ermächtigt.

II. Einzelfälle. 1. Erbteilung. Gerner, ZBlFG. 16, 655. Eine Verteilung des Erbteils unter den Kindern wird nur dann als reine Erfüllung einer Verbindlichkeit im Sinne des § 181 gelten und man wird deshalb nur dann mit einem einzigen Vertreter auskommen können, wenn die Schulden berichtigt und keine Ausgleichungsansprüche unter den Kindern vorhanden sind. (Im Anschluß an Rhode, ZBlFG. 14, 337, JDR. 13, 2a.)

2. Gesellschaft m. b. H. **RG.** 26. 10. 15; 87, 246, BauersZ. 23, 137, Holdheims MSchr. 16, 42, JW. 16, 49. Die Bestimmung des § 167 Abs. 2 BGB. greift in den Fällen des § 15 GmbHG. nicht minder Platz, wie da, wo das BGB. selbst die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts von der Wahrung einer bestimmten Form abhängig macht (§ 125 Satz 1 BGB.). Dagegen würde es dem gesetzgeberischen Zweck, den spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen einer G. m. b. H. tunlichst zu verhindern (JW. 03, 11), geradezu widersprechen und deshalb auf eine unzulässige Umgehung der Formvorschriften hinauslaufen, wenn der Veräußerer eines Geschäftsanteils auf Grund einer von dem Erwerber ihm formlos erteilten Ermächtigung den Veräußerungsvertrag in notarieller (oder gerichtlicher) Form für sich und als Vertreter des Erwerbers abschließen wollte. Vgl. hierzu Hachenburg, JW. 16, 49 einerseits und Katzenstein, JW. 16, 1182 andererseits.

3. Offene Handelsgesellschaft. **RG.** 18. 2. 16, R. 16, Nr. 1071. Kein Vertragsschluß mit sich selbst, wenn der vertretungsberechtigte offene Gesellschafter auf den Grundbesitz der Gesellschaft Geld für seinen persönlichen Bedarf aufnimmt und dabei beiläufig erklärt, er würde das geliehene Geld persönlich zurückzahlen.

4. Kinderhypotheken. a) Bouvier, 86 bekämpft die BayNotZ. 52, 373 vertretene Ansicht, wonach in der Eintragungsbewilligung ein Vertragsangebot liege, an das

der Vater dauernd gebunden sei. Der Vertragsantrag sei eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die nur dem anderen Vertragsteile (dem Kinde) gegenüber abgegeben werden könne. Ein Vertragsantrag, der den Antragenden dauernd binde, sei nach dem BGB. grundsätzlich ausgeschlossen. Das Ergebnis der Unwirksamkeit der Hypothek sei praktisch unbefriedigend, beruhe aber auf der formalistischen Gestaltung des § 181, der nach der herrschenden Auslegung lediglich darauf sehe, ob zwischen Vertreter und Vertretenen Willenserklärungen abzugeben seien, nicht ob zwischen ihnen Rechtsbeziehungen entstehen sollten, noch weniger, ob bei den Rechtsbeziehungen der Vertretene gewinnender oder verlierender Teil oder beides sei. Vorgeschlagen wird folgende Änderung: „Der Vertreter ist im Zweifel von der Vertretung ausgeschlossen, wenn das von ihm oder ihm gegenüber vorzunehmende Rechtsgeschäft ihm einen rechtlichen Vorteil zu Lasten des Vertretenen bringen soll."

b) LG. Schweinfurt 7. 8. 15, BayNotZ. 53, 116. Die Vertretung ist im Falle des § 181 BGB. selbst dann ausgeschlossen, wenn das vorzunehmende Rechtsgeschäft dem Vertretenen nur Rechte und Vorteile bringt. Muß die Annahmeerklärung des Minderjährigen gleich erfolgen (die Verschiebung auf längere Zeit würde die Interessen der Minderjährigen schädigen), so ist die Bestellung eines Pflegers erforderlich; § 1909 Abs. 1 BGB. Vgl. dagegen Hartmann, BayNotZ. 53, 181.

5. Konkursrecht. Über die Frage, ob der Konkursverwalter berechtigt ist, im Wege freiwilliger Veräußerung einen Massegegenstand an sich selbst zu verkaufen, und ob ein solcher Kaufvertrag unheilbar nichtig ist, vgl. Breit, JW. 16, 1081 gegen Jaeger.

Sechster Titel. Einwilligung. Genehmigung.

§ 184.

1. Erbauseinandersetzung. Josef, BayNotZ. 53, 251. Die nachträgliche Zustimmung eines Beteiligten zu der von den im Verhandlungstermin erschienenen Beteiligten vereinbarten Auseinandersetzung (§ 91 FGG.) wirkt infolge des § 184 BGB. auf den Zeitpunkt der im Verhandlungstermin erklärten Auseinandersetzung zurück; infolge der dem nachträglichen Beitritt beigelegten rückwirkenden Kraft wird also die Rechtslage so beurteilt, als ob der Beitretende bereits im Verhandlungstermin seine Erklärungen abgegeben hätte.

2. Klageentgegennahme. Hamburg 18. 9. 16, LeipzZ. 16, 1388. Die nachträgliche Genehmigung der Klageentgegennahme durch einen Nichtbevollmächtigten stellt ihn so, als wäre er von Anfang an Zahlungsbevollmächtigter der Partei gewesen. Der Mangel der Klagezustellung wird geheilt.

§ 185.

1. Anwendung auf Forderungen. Colmar 28. 1. 15, ElsLothJZ. 16, 50. Die Bestimmungen des § 185 BGB. finden auf Verfügungen über Forderungen Anwendung. Wer als Gläubiger die geschuldete Leistung als Erfüllung annimmt, verfügt damit über die Forderung. Hat jemand, ohne in Wirklichkeit Gläubiger zu sein, und ohne Einwilligung auch des wirklichen Gläubigers in dieser Weise über die Forderung verfügt, so wird die Verfügung wirksam, wenn der wirkliche Gläubiger sie genehmigt. Die Genehmigung kann sowohl dem Schuldner als demjenigen gegenüber erklärt werden, an welchen die Leistung bewirkt worden ist (§ 182 Abs. 1 BGB.). Ihre Erklärung bewirkt, daß mit der Leistung die Schuld erloschen ist (§§ 362, 184 Abs. 1 BGB.).

2. Entsprechende Anwendung auf dinglich wirkende Beschränkungen. **RG.** 7. 12. 14, HansGZ. 16, Beibl. 111. Verfügungen, die einer dinglich wirkenden Beschränkung zuwiderlaufen, sind nicht ohne weiteres nichtig, sondern nur so lange unwirksam, als jene Beschränkung besteht, können also z. B. bei Erreichung der als Beschränkung festgesetzten Altersgrenze durch den Erben von selbst wirksam werden (unter entsprechender Anwendung des § 185 Abs. 2 BGB.).

3. KG. 26. 9. 14, JDR. 14, 1 c (über die Anwendung des § 185 Abs. 1 auf das formelle Grundbuchrecht), jetzt auch ZBlFG. 16, 526.

Vierter Abschnitt. Fristen. Termine.

§ 186.

Kitzinger, Zur Bekanntmachung über die Vorverlegung der Stunden während der Zeit vom 1. 5. bis 30. 9. 16. BayRpflZ. 16, 175. Für den bürgerlichen Rechtsverkehr wird man im allgemeinen sagen können, daß die Zeitverschiebung in den beiden Nächten nur in den Fällen Beachtung finden wird, in welchen die Zeit nach Stunden zu bemessen oder die Zeitverschiebung auf Grund besonderer Vereinbarung zu berücksichtigen ist, während sie im übrigen ohne Einfluß sein wird.

§§ 189 ff.

1. Konietzko, Berechnung der Halbmonatsfrist nach Art. 2 u. 3 des Ges. zur Einschränkung der Verfügung über Miet- und Pachtzinsforderungen v. 8. 6. 15, JW. 16, 567 erörtert, wie der letzte halbe Monat des Kalendervierteljahres zu berechnen, wenn der in Frage kommende Monat (März oder Dezember) 31 Tage zählt und das maßgebende Ereignis auf den 16. des betreffenden Monats fällt. Es wird verneint, daß der 16. bereits zum letzten halben Monat gehört und sich somit die Verfügung über die Miet- und Pachtzinsen auch noch auf das folgende Kalendervierteljahr erstreckt. Nach § 189 Abs. 1 BGB. muß die Frist eines halben Monats immer 15 Tage sein, nicht mehr und nicht weniger. § 192 regelt die Bestimmung eines Termins für den Fall, daß im Gesetz oder Rechtsgeschäft der Ausdruck „Mitte des Monats" gewählt ist. Durch diese Bestimmung wird die Vorschrift des § 189, daß ein halber Monat 15 Tage beträgt, wenn es sich um die Berechnung einer Frist handelt, in keiner Weise geändert oder eingeschränkt. § 191 regelt nur den Sonderfall, wenn ein Zeitraum nach Monaten in dem Sinne bestimmt ist, daß er nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht.

2. Dagegen Marx, JW. 16, 956. Die Auslegungsvorschriften des BGB. bezwecken gerade, eine Auslegung zu verhüten, die mit der allgemeinen Verkehrsanschauung in Widerspruch steht. — Der § 189 muß bei der Lösung der Frage ausscheiden, weil er über den Anfangstermin des 2. halben Monats keine Bestimmung trifft und es nicht angängig erscheint, den letzten Tag des Monats als Ausgangspunkt für die Berechnung des halben Monats zu nehmen und diesen alsdann von rückwärts nach vorwärts zu berechnen. — Im Einklang mit der Verkehrsanschauung bestimmt der § 192, daß ganz unterschiedslos unter der Mitte des Monats stets der Fünfzehnte zu verstehen ist. Allerdings will der § 192 nur einen Termin und nicht den Lauf einer Frist bestimmen. Allein der Tag des Beginnes einer Frist ist ja ein Termin, und die Bestimmungen der §§ 189 u. 192 wollen sich doch wohl ergänzen und nicht etwa widersprechen. (Also beginnt nach Konietzko, vgl. auch Breuer, JW. 16, 322, der letzte halbe Monat im März und Dezember erst mit dem 17., nach Marx mit dem 16.) Vgl. auch JDR. 14 zu §§ 187, 189 u. S. 427.

§ 193.

1. Die Vorschrift nur Auslegungsregel. Darmstadt 7. 4. 16, HessRspr. 17, 40. Die Vorschrift des § 193 gibt, wie aus § 186 BGB. erhellt, nur eine Auslegungsregel und versagt daher bei rechtsgeschäftlichen Fristbestimmungen in den Fällen, in denen nach Zweck und Inhalt des Geschäfts die Willenserklärung oder Leistung spätestens gerade an einem Sonn- oder Feiertag gewollt ist, und die Außerachtlassung der Rücksichtnahme auf Sonn- oder Feiertag kann nach dem Parteiwillen auch da geboten sein, wo es sich um eine alsbaldige Erklärung auf einen Vertragsantrag handelt (im gegebenen Falle war unter den Parteien telegraphisch über Kartoffeln für Speiselieferungen verhandelt worden).

2. Zur Frage, ob Fronleichnam im Gebiete des ehemaligen Herzogtums Nassau als gesetzlicher Feiertag anzusehen ist, vgl. Quentel, PrVerwBl. 37, 721.

3. BayObLG. 18. 5. 15, JDR. 14, Nr. 2, jetzt auch BayObLG. 16, 93.

Fünfter Abschnitt. Verjährung.

Schrifttum: Freymuth, Die Verjährung der Ansprüche des Bauunternehmers und des Architekten, BayRpflZ. 16, 164. — Friedrichs, Verjährungs- und Ausschlußfristen im privaten und öffentlichen Recht (über die entsprechende Anwendung der §§ 194—225 auf die Verjährung des öffentlichen Rechts), PrVerwBl. 38, 125 und ABürgR. 42, 70. — Lazar, Die Vorbereitung zu einer Leistung, Diss. 1916 (102ff. Unterbrechung der Verjährung durch die Vorbereitung zur Leistung). — v. Miltner, Krieg und Verjährung, LeipzZ. 16, 213. (Über Kriegsrecht ferner Die Verjährung während des Krieges, GesuR. 17, 662; vgl. ferner bei § 211 BGB.) — Ruth, Der Einfluß der Feststellungsklage auf die Verjährung der Ansprüche, ABürgR. 42, 252.

Vor §§ 194ff.

1. Stuttgart 8. 10. 13, OLG. 32, 207. Für die gesetzlichen Ausschlußfristen des BGB. wirken grundsätzlich weder Hemmung noch Unterbrechung.

2. Entsprechende Anwendung auf das öffentliche Recht. a) Schultzenstein, JW. 16, 1382. Die Verjährung ist ein allgemeiner Begriff, der weder in seinem Wesen noch hinsichtlich des Beginnes des Laufes der Verjährung anders für das bürgerliche Recht, anders für das Verwaltungsrecht, und noch weniger anders allein für den § 15 des preuß. Fluchtliniengesetzes v. 2. 7. 75 sein kann. Für den letzteren gelten im Gegenteil die §§ 87 u. 88 KomAbgG. v. 14. 7. 13 mit, die ganz auf dem Boden dessen stehen, was für das bürgerliche Recht teils ausdrücklich vorgeschrieben oder sonst anerkannt ist. Ausdrücklich wird namentlich der Beginn der dreijährigen Verjährungszeit wie im bürgerlichen Rechte auf die Entstehung der Forderung abgestellt, d. i. bei einer persönlichen Forderung auf die Entstehung durch Vorhandensein nicht nur eines bestimmten Berechtigten, sondern auch eines bestimmten Verpflichteten.

b) Insbesondere die Anwendung der §§ 194ff. auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts. Friedrichs, ABürgR. 42, 70. — Über den Unterschied zwischen der Verjährung nach dem BGB. und dem Gesetz v. 18. 6. 40 vgl. 75; daselbst ferner über den Unterschied zwischen § 201 BGB. und Art. 8 AGBGB. — 76. Die Verjährung gehört nicht zu den „privatrechtlichen Verhältnissen" im Sinne der §§ 7, 127 LVG., auf die die Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren nicht einwirken soll. Freilich ist der Rechtsweg gerade für die Verjährung in einigen Gesetzen besonders vorbehalten worden, Ges. v. 24. 5. 61 § 9, RG. v. 20. 6. 99 § 4 I. Wo dieses aber nicht der Fall ist, muß die Partei die Verjährungseinrede im Verwaltungsstreitverfahren vorschützen, wenn sie derselben nicht verlustig gehen will (OVG. 17, 217, PrVerwBl. 15, 154). — 77. Andere Verjährungsfristen, als die der Steuergesetze, bestehen neben dem BGB. nicht. Insbesondere sind die Verjährungsvorschriften des allgem. Landrechts durch § 89 PrAGBGB. vorbehaltlos aufgehoben. Es verjähren daher alle, von den Steuergesetzen nicht betroffenen Ansprüche, auch die des öff. Rechts, z. B. aus § 75 Einl. zum ALR., nur nach BGB. (**RG.** 78, 202).

3. Kriegsrecht. v. Miltner, 213. Die Bundesratsverordnungen v. 22. 12. 14, 4. 11. 15 u. 9. 12. 15 ändern an der Verjährung anderer Ansprüche, als derjenigen, welche in ihnen bezeichnet sind, nichts. Insbesondere greift auch der da und dort mißverstandene Satz des § 2 der V. v. 4. 11. 15 über den Rahmen der §§ 196, 197 BGB. nicht hinaus. Dagegen wirkt der § 8 Abs. 1 auf dem ganzen Gebiet der Anspruchsverjährung, aber nur zugunsten der Kriegsteilnehmer und ihrer Gegner und nur für die Dauer des Kriegszustandes oder der nach § 2 KTSchG. maßgebenden Vorschriften. Vgl. auch zu § 211.

§ 195.

1. **RG.** 5. 5. 16, JW. 16, 963. Der § 32a RAO. ist die Regelvorschrift, die für das Bestehen kürzerer Verjährungsvorschriften ebensogut Raum läßt, wie es die Regelvorschrift im § 195 BGB. tut.

2. Über die Verjährung eines Zinsanspruchs, der sachlich Schadensanspruch ist, BayObLG. 22./5.—5. 6. 16, R. 16, Nr. 1463.

§ 196.

1. Nr. 1. a) **Begriff des Kaufmanns im Sinne der Nr. 1.** **RG.** 19. 9. 16, JW. 16, 1475, R. 16, Nr. 1851. Insoweit der gutgläubige Vertragsgenosse nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte infolge des Auftretens des Scheinkaufmanns zu der Annahme berechtigt erscheint, daß des letzteren ausdrücklicher oder stillschweigender Willenserklärung eine bestimmte Bedeutung, ein bestimmter Inhalt zukommt, erfordert es die Sicherheit des Verkehrs, daß die Erklärung gleich wie die eines Kaufmanns zu beurteilen ist. **Soweit es sich jedoch nicht um den Schutz des redlichen Verkehrs in diesem Sinne handelt, insbesondere insoweit die Anwendbarkeit der verschiedenen die Verjährung betreffenden Vorschriften in Frage kommt, fehlt es an jedem Rechtsgrund dafür, den im Handelsregister nicht eingetragenen Nichtkaufmann lediglich deshalb den für Kaufleute gegebenen Verjährungsvorschriften zu unterwerfen, weil er als Kaufmann aufgetreten ist.**

b) **Kann sich der ausgeschiedene Gesellschafter einer o. H. auf die zweijährige Verjährungsfrist berufen, soweit die Lieferungen erst nach seinem Ausscheiden erfolgt sind?** H. Lehmann, GoldschmidtsZ. 79, 102 verneint die Frage unter Hinweis auf **RG.** 78, 279, wo entschieden ist, daß bei mehreren Gesamtschuldnern die vierjährige Verjährung nur bezüglich des Schuldners, der die Lieferung für seinen Gewerbebetrieb empfangen hat, gegeben ist. Bezüglich des Schuldners, der die Lieferung nicht empfangen hat, bleibt es bei der kürzeren zweijährigen Frist des § 196 Abs. 1 Z. 1 BGB. Die vom RG. getroffene Unterscheidung kann nur zugunsten eines Gesamtschuldners gemacht werden, der in der Geltendmachung der zweijährigen Frist völlig unabhängig ist. Aus § 159 Abs. 1 HGB. ergibt sich aber klar, daß sich ein Gesellschafter — auch der Ausgeschiedene — auf eine kürzere Verjährung nur berufen darf, sofern auch die Gesellschaft das vermöchte. Dieser gegenüber kommt lediglich die vierjährige Frist in Frage.

c) **Einfluß des Vergleichs auf die Verjährung.** **RG.** 21. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 658, LeipzZ. 16, 687, R. 16, Nr. 401. (Parteien hatten sich dahin verglichen, daß der Unternehmer eines Werks weitere Arbeiten auszuführen habe und nach ihrer Fertigstellung einen bestimmten Betrag gezahlt erhalten sollte.) RG. läßt dahingestellt sein, ob durch den Vergleich Umschaffungswirkung eintritt. Nach § 194 BGB. ist es der Anspruch, der verjährt. Jeder Anspruch setzt einen Rechtsgrund voraus. Durch den vorliegenden Vergleich ist für die Klageforderung ein neuer Rechtsgrund gegeben, der, wenn er den in dem ursprünglichen Vertrag enthaltenen nicht überhaupt verdrängt, doch jedenfalls selbständig neben ihn tritt und auch die selbständige Beurteilung der Verjährungsfrage zur Folge hat. Ob in dem Vergleich ein Werkvertrag zu finden ist, kann auf sich beruhen. Jedenfalls bildet er einen neuen rechtlich selbständigen Vertrag — auf den wie auf den ursprünglichen Vertrag die Voraussetzungen des § 196 Abs. 1 Nr. 1 u. Abs. 2 zutreffen, und es unterliegt daher auch die aus dem Vergleich hergeleitete Forderung der vierjährigen Verjährung.

d) **Verjährung des Anspruchs auf Bezahlung der bei der Warenlieferung verwendeten Säcke.** Darmstadt 16. 6. 16, HessRspr. 17, 116. (Es waren allein infolge des Kaufvertrags die Säcke leihweise überlassen und für den Fall der Nichtrückgabe mitverkauft worden.) Es steht ein Nebenanspruch aus dem Kaufgeschäft in Frage, der in gleicher Weise wie der Hauptanspruch verjährt. (Ferner für unerheblich erachtet, daß der Beklagte den wiederholten Aufforderungen zur Rückgabe der Säcke nie widersprochen, da hieraus kein Anerkenntnis des Beklagten herzuleiten wäre.)

2. Nr. 1 u. 7. **Freymuth**, 164. a) Die Fragestellung: Unterliegt der Verjährungsanspruch aus dem Bauübernahmevertrag der kurzen Verjährung des § 196?, ist schief. Bei richtiger Fragestellung ergibt sich als erste Frage die: Unterliegt der Bauübernahmevertrag des **Kaufmanns und Handwerkers** der kurzen Verjährung des § 196 Nr. 1? (Bejaht vom **RG.** 3. 11. 08; 70, 28 und 7. 1. 12, JW. 13, 129; ferner vom **RG.** 11. 4. 07; 66, 4, JW.

07, 325 u. 17. 2. 08, JW. 08, 235.) b) Wird durch die Größe der geltend gemachten Forderung die Anwendung der kurzen Verjährung ausgeschlossen? (Verneint vom RG. sowohl für Nr. 1 wie Nr. 7 des § 196.) c) Unterliegt der Vergütungsanspruch des nicht unter die Nr. 1 des § 196 fallenden Bauunternehmers der kurzen Verjährung der Nr. 7? (Verneint vom **RG.** 14. 11. 12, JW. 13, 196.) d) Unterliegt der Vergütungsanspruch des bauleitenden Architekten — der nicht einen Bauübernahmevertrag schließt — der kurzen Verjährung des § 196? Leistet er regelmäßig Dienste, übernimmt er also regelmäßig außer der Herstellung des Bauplans auch die Bauleitung, so gehört er, wie **RG.** 1. 12. 14; 86, 75, JW. 15, 239 zutreffend annimmt, unter die in Nr. 7 genannten Personenklassen. Gehört er dazu, so unterliegen die Ansprüche aus jeglicher in seinen Gewerbebetrieb fallenden Tätigkeit der kurzen Verjährung der Nr. 7 auch dann, wenn der geschlossene Vertrag im einzelnen Falle Werkvertrag ist. Es würde dann also die dreißigjährige Verjährung nur bei solchen Architekten in Frage kommen, die entweder nur künstlerisch tätig sind, oder die zwar gewerbsmäßig tätig sind, aber regelmäßig nur Werkverträge schließen. — Der Privatarchitekt, auch wenn er durchaus künstlerisch gebildet ist, wird wohl fast ausnahmslos nicht lediglich Pläne aufstellen, sondern auch Bauleitungen führen; diese Tätigkeit ist ein Gewerbebetrieb und von dem Erwerb aus seiner gesamten Tätigkeit hat er seinen Lebensunterhalt. Die Ansprüche aus allen von ihm geschlossenen Verträgen, sofern sie nur in seinen Gewerbebetrieb fallen, unterliegen der kurzen Verjährung der Nr. 7, auch wenn es sich um Werkverträge handelt. Der in einer Beamtenstellung befindliche Architekt — Stadtbaurat, Professor an der Hochschule usw., wird regelmäßig, falls er überhaupt außeramtlich tätig sein darf, sich auf die Herstellung von Plänen beschränken, ohne die Bauleitung zu übernehmen. — Die Ansprüche aus den von ihm geschlossenen Verträgen werden also regelmäßig der dreißigjährigen Verjährung unterliegen, — dies selbst dann, wenn er gelegentlich einen Dienstvertrag schließt. Sollte der Fall vorkommen, daß ein Privatarchitekt sich lediglich oder wenigstens ganz überwiegend damit beschäftigt, nur Pläne aufzustellen, also nur Werkverträge abzuschließen, so würden auch die Ansprüche dieses Privatarchitekten der dreißigjährigen Verjährung unterliegen — auch dann, wenn er gelegentlich einen Dienstvertrag abschließt.

§ 197.

Der Anspruch des Gesellschafters auf den Gewinnanteil unterliegt der gewöhnlichen Verjährung. **RG.** 19. 1. 16; 88, 42, BauersZ. 23, 207, JW. 16, 576, LeipzZ. 16, 381, R. 16, Nr. 402. Der Anspruch ist unter den im § 197 bezeichneten Gattungen von Rückständen nicht genannt. Er fällt auch nicht in den Sammelnamen der „Rückstände von allen anderen regelmäßig wiederkehrenden Leistungen". Das Gesetz verlangt zwar nicht die Wiederkehr zu demselben Betrage, wohl aber eine regelmäßige zeitliche Wiederkehr der Leistung. Dies trifft auf den Gewinnanteil des Gesellschafters nicht zu. — Aus § 101 BGB., der unter den Zivilfrüchten auch Gewinnanteile aufführt, folgt nicht, daß diese unter den einem anderen Rechtsgebiete angehörigen § 197 fallen, der sie nicht namhaft macht, und dessen Ausnahmevorschrift eine ausdehnende Anwendung nicht zuläßt. (Unter Darlegung des gleichen Ergebnisses für bad. LR.)

§ 198.

1. Beginn der Verjährung des Anspruchs eines Bauunternehmers auf Entgelt für gelieferte Bauzeichnungen. Kiel 15. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 124. Maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem es sich herausstellte und ihm gegenüber hervortrat, daß die Bauausführung überhaupt wegfiel oder ihm selbst nicht übertragen werden würde.

2. Verjährung der Schadensansprüche gegen den Aufsichtsrat wegen pflichtwidriger Handlungen (pflichtwidriger Kreditgewährung). **RG.** 9. 11. 15; 87, 306, LeipzZ. 16, 403, SeuffA. 71, 107. Der Anspruch ist entstanden nicht schon durch die infolge des Austritts aus dem Aufsichtsrat eingetretene Beendigung des pflichtwidrigen Verhaltens des bekl. Mitglieds. Es mußte das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs,

mithin der Eintritt eines Schadens, hinzukommen. (Es wurde angenommen, daß der Schaden schon durch die pflichtwidrige Kreditgewährung an gewisse Genossen verursacht war, nicht erst zu der Zeit, als die Kreditnehmer ihre fällige Zahlungsverpflichtung gegen die Genossenschaft nicht erfüllten.)

3. Bayerisches Recht. BayObLG. 3. 5. 15, BayObLG. 16 B 46. a) Die aus den Rechtsverhältnissen des öffentlichen Rechts entstandenen Ansprüche des Staates beginnen erst zu verjähren, wenn Grund und Höhe des Anspruchs tatsächlich feststehen. Art. 124 bayer. AGBGB. b) Die bei Beendigung der Vormundschaft fällige Staatsgebühr beginnt erst zu verjähren, wenn nach der vom Vormunde zu legenden Rechenschaft oder nach dem von ihm zu erstattenden Schlußbericht der für die Berechnung der Gebühr maßgebende Stand des reinen Vermögens endgültig feststeht.

§ 202.

1. Verjährung der Anwaltsgebühren. Braunschweig 9. 7. 15, JDR. 14 zu § 198 Nr. 2, jetzt auch JW. 16, 63. Auerbach a. a. O. bekämpft die Entscheidung und schließt sich Friedländer und Merzbacher an, wonach die Verjährung bis zur Mitteilung der Kostenrechnung gehemmt sei: aus § 86 RAGO. ergebe sich, daß die Geltendmachung des Anspruchs unmöglich sei, wenn nicht die Form des § 85 erfüllt, die Kostenrechnung übersandt sei.

2. RG. 22. 6. 16, JW. 16, 1188, R. 16, Nr. 1464—1466. Die Vereinbarung, daß der Rechtsstreit bis zur Erledigung eines anderen Prozesses ruhen solle, fällt unter § 202 nur dann, wenn sie nicht nur prozeßrechtlicher Natur ist, sondern damit zugleich eine Stundung der Schuld des Beklagten verbunden sein oder diesem ein Recht gegeben werden soll, während des Ruhenlassens des Prozesses die Leistung zu verweigern. (Arglist wurde verneint, insbesondere die Absicht des Beklagten, durch die Vereinbarung die Klägerin von einer Unterbrechungshandlung abzuhalten. Vgl. auch zu § 222 BGB.)

§ 203.

RG. 12. 4. 15; 87, 52, SeuffA. 71, 217. Hemmung der Verjährung bei verzögerter Entscheidung über ein Armenrechtsgesuch. Vgl. auch Hamburg 10. 3. 16, OLG. 32, 364, wo Verzögerung des Armenrechts und Verhinderung im Sinne des § 203 Abs. 2 BGB. verneint wurden, weil die Zeit, die bis zur Beschlußfassung über das Gesuch verstrich, im gegebenen Falle keine größere war, als im Geschäftsgange eines großen Gerichtsbetriebes von vornherein zu erwarten war, und der Kläger den Eintritt der Verjährung lediglich dem Umstand zuzuschreiben hatte, daß er das Gesuch erst so verspätet eingereicht hatte; ferner RG. 14. 10. 16, JW. 16, 1583.

§ 204.

Riezler, JheringJ. 66, 462. Die Hemmung der Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten gemäß § 204 tritt auch in der bigamischen, aber noch nicht vernichteten Ehe ein. Denn die Berufung auf den Ablauf der Verjährungszeit ohne Rücksicht auf die Hemmung wäre ein Geltendmachen der Nichtigkeit der Ehe und ein solches ist vorerst nach § 1329 unzulässig.

§ 208.

Die Vorbereitungen zur Leistung haben keine Unterbrechung der Verjährung nach § 208 zur Folge. Lazar, 102. Eine Erklärung, die Schuld als bestehend anzusehen, ist wohl in der Erfüllung selbst, nicht aber allgemein in den Vorbereitungen zur Erfüllung zu erblicken, besonders nicht in den Vorbereitungen, die infolge ihrer allgemeinen Natur den Zweck, gerade einer bestimmten Schuld zu dienen, nicht erkennbar zur Schau tragen (z. B. Ankauf von Säcken durch eine Getreidefirma). Gewiß gibt es aber auch Vorbereitungshandlungen, aus denen sich der Zweck der Leistung ersehen läßt, z. B. der Frachtvertrag der Getreidefirma mit einem Spediteur,

die Weizenlieferung an den Wohnsitz des Gläubigers der verjährten Forderung zu transportieren. Hier finden wir zwar eine Erklärung des Leistungswillens, und doch ist der Tatbestand des § 208 nicht erfüllt, da die ein Anerkenntnis betätigende Willenserklärung nicht dem Berechtigten gegenüber abgegeben ist.

§ 209.

1. Der Einfluß der Feststellungsklage auf die Verjährung der Ansprüche. Ruth, 252 untersucht die Richtigkeit des (vom RG. ohne nähere Begründung — z. B. 61, 169 — gelassenen) Satzes, daß durch die sogenannte prinzipale Feststellungsklage die Verjährung der gesamten Schadensersatzansprüche unterbrochen werde. Für die Frage nach dem Einfluß einer solchen Feststellungsklage auf die Verjährung der einzelnen Schadensersatzforderungen ist lediglich entscheidend, ob die allgemeine Feststellungsklage als die Einzelansprüche mitumfassend gedacht werden könne. Hierfür sind die Unterschiede zwischen Rechtshängigkeit und Rechtskraft, die nur das Anwendungsgebiet der daraus herzuleitenden prozessualen Einwendungen betreffen, gleichgültig. — Ob ein Anspruch rechtshängig und nach seiner Durchsetzung rechtskräftig wird, bestimmt sich durch die Klageerhebung. Läßt die Klageschrift deutlich erkennen, daß in dem Antrage auf Feststellung der prinzipalen Schadensersatzpflicht auch die Einzelansprüche einbegriffen sind, so ist diese Gesamtfeststellungsklage verjährungsunterbrechend, der Entscheidung darüber verjährungsverlängernde Wirkung zuzusprechen.

2. Unterbrechung durch einen nicht ordnungsmäßig zugestellten Zahlungsbefehl. **RG.** 5. 11. 15; 87; 271, DJZ. 16, 439, JW. 16, 199, LeipzZ. 16, 151. Die Zustellung des Zahlungsbefehls ist eine Prozeßhandlung; die Frage, ob sie rechtsgültig erfolgt ist, ist ausschließlich nach dem Prozeßrecht zu beurteilen. Eine Scheidung in der Weise, daß eine Zustellung prozessual wirksam sei, der materiellrechtlichen Wirksamkeit aber entbehre, ist ausgeschlossen. (Betraf eine nach § 184 ZPO. unwirksame Zustellung, die aber gemäß § 295 ZPO. nicht gerügt war. — Über älteres Recht vgl. **RG.** 14, 341; 45, 427; anders schon 86, 246.)

3. Unterbrechung durch hilfsweise Klageerhebung. **RG.** 3. 12. 15, LeipzZ. 16, 692. (Geklagt war in erster Linie auf Zahlung, in zweiter Linie auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten, den durch Hagelschlag erlittenen Schaden in der durch Sachverständige zu ermittelnden Höhe zu ersetzen. Erlassen war ein Zwischenurteil, das nur den mit dem Hauptantrage erhobenen Leistungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärte.) Der Feststellungsanspruch war nicht zurückgenommen, also z. Z. des Erlasses des Zwischenurteils noch anhängig. Dieses Urteil konnte mit der Revision angefochten und dann nicht der Haupt-, sondern der Hilfsantrag für begründet erachtet werden. Daraus folgt, daß, wenn auch eine dem Hauptantrage stattgebende Entscheidung den Hilfsantrag miterledigt, die Rechtshängigkeit des Feststellungsantrags doch frühestens erst mit der Rechtskraft des Zwischenurteils beendet war. Bis dahin war die Verjährung des die gesamte Entschädigungspflicht der Bekl. umfassenden Feststellungsanspruchs durch die wenn auch nur eventuelle Klageerhebung unterbrochen.

§ 211.

1. Rechtliche Natur der „Fortdauer der Unterbrechung". Frankl, GoldschmidtsZ. 78, 343 billigt die Ansicht Hölders (Kommentar S. 439, 432), daß das, was das Gesetz als Fortdauer der Unterbrechung bezeichne, nichts anderes als Hemmung sei. Wenn man unter Unterbrechung jene Einwirkung auf die Verjährung verstehe, bei welcher die bisher verstrichene Frist verloren gehe, so sei klar, daß diese Wirkung in einem Augenblick vollendet sei und für die Fortdauer der Unterbrechung kein Raum bleibe.

2. **RG.** 22. 6. 16, JW. 16, 1188, LeipzZ. 16, 1226. Mit der Vereinbarung, es solle der Prozeß (bis zur Erledigung eines anderen) ruhen, beginnt eine neue Verjährung. Der § 211 Abs. 2 wäre gegenstandslos, wenn jene Vereinbarung zugleich die Verjährung nach § 202 hemmen würde. Ein solcher Inhalt (Stundung der Schuld oder

sonstige Berechtigung zur Lieferungsverweigerung) muß besonders dargetan werden. — Vgl. auch zu § 222.

Dagegen Fuchs, JW. 16, 1450: Die Vereinbarung bewirkt eine Hemmung der Verjährung. Es handelt sich nicht um eine allgemeine Vereinbarung des Ruhens, wie sie § 211 Abs. 2 BGB. im Auge hat. Ebenso zu beurteilen ist die Vereinbarung des Ruhens „bis nach dem Krieg". Eine entsprechende Anwendung des § 148 ZPO. ist jedenfalls auf solche Vereinbarungen geboten, die auf einen anderen anhängigen Prozeß abheben; denn sie erübrigen lediglich einen Aussetzungsbeschluß.

3. **RG.** 26. 9. 16, LeipzZ. 16, 1552, R. 16, Nr. 2062. Falls der Kläger in Konkurs gerät, endet die Unterbrechung der Verjährung erst, wenn die durch die Konkurseröffnung eingetretene Unterbrechung des Verfahrens aufgehört hat und nun der Prozeß nicht weiter betrieben wird.

4. Teilweise Verjährung eines Schadensersatzanspruchs. **RG.** 6. 3. 16, JW. 16, 736, R. 16, Nr. 1723, WarnE. 16, 152. (Ursprünglich war unbestimmt auf Zahlung des ganzen Schadens vorbehaltlich näherer Berechnung geklagt. Die Klage wurde abgewiesen. Im Laufe des zweiten Rechtszuges wurden unter Änderung des Antrags 5000 M. gefordert; der Prozeß ruhte vier Jahre lang.) Ebenso wie die Unterbrechung der Verjährung durch Klage nur insoweit eintritt, als der Anspruch geltend gemacht wird, wegen des überschießenden Betrages die Verjährung weiter läuft, so ist das gleiche anzunehmen, wenn nach der Erhebung der Klage auf das Ganze ein Stillstand des Prozesses nur wegen eines Teiles des Anspruchs eintritt. Es ist nicht zu bezweifeln, daß wenn, wie hier, statt des unbegrenzten ein bestimmt bezifferter Anspruch erhoben wird, damit die gegenwärtige Geltendmachung des Überschusses durch Klage aufgegeben wird, und ebenso wie bei einem solchen Antrage ein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs Rechtskraft nur bis zur Höhe des beanspruchten Betrages schaffen würde, so ist überhaupt das Verfahren nur noch mit diesem Teil des Anspruchs befaßt.

5. Kriegsrecht. a) Über die Gefahren der Gesetzesbestimmung bei Unterbrechung und Aussetzung wegen Kriegsteilnehmerschaft vgl. Süsser u. Wendriner, JW. 16, 654, 1108, 1466. Dagegen Gehrlein, JW. 16, 955 u. 1331. Siehe Kriegsbuch 3, 14.

b) Über die vermeintliche Gefährdung der Angehörigen immobiler Truppenteile durch Verjährung Rothbarth, DJZ. 16, 335; gegen ihn Gärtner a. a. O. 723.

§ 212.

Über die entsprechende Anwendung des § 212 auf die Ausschlußfrist des § 41 KO. vgl. Jäger, JW. 16, 1335 zu **RG.** 6. 6. 16. § 212 bedeutet einen, den Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung tragenden allgemeinen Rechtssatz, nicht eine nur für Verjährungen im gesetzestechnischen Sinne maßgebende Ausnahme.

§ 222.

Unter welchen Voraussetzungen ist gegen die Verjährungseinrede die Replik der Arglist gegeben? 1. **RG.** (III) 9. 11. 15; 87, 281, JW. 16, 184, LeipzZ. 16, 37. (Die Rückgabe des Mietsgrundstücks durch die Militärverwaltung war nach Ablauf der Mietzeit am 1. April 1912 erfolgt. Die Vermieterin erhob wegen Nichterfüllung der Ausbesserungspflicht Ersatzansprüche, reichte am 24. 4. 12 auf Veranlassung der Beamten, die mit ihr verhandelten, bei der Garnisonverwaltung ein Entschädigungsgesuch, verbunden mit einer Schadensberechnung ein, erhielt aber erst im September 1913 (und zwar ablehnenden) Bescheid.) RG. hält die Einrede der allgemeinen Arglist für begründet. Klägerin war zu der Annahme berechtigt, daß die Militärverwaltung ihre Entschließung lediglich von den Ergebnissen der sachlichen Prüfung des Gesuchs abhängig machen, auf die drohende Verjährung der Ansprüche sich aber nicht stützen wolle. Es reicht zur Begründung dieser Einrede aus, daß eine Partei im Rechtsstreit eine Haltung einnimmt, die mit einem von ihr früher betätigten Verhalten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar ist (**RG.** 71, 432; 76, 354;

78, 347). — Es wird darauf hingewiesen, daß RG. II die 64, 220 geäußerte Ansicht, wonach Voraussetzung der Replik die arglistige Verhinderung der Unterbrechung durch den Schuldner sei, bereits 78, 130 aufgegeben habe. — Vgl. hierzu Plum, JW. 16, 184.

2. Ebenso RG. 7. 4. 16, LeipzZ. 16, 935, wo auch (unter Hinweis auf 86, 367) ausgeführt ist, daß die gegenteilige Ansicht nicht auf § 200 BGB. gestützt werden könne.

3. Anscheinend strenger. RG. (VI) 22. 6. 16, JW. 16, 1188, LeipzZ. 16, 1226. Würde schon die Prozeßvereinbarung, daß der Prozeß ruhen solle, gegen den sich auf die Verjährung berufenden Gegner die Einrede der Arglist begründen, so würde § 211 Abs. 2 gegenstandslos sein. Die Einrede der Arglist muß den Tatbestand des § 826 erfüllen, so z. B. wenn der Beklagte bei jener Vereinbarung von der Absicht geleitet wurde, dadurch den Kläger von einer Unterbrechungshandlung abzuhalten, oder wenn er in der Zwischenzeit während des Ruhens eine Handlung in dieser Absicht vorgenommen hätte (73, 394; 57, 372; 64, 223).

Sechster Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

§ 226.

1. Anspruch auf Beseitigung eines Überbaues. RG. 15. 1. 16, R. 16, Nr. 625, WarnE. 16, 88. (Anspruch auf Beseitigung des Überbaues um 11 bis 14 cm mit Bodenverlust von insgesamt 1,20 qm nach der Lage des Falls nicht als Schikane angesehen.) Daß der Kläger tatsächlich die Klage aus übler Gesinnung gegen den Beklagten erhoben haben mag, läßt die Ausbeutung seines Rechts nicht als unzulässig erscheinen.

2. Gebrauchsmusterschutz. Frankfurt 4. 11. 12, FrankfRdsch. 49, 131. Beim Gebrauchsmuster gibt es keinen Ausführungszwang und die Klägerin ist nicht verpflichtet, zur Erhaltung ihres Rechts, ihr Gebrauchsmuster herzustellen; sie kann sich ein Muster eintragen lassen nur zu dem Zwecke, einen anderen an dessen Ausführung zu hindern; darin liegt nicht notwendig eine Schikane im Sinne des § 226 BGB. Denn unstreitig stellt die Klägerin andere Federn her, und ihr Interesse kann sehr wohl dahin gehen, diesen auch dadurch den Absatz zu sichern, daß sie mögliche Neuerungen, die vielleicht auch von der Konkurrenz erdacht und ausgeführt werden, nur um dies zu vermeiden, sich selbst schützen läßt.

3. Beispiele aus dem Jagdrecht gibt *Dickel, Forstzivilrecht, 267.

4. Urheberrecht. Werneburg, HessRspr. 17, 188. Da gemäß § 10 LitG. die Zwangsvollstreckung in das Recht des Urhebers oder sein Werk nicht zulässig ist, so kann an sich die Einwilligung des der Veröffentlichung widersprechenden Miturhebers nicht von dem anderen im Wege der Klage erzwungen werden. Jedoch kann bei Verweigerung ohne triftigen Grund seitens des widersprechenden Miturhebers die Bestimmung des § 226 gegebenenfalls eingreifen.

5. Öffentliches Recht. Friedrichs, ABürgR. 42, 57. Der § 226 kann auf den Verkehr zwischen öffentlichen Kassen und den Bürgern nicht angewandt werden, denn die öffentlichen Beamten sind verpflichtet, die Rechte der Kassen genau nach der Dienstanweisung auszuüben. Es liegt immer der Zweck vor, die Kasse in Ordnung zu halten. Auch wird der Kasse nie ein Schaden zugefügt, wenn sie ersucht wird, ihre Verpflichtungen pünktlich zu erfüllen.

§ 227.

1. Begriff der Notwehr. Mihurko, Verursachung, Begünstigung, Rechtswidrigkeit als Voraussetzungen der Schadenshaftung, GrünhutsZ. 42, 344. Gegen einen Erfolg ist eine Notwehr weder notwendig noch zulässig, es sei denn, daß er die Gefahr eines weiteren Angriffs besorgen läßt. Selbst wenn sich nachträglich aus dem Erfolge — zeigen sollte, daß die objektiv gefährliche Handlung nicht zu dem befürchteten rechtswidrigen Erfolge führen konnte, so lag dennoch die Voraussetzung für wahre Notwehr — nicht bloß für Putativnotwehr — vor, wenn der Angriff vom Standpunkte objektiver Prognose gefährlich

erschien. So ergibt sich aus dem Begriff der Notwehr, wie auch aus dem Wortlaut des § 227 „Angriff", daß hier widerrechtlich im Sinne von objektiv widerrechtlichem Verhalten (objektiv unzulässiger Gefährdung) zu verstehen ist.

2. Voraussetzungen der vermeintlichen Notwehr. **RG.** 21. 2. 16; 88, 118. Daß die vermeintliche Notwehr, d. i. der tatsächliche Irrtum über das Vorhandensein der Notwehrlage, den in ihr Handelnden vom Verschulden entlasten kann, ist nicht rechtsirrtümlich. — Der irrige Glaube des Handelnden, er befinde sich in Notwehr, darf aber selbst nicht auf einem Verschulden beruhen. Wie bei der Überschreitung der an sich wirklich gegebenen Notwehr kommt es auch bei der nur in tatsächlichem Irrtum von der Person des Handelnden angenommenen auf die Entschuldbarkeit des Irrtums an (JW. 11, 578; 14, 587).

3. Anwendung auf das öffentliche Recht. Friedrichs, ABürgR. 42, 57. Die §§ 227—231 nehmen die Merkmale ihrer Anwendbarkeit aus der Person des Schuldners, nicht aus der Person des Gläubigers und der Art der Forderung. Es ist eigentlich nur gesagt, was der Schuldner sich gefallen lassen muß, wenn gewisse Voraussetzungen bei ihm oder seinen Sachen zutreffen. Aus diesem Grunde ist anzunehmen, daß die §§ 227—231 auch zugunsten öffentlicher Rechte angewendet werden können. Vgl. ferner 59 Anm. 39.

4. *Dickel, Forstzivilr. 285 über Notwehr und Recht der Forst- und Jagdbeamten zum Waffengebrauch. Das letztere ist vom Standpunkt des Verwaltungszwangs zu verstehen. Dickel erörtert die im Anschluß an das preuß. Waffengebrauchsges. von 1837 neuerdings entstandenen Streitfragen (berechtigte Personen, Waffengebrauch gegen fliehenden Wilderer, Uniform, Fehler der Minist.-Instruktion).

§ 228.

1. Anwendung im Strafrecht. **RG.** 19. 10. 15, BayRpflZ. 16, 33. Die Bestimmung gibt unter gewissen Voraussetzungen das Recht, eine bestimmte Sache zu beschädigen oder zu zerstören. Sie kann daher für das Strafrecht nur insoweit in Betracht kommen, als die Verletzung einer Vorschrift in Frage steht, die den Eingriff in einen fremden Privatrechtsbereich unter Strafe stellt. (Im gegebenen Falle bezweckten die Vorschriften, deren Verletzung unter Anklage gestellt war, den Schutz der Allgemeinheit; sie waren polizeilicher Natur.)

2. Über den Unterschied zwischen Selbstschutz gegen fremde Sachen und dem Notstand nach § 904 BGB. vgl. **RG.** 29. 4. 16 zu § 904 BGB.

3. *Dickel, Forstzivilr., 283, 301; Über das Verhältnis des § 228 zu Landesjagdrecht (Notstand gegenüber dem Wilde), 305 (Notstand des Jagdberechtigten gegenüber den fremden Hunden und Katzen; eingehende Behandlung der entstandenen Fragen unter Vergleichung der verschiedenen deutschen Landesgesetze).

§§ 229—231.

Zulässigkeit der Zurückhaltung einer Tiersendung bis zur Bezahlung einer von ihrem Begleiter geschuldeten Strafe? München 29. 12. 15, SeuffA. 71, 197. (Die Eisenbahn hatte wegen einer angeblichen Fahrgeldhinterziehung den Begleiter einer Viehsendung in eine Strafe von 6 M. genommen und mehrere Stunden, bis zur Zahlung, die Ausladung verweigert. Der Kläger behauptete, während der Zurückhaltung des Wagens sei eine Kuh tödlich beschädigt worden. Der Erstattungsanspruch wurde zurückgewiesen.) Nach allgemeinen Vorschriften kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Bahn an sich berechtigt ist, mit allen zivilrechtlichen Mitteln die Sicherung und Beitreibung dieser Strafe herbeizuführen, insbesondere also durch sicherungsweise Wegnahme von Eigentum des Zuwiderhandelnden (§§ 229ff. BGB.). Selbst wenn aber die Bahn bei der Entscheidung der Frage des Frachtführerpfandrechts sich dieses Pfandrecht selbst mit Unrecht zugesprochen hätte, könnte daraus noch kein grobes Verschulden bei der Erfüllung des Frachtvertrags abgeleitet werden; denn die Frage ist, soviel ersichtlich, in Rechtsprechung und Rechtslehre überhaupt noch nicht erörtert. — Auf § 231 BGB.

kann sich der Kläger nicht berufen, und es wäre eine derartige Berufung auch nicht durchschlagend; denn der Fiskus hat im ungünstigsten Falle die Zurückbehaltung nicht in vermeintlicher Ausübung eines wirklich nicht bestehenden Selbsthilferechts vorgenommen, sondern in der gutgläubigen Annahme eines dinglichen Pfandrechts; letztere Annahme aber fällt nicht unter die unbedingte Schadensersatzpflicht nach § 231 BGB., sondern ist nach dem gewöhnlichen Vertragsrecht aus § 276 BGB. zu beurteilen.

Siebenter Abschnitt. Sicherheitsleistung.

§ 232.

Hinsberg, Bargeldloser Verkehr, LeipzZ. 16, 1538 erklärt es für dringend wünschenswert, die Gerichtskassen, insbesondere die Hinterlegungsstellen dem allgemeinen Überweisungsverkehr sowohl der Reichsbank, wie der Post anzuschließen.

§ 234.

1. Rausnitz, DJZ. 16, 229 macht darauf aufmerksam, daß nach Schließung des öffentlichen Börsenverkehrs die Feststellung eines Börsen- oder Marktpreises nicht durchführbar sei. Daher komme im Kriege allein die zweite Art der Hinterlegung von Wertpapieren nach § 108 Abs. 1 ZPO. vor (Wertpapiere, die nach richterlichem Ermessen eine genügende Deckung gewähren).

2. May, JW. 16, 372 wiederholt seine Anregung DJZ. 15, 1912 (JDR. 14) betr. Umwandlung hinterlegter Prozeßsicherheiten in Kriegsanleihe. Wenn der Staat ohne Antrag des Hinterlegers das Geld zur Anschaffung von Kriegsanleihe verwende, müsse er bereit sein, jederzeit das bare Geld zur Verfügung zu haben. Werde aber der Antrag gestellt, so hätte der Berechtigte kein bares Geld sondern Kriegsanleihe zurückzuempfangen.

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung.

Schrifttum: Friedrichs, Wieweit sind die Vorschriften des BGB. auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar? ABürgR. 42, 28ff. — Lazar, Die Vorbereitung zu einer Leistung. Königsberg 1916 (Diss.).

§ 241.

Schrifttum: Buch, Schuld und Haftung im geltenden Recht. München 1914.

1. *Lazar behandelt den Begriff und die Bedeutung der Vorbereitung zu einer Leistung. I. Festlegung des Ausdruckes Vorbereitung und Inhalt der Vorbereitungstätigkeit. II. Bedeutung der Vorbereitung. 1. Vor Vollbewirkung der Leistung a) für den Gläubiger. Sein Anspruch auf dieselbe und seine Rechte bei Verschulden des Schuldners während der Vorbereitungstätigkeit. b) Bedeutung der Vorbereitung vor Vollbewirkung der Leistung für den Schuldner bei Berechnung der Leistung und der Fristen. 2. Die Bedeutung der Vorbereitung nach Bewirkung der Leistung. 3. Die Bedeutung der Vorbereitung bei Fortfall der Leistung, insbesondere die Frage ihrer Vergütung nach gültigem Vertragsschluß bei formellem aber ungültigem Vertragsschluß und bei Vorbereitungen ohne Vertrag auf die Leistung. III. Die Vorbereitung bei der Verjährung, der Vertragsstrafe und anderen speziellen Rechtsgebieten. Die Vorbereitung entbehrt nach Lazar im allgemeinen einer direkten Bedeutung. Sonderfälle regelt das Gesetz ausdrücklich. Dagegen ist sie vielfach von indirekter Bedeutung. Eine Verpflichtung zur Vorbereitung ist aus § 241 nicht erkennbar. — Die Vorbereitungen zur Leistung sind für den Gläubiger vor Bewirkung der Leistung bedeutungslos, da ihm bei einer Verletzung der dem Schuldner während ihrer Verrichtung obliegenden Pflichten keine Sonderrechte gegen den Schuldner zustehen, er vielmehr nur imstande ist, bei einem ungünstigen Einfluß der Vorbereitung

auf den Leistungsausfall die Rechte wegen mangelhafter Leistung vorzeitig auszuüben, im allgemeinen aber niemals vor Beginn der Leistungsfälligkeit, da sich dies nicht mit den Bestimmungen über die Leistungszeit vertragen würde. Wo aber die Rechte durch besondere gesetzliche Bestimmungen bereits vor der Fälligkeit gegeben sind, ist es auch nicht direkt wegen der mangelhaften Vorbereitung, sondern indirekt wegen des infolge derselben zu erwartenden negativen Leistungsausfalls (24—39).

2. Buch. Nach Mitteilung des Schrifttums über Schuld und Haftung (1—7) und Darlegung der geschichtlichen Grundzüge (7—14) werden die Begriffe von Schuld und Haftung festgestellt. Schuld ist eine durch gewisse Tatbestände gegebene Beziehung zwischen mindestens zwei Personen, die inhaltlich sagt, daß die eine der anderen etwas zu leisten hat (Leistensollen bzw. Bekommensollen), Haftung ist das rechtliche Unterworfensein unter den Zweck der Gläubigerbefriedigung (Einstehenmüssen) bzw. für den Gläubiger die Zugriffsmacht zum Zwecke der Befriedigung. Die Schuld erschöpft sich in der Angabe, was der Gläubiger von seinem Schuldner zu bekommen hat. Begrifflich ist sie nicht immer Schuldpflicht; dem Begriffe der Schuld ist Haftung nicht wesentlich. Doch ist sie die Grundlage der Haftung. Diese erscheint sogleich in ihrem Gefolge, aber Wirkung äußert die vorhandene Haftung erst, wenn die Schuld nicht eingehalten wird. Die Haftung entsteht mit der Schuld und durch die Schuld; aber ihre Folge und ihre Verwirklichung sind von der Verletzung des Schuldinhalts abhängig. Im Schuldverhältnis sind Schuld und Haftung umschlossen; die Einstehenspflicht ist dem Schuldverhältnis im Sinne des § 241 wesentlich. Ausgangspunkt ist die Schuld mit ihrem Sollinhalt. Aus dem ihr vom Gesetz beigegebenen Leistungsbefehl (einem Teil der Haftung) treten neben sie allgemeine oder spezialisierte Diligenzpflichten, genauer Anordnungen, wonach der Schuldner für gewisse die Leistung beeinträchtigende Umstände aufzukommen hat. Treten solche Umstände ein, so äußert sich die im Schuldverhältnis liegende Haftung auf dem Gebiet des materiellen Rechts, indem sie zur weiteren Schärfung der Schuldnerverantwortlichkeit oder zur Schuldsteigerung oder zur Schuldumwandlung führt. Neben dieser Haftung im materiellen Sinne entspringt den privatrechtlichen Leistungsbefehlen auch die Haftung im formellen Sinn; kraft ihres Vorhandenseins ist der Gläubiger in der Lage, bei Nichtleistung zwangsweise Befriedigung zu suchen (15—29). Schuld und Haftung fallen gewöhnlich zusammen; dem Leistensollen ist regelmäßig Haftung beigegeben, die das Schuldnervermögen von vornherein bis zu einem gewissen Grade verstrickt. Dies trifft auch bei einer Mehrheit von Schuldnern zu. Im weiteren werden die einzelnen Fälle, bei denen eine Mehrheit von Personen in Betracht kommt, behandelt und erörtert, wie es bei ihnen mit Schuld und Haftung steht, nämlich die Fälle der §§ 420ff. BGB. (30), des Gesellschaftsrechts (31, 32), des ehelichen Güterrechts (32—35), des Vermögensnießbrauchs (35), der möglichen Haftung für fremde Schuld (36), der Bürgschaft (37—40), des Garantieversprechens (40), Fälle, in denen die Übertragung von Rechten mit einer Garantiefunktion verbunden ist (41), Fälle des Wechselrechts (41, 42), des § 432 HGB. (43), des § 571 BGB. (44), des Erbschaftskaufs (45), der Vermögensübernahme (46), der Geschäftsübernahme (46), der Schuldübernahme (47, 48). Die Haftung kann beschränkt sein. Von den Fällen der beschränkten Haftung sind aber zu unterscheiden die, in denen die Schuld nach oben begrenzt ist, z. B. die der §§ 430, 457, 461ff., 161, 171 HGB., der Verpflichtung des Mitglieds einer GmbH. zur Leistung eines begrenzten Nachschusses, des Genossen einer e. G. zur Zahlung der Haftsumme, des Aktionärs zur Zahlung des Aktienbetrags. Hier darf eine Verurteilung des Schuldners nur innerhalb der gezogenen Grenzen erfolgen; die über den Höchstbetrag hinausgehende Leistung kann der Schuldner regelmäßig als gezahlte Nichtschuld kondizieren. Regelmäßig haftet der Schuldner für den Schuldinhalt persönlich und unbeschränkt (49). Persönliche Haftung und unbeschränkte Haftung sind nicht identisch; persönliche Haftung liegt vor, wenn eine persönliche Schuld des Schuldners die Haftung vermittelt, oder wenn das Gesetz sie ausdrücklich vorschreibt; sie kann sehr wohl gegenständlich beschränkt sein (50). Zur Schuld mit persönlicher und unbeschränkter Haftung kann hinzutreten eine vertragliche oder gesetz-

liche Sonderhaftung (z. B. Pfand, Hypothek, eingebrachtes Mietergut) (50, 51). Wo der Schuldner ausnahmsweise persönlich, aber nur mit einem bestimmten Vermögenskomplex haftet — z. B. in den Fällen der §§ 419, 2383, 1975 ff. BGB., § 486 HGB. —, ist nicht die Schuld beschränkt, der Umfang des Leistungsinhalts ist nicht berührt, nur die Zugriffsmacht des Gläubigers ist gegenständlich beschränkt. Hier wird der Schuldner wegen des ganzen Schuldbetrags verurteilt, aber es wird ihm im Urteil die Befugnis gegeben, die Vollstreckung nicht über das haftende Sondervermögen hinausgreifen zu lassen (51, 52). Erschöpfung des haftenden Vermögenskomplexes bedeutet nur teilweisen Fortfall der Haftung; die Schuld bleibt bestehen, Pfand und Bürgen haften weiter (53). Es gibt auch Fälle, in denen eine persönliche Schuld und eine persönliche Haftung überhaupt nicht vorhanden sind, und allein die Haftung eines Sondervermögens vorliegt, z. B. §§ 679, 700 ff., 751 HGB. (54). Reine Sachhaftung ist gegeben, wenn der Gläubiger wegen eines Bekommensollens keinen persönlichen Schuldner, sondern lediglich das Recht hat, sich mit den Mitteln der Vollstreckung aus einer für sein Bekommensollen eingesetzten Sache zu befriedigen, z. B. bei Grundschuld, Rentenschuld, Eigentümerhypothek, gutgläubigem Erwerb einer nicht mehr bestehenden Hypothek. In derartigen Fällen geht die Klage gegen den Eigentümer des haftenden Gegenstands, wobei für ihn kein unmittelbares Leistungssoll, sondern nur das Zugriffsrecht des Gläubigers in irgendeiner Form festgestellt wird (54—56). Schuld und Haftung stützen sich notwendig, können aber auch auseinanderfallen. Es gibt Fälle von Haftung ohne jede Schuld. Hierher gehört die reine Sachhaftung, dagegen nicht z. B. die durch privaten Sicherungsvertrag gegebene Leistungspflicht, die für einen Minderjährigen durch rechtsgeschäftliche Handlungen des gesetzlichen Vertreters gegebene Haftung, der Fall des § 179 BGB. (56, 57). Auch Schulden mit begrenzter Haftung und mit unvollkommener Haftung sind möglich, doch ist eine im Ergebnis über den Schuldbetrag hinausgehende Haftung nicht zu finden (57, 58). Haftung ohne eigene Schuld kommt häufiger vor, z. B. bei dem Bürgen, Erwerber eines fremden Vermögens, der Verpfändung einer Sache für fremde Schuld, der Haftung des Nießbrauchers oder Pächters eines Handelsgeschäfts auf Grund § 25 HGB., der Haftung des Anfechtungsgegners auf Grund AnfGes., im Falle des § 1443 Abs. 2 BGB. (59, 60). Auch Schulden ohne Haftung gibt es, z. B. die Naturalobligationen mit dem familienrechtlichen Seitenstücke des Verlöbnisses; dagegen gehören nicht hierher z. B. Ansprüche der Ehefrau aus § 1394, Ansprüche aus §§ 1000, 1001, 2022, auch nicht die verjährte, die im Zwangsvergleich nicht mitfestgestellte Schuld, die Fälle, in denen Vermögensmangel gesetzlich zur Grundlage eines Verweigerungsrechts wird, §§ 519, 1603, 1620 (60—65). Der Unterschied von Schuld und Haftung ist von allgemein begrifflicher Natur, er ist in jedem Schuldrecht vorhanden, tritt uns auch im heutigen Recht häufig entgegen und ist als Erkenntnismittel auch für das heutige Recht fruchtbringend verwertbar (65, 66). In einem „Nachtrage" wird dann noch auf Schreibers Werk „Schuld und Haftung" — JDR. 14, 4 § 241 — eingegangen und zu einzelnen Ausführungen desselben Stellung genommen (67—77).

§ 242.

1. **RG.** 30. 5. 16, GruchotsBeitr. 60, 992, R. 16, Nr. 1853, WarnE. 16, 386. Der Verpflichtung des Schuldners aus § 242 entspricht das Recht des Gläubigers, der dem Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit nicht in einer Art und Weise zumuten darf, die den Grundsätzen von Treu und Glauben, den guten Sitten oder dem Anstandsgefühl eines redlichen Geschäftsmanns widerspricht. Hat sich der Käufer vertraglich verpflichtet, die Ware nach den von dem Verkäufer zu gebenden Weisungen und zur Inrechnungstellung des ihm von dem Verkäufer aufzugebenden Preises zu versenden, dann ist er berechtigt, das Verlangen des Verkäufers, die Ware an einen Dritten unter Berechnung eines bestimmten Preises zu liefern, zu verweigern, wenn dieser ihm aufgegebene Preis so übermäßig ist, daß ihm seine Inrechnungstellung billigerweise und ohne Schädigung seines geschäftlichen Ansehens nicht zugemutet werden kann.

2. **RG.** 4. 4. 16, DJZ. 16, 629, JW. 16, 902. Ist vereinbart, daß der Preis der verkauften und gelieferten Ware gemäß den amtlichen Kursen einer Terminbörse festgestellt werden soll, und ist dies nicht möglich, weil nach Ausbruch des Krieges eine amtliche Feststellung der Terminpreise aufgehört hat, dann muß der Vertrag gemäß § 242 in der Weise ausgeführt werden, daß der Preis auf einem gleichwertigen Wege festgesetzt wird, d. h. auf einem Wege, der möglichst dasselbe Ergebnis liefert, zu dem die vereinbarte Methode, wäre sie gangbar, geführt hätte. Als solcher Weg ist die Ermittlung des gemeinen Verkaufswerts zu wählen; denn es ist anzunehmen, daß der Geldpreis der Terminbörse, wenn er bestanden hätte, diesem entsprochen haben würde.

3. **RG.** 12. 7. 16, R. 16, 501, WarnE. 16, 342. Vgl. oben § 157 B 4 a) β.

4. Hamburg 25. 9. 14, OLG. 33, 197. Daß mit dem Gegenstande seiner Vertragsleistung der Vertragsgegner in einer bestimmten Weise nicht verfahre, kann der Vertragschließende auf Grund des § 242 nicht verlangen.

5. **RG.** 29. 2. 16, LeipzZ. 16, 1292. Vertragsklauseln, wie die, daß das Kapital mit den Zinsen sofort ohne Inverzugsetzung einziehbar sein soll bei Verzug mit der Zahlung der Zinsen von mehr als zwei Wochen, dürfen nicht dazu gemißbraucht werden, einen Schwebezustand herbeizuführen, den der Gläubiger, wenn es ihm beliebt, zum Schaden des Schuldners ausnutzen kann.

6. Hamburg 14. 7. 16, LeipzZ. 16, 1328. Der Vertragschließende, der von einer vereinbarten Kriegsklausel Gebrauch machen will, muß dies sofort tun, nachdem er einen Überblick darüber gewonnen hat, wie der Krieg seine geschäftlichen Verhältnisse beeinflussen werde. Verspätetes Geltendmachen der Kriegsklausel verstößt wider Treu und Glauben im Geschäftsverkehre. → Zu vgl. auch II 2a bis c zu § 433. ←

7. Lazar, Die Pflicht des Schuldners, die Leistung auf dem Prinzip des § 242 aufzubauen, umfaßt die Verpflichtung zur sorgfältigen Vorbereitung mit. Ein Klaganspruch oder sonstiger Einfluß des Gläubigers auf die Vorbereitungshandlungen allein ist nicht gegeben, weil dieser nur an dem Erfolge der Gesamtleistung unmittelbar interessiert ist.

8. Friedrichs 32. § 242 ist auf Schuldverhältnisse, die auf Grund einer Vorschrift des öffentlichen Rechts entstanden sind, nicht anwendbar; diese sind im Sinne der Normen des öffentlichen Rechts zu erfüllen.

§ 243.

1. Friedrichs 32. § 243 ist bei Schuldverhältnissen des öffentlichen Rechts da anwendbar, wo durch die Militärleistungsgesetze eine Gattungsschuld auf Lieferung einer Ware begründet ist, nicht dagegen, wo es sich um Überlassung der „im Gemeindebezirk vorhandenen" Transportmittel usw. handelt.

2. Dresden 13. 7. 15 — JDR. 14, 2 zu § 243 —, betr. Anwendbarkeit des § 243 Abs. 2 beim Angebot mangelhafter Ware, abgedruckt auch: SeuffA. 71, 226.

3. **RG.** 19. 9. 16, LeipzZ. 16, 1471, R. 16, Nr. 2064. Darf der Verkäufer zum Zwecke der Vertragserfüllung den Bruchteil einer größeren Menge anbieten, indem er die verkaufte Menge nicht gesondert, sondern als Bruchteil einer größeren Menge verschifft, und tritt der Käufer dann in eine Gemeinschaft mit den übrigen beteiligten Empfängern, dann genügt der Verkäufer seiner Verbindlichkeit nicht durch Verschaffung des Eigentums an der im Vertrage bestimmten Menge, sondern durch Verschaffung des Miteigentums zu entsprechendem Bruchteil an einer größeren Menge. Diese größere Menge ist dann die Spezies, auf die sich das Schuldverhältnis beschränkt, sobald der Verkäufer das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan hat.

4. Oertmann, Noch einmal die Einwirkung von Höchstpreisen auf laufende Verträge, JW. 16, 247. Mit der Absendung des geschuldeten Geldes an den Gläubiger tritt — selbst bei Zusendung im Geldbrief — eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die abgesandten Stücke noch nicht ein. Der Schuldner hat das Recht, die Auszahlung durch gegenteilige Anweisung an den Zahlungsvermittler hintanzuhalten.

§ 244.

Friedrichs 32. § 244 ist auf öffentliche Leistungen anzuwenden.

§ 245.

Friedrichs 32. § 245 ist auf öffentliche Leistungen anzuwenden.

§ 246.

Friedrichs 33. Auf den Inhalt der Zinspflicht ist bei einer auf dem öffentlichen Recht beruhenden Schuld § 246 anwendbar.

§ 247.

Friedrichs 33. § 247 verträgt keine Anwendung außerhalb des Vertragsrechts.

§ 248.

Friedrichs 33. § 248 ist auf Verhältnisse des öffentlichen Rechts nicht anzuwenden.

§ 249.

Schrifttum: Mihurko, Verursachung, Begünstigung, Rechtswidrigkeit als Voraussetzung der Schadenshaftung. GrünhutsZ. 42, 307.

I. Schaden.

Dresden 19. 10. 15, SeuffA. 71, 192. In einfachen bäuerlichen Verhältnissen gehen regelmäßig die Beteiligten davon aus, daß eine Frau — Stiefmutter des Gutsbesitzers — ihren Unterhalt durch die für das Gut geleistete Arbeit erwirbt, nicht aber, daß sie lediglich aus Familienrücksichten verpflegt wird, ohne daß eine Gegenleistung durch wirtschaftliche Dienste von ihr erwartet wird, mindestens dann, wenn sie solche zu leisten imstande ist. Wird hier durch eine Verletzung des Körpers ihre Erwerbsfähigkeit aufgehoben oder gemindert, kann sie nicht mehr ihre Arbeitskraft in der früheren Weise für den eigenen Erwerb verwerten, dann ist sie geschädigt. Dies gilt auch dann, wenn ihr unverbindlich der Unterhalt aus Freigebigkeit weiter gewährt wird, wie sich aus dem Vergleiche mit § 843 Abs. 4 ergibt.

II. Nachweis des Schadens.

1. **RG.** 2. (9.) 12. 15, R. 16, Nr. 202. Wer Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung begehrt, hat zu beweisen, daß der Gegner seiner Vertragspflicht zuwidergehandelt und ihm dadurch Schaden zugefügt hat. Sache des Gegners ist es dann, nachzuweisen, daß er und die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient hat, an der Vertragsverletzung außer Schuld seien (**RG.** 25, 114; 58, 413; 66, 15).

2. **RG.** 12. 7. 15, LeipzZ. 16, 56. Hat der Verletzte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den ursächlichen Zusammenhang zwischen seinem Unfalle und der Glätte des Fußbodens dargetan, dann hat er seiner Beweispflicht genügt. Ein jede andere Möglichkeit ausschließender Beweis darf in dieser Hinsicht nicht gefordert werden.

3. **RG.** 24. 3. 16, WarnE. 16, 159. Steht fest, daß dem infolge eines Unfalls auf einer Treppe Verletzten bei seiner Beschäftigung, bei der er diese benutzte, jahrelang kein Unfall zugestoßen ist, und daß der Zustand der Treppe vor dem Unfall ordnungswidrig und gefahrdrohend war, dann ergibt sich der Schluß auf die Ursächlichkeit dieses Zustands für den Unfall ohne weiteres, und es bedurfte der Feststellung besonderer, von dem für die Treppe Verantwortlichen nachzuweisender Umstände, um eine andere Ursache als möglich und wahrscheinlich erscheinen zu lassen.

4. **RG.** 1. 5. 15 — JDR. 14, II 2 zu § 249 — betr. Bedeutung des Prima-Facie-Beweises, abgedruckt auch: SeuffA. 71, 410.

III. Ursächlicher Zusammenhang.

1. a) Mihurko, GrünhutsZ. 42, 307ff. Im Sprachgebrauch des Lebens bedeutet „Ursache" das gleiche wie „Bedingung", also ein Geschehen, ohne welches der Erfolg aus-

geblieben wäre. Bei dieser Auffassung der Ursache ergibt sich aber eine viel zu weit gehende Haftung in allen jenen Fällen, in denen die Verursachung die einzige Voraussetzung der Haftung bildet, in denen ein Verschulden zur Haftung nicht gefordert wird. Das Bestreben, die Haftung in diesen Fällen in einer der offenbaren Absicht des Gesetzgebers entsprechenden vernünftigen Weise einzuschränken, führte dazu, nach einem engeren juristischen Ursachenbegriffe zu suchen. So hat in neuester Zeit die Lehre von der adäquaten Verursachung als der Ursache im Rechtssinne führende Bedeutung erlangt. Nach ihr ist ein menschliches Verhalten dann Ursache im Rechtssinne, wenn es den Erfolg nicht nur *bedingt*, sondern vom Standpunkte nachträglicher Prognose auch *generell begünstigt* hat. Dem hierbei zu bildenden Möglichkeitsurteile ist das zur Zeit der Beurteilung vorhandene menschliche Erfahrungswissen (nomologische Wissen) zugrunde zu legen. Bezüglich des ontologischen Wissens (Kennens der konkreten Umstände) können nur jene Einzelumstände des Falls berücksichtigt werden, welche dem *Täter oder einem Durchschnittsmenschen* zur Zeit der Handlung bekannt oder erkennbar waren. Von dem *Verschulden* unterscheidet sich die Adäquanz (Begünstigung) einerseits wegen des verschiedenen Maßstabs hinsichtlich des nomologischen Wissens, andererseits und hauptsächlich durch das Fehlen jeder *normativen Färbung*, indem für die Begünstigung jede nicht ganz unerhebliche Gefährdung genügt, während das Verschulden *unzulässige* Gefährdung voraussetzt. Jede Haftung für einen Erfolg, die sich auf Verschulden gründet, setzt immer sowohl eine subjektive wie eine objektive unzulässige Gefährdung voraus; letztere ist aus dem Verschuldensbegriffe auszuscheiden und neben das Verschulden, die subjektive Rechtswidrigkeit, zu stellen. Es lassen sich drei Arten von Rechtswidrigkeit unterscheiden, die subjektive (das Verschulden), die objektive Rechtswidrigkeit des Verhaltens (objektiv unzulässige Gefährdung) und die objektive Rechtswidrigkeit des Erfolgs. Die Verschuldenshaftung hat alle drei Arten der Rechtswidrigkeit zur Voraussetzung, die Mehrzahl der Erfolgshaftungsfälle setzt aber nur einen objektiv rechtswidrigen Erfolg voraus. Ob sich ein Verhalten als rechtswidrig darstellt, hängt nicht allein vom Grade der Gefährdung, sondern auch vom Zwecke des Verhaltens, sowie vom Werte des gefährdeten Rechtsguts ab; unter Umständen kann sich die Abhängigkeit der objektiven Rechtswidrigkeit eines Verhaltens von einem rein subjektiven Momente ergeben. Aus der Gegenüberstellung der Begünstigung einerseits und der subjektiven und objektiven Rechtswidrigkeit andererseits folgt, daß die Begünstigung gegenüber diesen beiden zusammengefaßten Voraussetzungen der Verschuldenshaftung immer den *weiteren* Begriff bildet, daß also dort, wo ein subjektiv und objektiv rechtswidriges Verhalten vorliegt, die Begünstigung einer besonderen Feststellung nicht mehr bedarf. Daher beschränkt sich die Bedeutung der Begünstigung in den Fällen der Verschuldenshaftung auf die (zweite) Ursachenkette von der Verletzung des fremden Rechtsguts bis zu den schließlichen Schadensfolgen. Diese Beschränkung ihrer Bedeutung gilt sinngemäß auch für die Fälle der Erfolgshaftung. Die Bedeutung der Begünstigung besteht also lediglich darin, dort, wo nicht ohnedies strengere Haftungsvoraussetzungen bestehen, also innerhalb der zweiten Ursachenkette, die Haftung entsprechend einzuschränken. Legt schon dieses begrenzte Anwendungsgebiet die Annahme nahe, daß es nicht richtig sein könne, die Begünstigung mit dem universalen Begriffe der Verursachung zur adäquaten Verursachung als der Verursachung im Rechtssinne zusammenzuketten, so nötigen noch weitere Erwägungen dazu, jede Bedingung als Ursache, die Begünstigung aber als weiteres, selbständiges Erfordernis der Haftung anzuerkennen.

b) **RG.** 20. 1. 16, R. 16, Nr. 934. Der Zusammenhang im Rechtssinne besteht jedesmal zwischen einer Handlung und einem Erfolg, wenn sie den Erfolg unmittelbar herbeigeführt hat und im allgemeinen geeignet ist, ihn zu bewirken. Dabei ist gleichgültig, daß der Verlauf des Ereignisses ungewöhnlich ist und der Erfolg nur selten eintritt, oder daß er im Einzelfall durch das Hinzutreten eines anderen Umstandes begünstigt wird. Wird innerhalb der Gefahrzone eines Sprengschusses ein Mensch verletzt, so steht der adäquate Zusammenhang mit der Sprengung außer jedem Zweifel.

c) RG. 7. 6. 15 — JDR. 14, III 9 zu § 249 —, betr. neue selbständige Verursachung durch ein anderes Ereignis, abgedruckt auch: SeuffA. 71, 152.

d) Stuttgart 18. 4. 16, R. 16, Nr. 910. Ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Schaden und einem Ereignisse liegt nicht vor, wenn der Schaden nur unter Mitwirkung eines zweiten Ereignisses eingetreten ist, das mit dem ersten in keinem Zusammenhange steht, so daß vom Standpunkt eines alle dem Menschen zu Gebote stehenden Erfahrungen und Kenntnisse beherrschenden Beurteilers zur Zeit der die Verantwortung begründenden Handlung eine derart schadenstiftende Verkettung von Umständen ebenso unwahrscheinlich erscheinen müßte, wenn jede Handlung unterblieb, als wenn sie erfolgte.

e) BayObLG. 22. 1. 15, betr. ursächlichen Zusammenhang im Falle eines bestimmten Tuns und im Falle eines Unterlassens — JDR. 14, III 1 u. 2 zu § 249 —, abgedruckt auch: BayObLG. 16 A 13/16; OLG. 33, 202 Anm.

2. **RG.** 4. 7. 16, WarnE. 16 363. Der ursächliche Zusammenhang zwischen der fehlerhaften Behandlung des Arztes und dem infolge der Abnahme eines Armes dem Kranken entstandenen Schaden ist gegeben, wenn dem Kranken der Arm erhalten geblieben wäre, falls der Arzt nicht gegen die Regeln der ärztlichen Wissenschaft verstoßen hätte. Darauf, ob ein anderer derselben Stadt die Behandlung so eingerichtet haben würde, daß es zu der Abnahme des Armes nicht gekommen wäre, kommt es nicht an.

3. **RG.** 4. 10. 15, BayRpflZ. 16, 13, GruchotsBeitr. 60, 306, PosMSchr. 16, 28. Entspricht die Wertschätzung des „Naturheilkundigen" in so hohem Grade den in dem Lebenskreise des Verunglückten herrschenden Anschauungen, daß sie den Verunglückten zur Erwartung einer zweckentsprechenden und unschädlichen Heilung durch den angegangenen Naturheilkundigen bringen „mußte", dann befindet sich die Auffassung, daß die Angehung des Naturheilkundigen nicht als ein ungewöhnlicher, unvorhersehbarer Verlauf der Dinge anzusehen sei, und daß deshalb der durch die verfehlte Heilbehandlung dem Verunglückten verursachte Schaden durch den Unfall entstanden sei, im Einklange mit dem in der Rechtspr. des RG. feststehenden Rechtsbegriff der adäquaten Verursachung (**RG.** 81, 130, 359, JW. 12, 581). -> Zu vgl. auch JDR. 14, 98; II 16c zu § 276. <-

4. BayObLG. 27. 3. 16, BayNotZ. 53, 266, BayRpflZ. 16, 230, JW. 16, 1284, R. 16, Nr. 1119. Zwischen der schuldhaft verspäteten Einreichung der von einem Notar aufgenommenen Urkunden bei dem Grundbuchamt und dem Schaden, der den Beteiligten dadurch entstanden ist, daß inzwischen ein Zuschlag zur Zuwachssteuer eingeführt worden ist, besteht ein ursächlicher Zusammenhang. Die Möglichkeit des Eintritts eines Schadens infolge einer derartigen Verzögerung ist, wenn eine allgemeine gesetzliche Ermächtigung zur Erhebung solcher Zuschläge besteht, nicht so fern liegend, daß sie nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen werden kann. Dies gilt auch — für Bayern — für die Möglichkeit der Einführung eines gemeindlichen Zuschlags zur Zuwachssteuer. Daß der Notar die Schädigung hätte voraussehen müssen, ist nicht erforderlich (**RG.** 81, 361, JW. 08, 526).

5. **RG.** 28. 4. 16, WarnE. 16, 214. Wenn der von dem Verkäufer eines Grundstücks beauftragte Rechtsanwalt seine Verpflichtung, die Löschung eines auf dem Grundstücke lastenden Vorkaufsrechts zu erwirken, schuldhaft nicht erfüllt, und der Käufer wegen der Nichtlöschung dieses Rechts die Abnahme des Grundstücks abgelehnt hat, dann ist der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verschulden des Rechtsanwalts und dem Schaden des Verkäufers als gegeben anzusehen, sofern nicht der Rechtsanwalt den Beweis erbringt, daß der Schaden auch entstanden wäre, wenn er seine Verpflichtung erfüllt hätte; die bloße Möglichkeit, daß der Schaden auch in diesem Falle eingetreten wäre, genügt nicht zur Verneinung des ursächlichen Zusammenhangs (WarnE. 13, 495, LeipzZ. 14, 1897).

6. **RG.** 26. 5. 16; 88, 263, GruchotsBeitr. 60, 1015, JW. 16, 1116, LeipzZ. 16, 1243, WarnE. 16, 462. Weil die Vorschriften des Vormundschaftsrechts über die Beaufsichtigung der Vormundschaft geeignet sind, den Mündel vor einem unredlichen Verhalten des Vormunds zu schützen, muß angenommen werden, daß bei deren Beachtung und Führung einer dem

Gesetze entsprechenden Aufsicht durch den Vormundschaftsrichter der Vormund die begangenen Veruntreuungen nicht vorgenommen hätte, solange nicht der Richter, der die Beaufsichtigung unterlassen hat und deshalb auf Schadensersatz in Anspruch genommen ist, das Gegenteil beweist. Deshalb besteht zwischen der Pflichtversäumung des Vormundschaftsrichters, der den Vormund nicht zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses und zum Nachweise der mündelsicheren Anlegung der Mündelgelder veranlaßt, und einer von dem Vormund begangenen Unterschlagung ein ursächlicher Zusammenhang. Gewiß kann der Vormund Gelder unterschlagen auch dann, wenn ihm von dem Vormundschaftsrichter entsprechende Auflagen gemacht werden. Aber ein Vormund, der sich vom Gericht überwacht fühlt, wird sich nicht so leicht zu einer Veruntreuung entschließen, wie ein Vormund, der sich von Überwachung frei fühlt.

7. **RG.** 22. 10. 15, BayRpflZ. 16, 132, JW. 16, 200. Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Unwirksamkeit der Pfändung und dem durch die Beiseiteschaffung der Pfandstücke entstandenen Schaden liegt nicht vor, wenn der Gerichtsvollzieher und der Schuldner die Pfändung für wirksam gehalten haben und der Schuldner auch bei wirksamer Pfändung den Pfandbruch begangen haben würde. Hier hat die mangelhafte Pfändung den Nachteil nicht bereits erzeugt gehabt, als die Beiseiteschaffung eintrat.

8. Hamburg 24. 11. 15, DJZ. 16, 545, R. 16, 349. Der Schaden, der dadurch erwachsen ist, daß die zu liefernde Ware infolge des Krieges in Lissabon liegen geblieben und deshalb schwer erreichbar ist, steht in ursächlichem Zusammenhange mit der verspäteten Anlieferung derselben. Er war zwar nicht voraussehbar, aber bei der politischen Lage infolge der Ermordung des österreichischen Thronfolgers mußte auf rechtzeitige Erledigung überseeischer Verbindlichkeiten gesehen, insbesondere bei Rembours auf London jede Verspätung vermieden werden.

9. **RG.** 14. 12. 15, JW. 16, 401, LeipzZ. 16, 816, R. 16, Nr. 238. Eine Gesellschaft von Bietern hat sich einem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, in einem bestimmten Versteigerungstermin ein bestimmtes Gebot abzugeben, sie hat dies Gebot auch als Höchstgebot abgegeben, der Zuschlag ist aber versagt worden, weil einem Realberechtigten die Terminsbestimmung nicht ordnungsmäßig zugestellt war; die Gesellschaft bietet dann in dem zweiten Versteigerungstermin nicht mehr mit und war zum Mitbieten in diesem Termine auch nicht verpflichtet, und es wird nunmehr der Zuschlag auf ein Höchstgebot erteilt, das geringer ist, als das im ersten Versteigerungstermin abgegebene: In diesem Falle besteht ein adäquater Zusammenhang zwischen dem Schaden des Hypothekengläubigers und der Amtspflichtverletzung der Beamten, die die gesetzwidrige Zustellung der Bekanntmachung des ersten Versteigerungstermins bewirkt haben.

10. **RG.** 22. 5. 16, JW. 16, 1115. Wenn bei Unglücksfällen auf belebten Straßen das Publikum zur Hilfeleistung herbeieilt und, weil es ihm an der Geschicklichkeit hierzu und an einer einheitlichen Leitung der Hilfeleistung fehlt, das Übel verschlimmert, so sind dies Folgeerscheinungen eines Unfalls, die nach allgemeiner Erfahrung erkennbar sind und vom gewöhnlichen Laufe der Dinge nicht abweichen. Der ursächliche Zusammenhang wird dadurch nicht unterbrochen.

11. **RG.** 2. 5. 16, LeipzZ. 16, 1484. Ist bei einem Rennen ein Zuschauer durch ein ausbrechendes Pferd verletzt worden, und besteht das Verschulden des Rennvereins darin, daß die vorhandenen Schranken niedriger, als die üblichen gewesen sind, dann ist für die Frage nach dem ursächlichen Zusammenhang zwischen Verschulden und Schaden entscheidend, ob derselbe schädigende Erfolg für den Verletzten auch eingetreten wäre, wenn das ausbrechende Pferd eine Schranke von der üblichen Höhe hätte überspringen müssen.

12. a) **RG.** 7. 10. 15 — JDR. 14 § 249 III 17 —, betr. Prozeßneurose, auch abgedruckt: PosMSchr. 16, 27; vgl. R. 16, Nr. 404.

b) **RG.** 7. 7. 16, WarnE. 16, 318. Hat sich das Nervenleiden des durch einen Unfall Verletzten — nervöse Vorstellungen von heftigen Schmerzen und dauernder Dienstunfähigkeit — infolge des Unfalls entwickelt, wie dies namentlich bei einem schweren Unfall

vorkommen kann, dann liegt ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Leiden und dem Unfall vor. Anders ist es, wenn sich die Nervenerkrankung nur an das Erleben des Unfalles als solches knüpft, nicht an eine durch diesen bewirkte Gesundheitsstörung, die schon ohne Folgen abgelaufen war, als der Krankheitsprozeß einsetzte (WarnE. 14, 77).

c) Karlsruhe 10. 11. 15, SeuffA. 71, 434. Ein Zusammenhang zwischen einer Körperverletzung und einer Nervenstörung ist objektiv überall da gegeben, wo die vom Schadensersatzpflichtigen verschuldete Körperverletzung objektiv auch nur ein Glied in der Gesamtheit der verursachenden Momente für die später eingetretene Nervenerkrankung geworden ist (**RG.** 75, 19, JW. 08, 526, WarnE. 14, 77, 145). Das trifft vorliegend zu. Denn die nach der Heilung der äußeren Beinverletzung infolge des übrig gebliebenen Muskeldefekts in Wirklichkeit immer noch vorhandenen unangenehmen Empfindungen im verletzten Bein sind es, die bei dem Verletzten auf der Grundlage einer an sich schon gegebenen neurasthenischen Veranlagung zunächst das Gefühl bleibender Schwäche und Unbeholfenheit hervorriefen und so bei der dadurch bereits verursachten Erschütterung des seelischen Gleichgewichts zu der allerdings selbsteingegebenen Überzeugung führten, eine erhebliche dauernde Behinderung in der Betätigung seiner Arbeit erlitten zu haben. Die Nervenerkrankung ist daher eine tatsächliche Folgeerscheinung der Verletzung.

13. Kiel 4. 11. 15, SchlHolstAnz. 16, 39. Der ursächliche Zusammenhang zwischen der schuldhaften Verwahrung eines von dem Sohne heimlich weggenommenen Luftgewehres und der mangelhaften Beaufsichtigung des Sohnes durch die Mutter und der Verletzung, die ein anderer Knabe beim Spielen mit dem Gewehr einem Dritten beigebracht hat, ist zu bejahen. Denn es ist der natürliche Lauf der Dinge, daß das Gewehr beim Spielen nicht allein in der Hand des Sohnes bleibt, sondern auch von seinen Spielkameraden zum Schießen benutzt wird. Der ursächliche Zusammenhang wird auch weder dadurch unterbrochen, daß der Sohn dem anderen Knaben das Nehmen des Gewehres verboten, und dieser zum Schießen nicht einen von dem Knaben bisher gebrauchten Bolzen, sondern eine selbst mitgebrachte Spitzkugel verwendet hat.

14. **RG.** 1. 11. 15, R. 16, Nr. 440. Trägt jemand ein geladenes ungesichertes Gewehr so unter dem Arm, daß die Menschen, die sich in der Richtung der Mündung in Schußweite befinden, gefährdet werden, und entlädt sich das Gewehr durch das versehentliche oder absichtliche Anstoßen einer anderen Person, so ist der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verschulden des Trägers des Gewehrs und dem Schaden des durch den Schuß Verletzten gegeben.

IV. Vorteilsausgleichung.

1. a) **RG.** 13. 1. 16, GruchotsBeitr. 60, 846, JW. 16, 400, LeipzZ. 16, 748, PosMSchr. 16, 23, R. 16, Nr. 628. Von einer Vorteilsausgleichung, von einer Minderung oder Aufhebung eines Schadens, kann begrifflich nicht die Rede sein, wenn es sich um die Erfüllung eines Vertrags handelt; für die entsprechende Anwendung der Grundsätze über die Vorteilsausgleichung auf die Befriedigung eines Vertragsgläubigers fehlt es an der erforderlichen Unterlage. Deshalb ist der Pfändungspfandgläubiger, der die Pfandstücke unter ihrem wirklichen Wert in der Versteigerung erstanden hat, nicht gehindert, seine Vertragsforderung, soweit sie nicht durch den ihm zugeflossenen Versteigerungserlös getilgt ist, gegen den Schuldner geltend zu machen.

b) **RG.** 12. 7. 16, LeipzZ. 16, 1303, WarnE. 16, 364. Der Grundsatz von der Vorteilsausgleichung ist nicht anwendbar, wenn der in der Zwangsversteigerung ausgefallene Hypothekengläubiger nicht eine Schadensersatzforderung, sondern einen Vertragsanspruch geltend macht, dessen Höhe sich schlechthin aus dem Vertragsverhältnisse allein ergibt (**RG.** 80, 154, JW. 13, 19).

2. **RG.** 12. 2. 16, JW. 16, 577, R. 16, Nr. 1076. Derjenige, dessen noch unfertiger Neubau infolge von auf dem Nachbargrundstück nicht genügend vorsichtig ausgeführten Ausschachtungsarbeiten zum Teil eingestürzt ist, hat sich auf seinen Schaden den Vorteil

anrechnen zu lassen, der ihm dadurch zugeflossen ist, daß ihm die Baupolizei infolge des Einsturzes Dispens von der sonst einzuhaltenden sechsmonatigen Wartefrist erteilt, und er deshalb in der Lage ist, die Wohnungen früher zu vermieten. Ist der Dispens im Hinblick auf den Einsturz und, um den dadurch entstandenen Schaden zu mindern, erteilt, dann beruht der dadurch erwachsene Vorteil nicht auf einer völlig selbständigen Ursache, sondern steht in einem adäquaten Zusammenhange mit dem Einsturz. Dadurch, daß keine Verpflichtung der Baupolizei zur Erteilung des Dispenses bestand, wird der ursächliche Zusammenhang nicht unterbrochen.

3. a) **RG.** 17. 1. 16, GruchotsBeitr. 60, 875, 877, R. 16, Nr. 808. Bei der Berechnung des Schadens, den ein Hypothekengläubiger, der das Grundstück in der Zwangsversteigerung erwirbt, durch Ausfall der Hypothek erleidet, darf der wahre Wert des Grundstücks nicht unter allen Umständen im vollen Betrage eingestellt werden. Es kommt alles auf die Umstände des einzelnen Falles an (**RG.** 80, 161; 84, 389). Selbst der Erwerb unter dem Werte kann Unbequemlichkeiten und Unkosten mit sich bringen, die neben dem Steigpreise bei der Ermittlung des erlangten Vorteils in Ansatz zu bringen sind; diese Möglichkeit ist um so weniger ausgeschlossen, wenn es sich um ein von dem früheren Eigentümer verschlechtertes Grundstück handelt.

b) **RG.** 3. 5. 16, R. 16, Nr. 1262. Bei der Frage, ob der Hypothekenausfall durch den Überschuß des Grundstückswerts über die Kosten des Grundstückserwerbs gedeckt ist, kann der Schätzungswert zur Zeit der Zwangsversteigerung (**RG.** 73, 340) nicht schlechthin maßgebend sein. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, daß der Vorteil, den die Erstehung des Grundstücks dem Hypothekengläubiger bringt, nicht in barem Gelde besteht, und daß der Schätzungswert nicht stets dem Werte gleich ist, den das Grundstück für den Ersteher nach seinen persönlichen Verhältnissen hat (**RG.** 80, 155; 84, 389).

c) München 20. 12. 15, OLG. 32, 389. Wird der schadensersatzberechtigte Hypothekar in der Zwangsversteigerung nicht ausgeboten, dann kommt als Vermögensminderung in Betracht: der ausgefallene Betrag, sowie die Zinsen davon bis zum Zeitpunkte der Deckung, sowie, wenn er das Grundstück ersteigert hat, das Meistgebot und die damit zusammenhängenden Aufwendungen. Ihnen steht zunächst der Wert des Grundstücks gegenüber. Der Schätzungswert kann aber nur dann angenommen werden, wenn dieser dem Werte, den das Grundstück für den Ersteher hat, gleichkommt und mit der Einsteigerung die Deckungsoperation abgeschlossen ist. Veräußert der Hypothekar das Grundstück weiter, dann sind folgende weitere Vermögensminderungen zu berücksichtigen: der Entgang an Zinsen aus dem zum Erwerb aufgewendeten Barbetrage, die Zinsen für die übernommenen Hypotheken, die mit dem Grundbesitze verbundenen wiederkehrenden Aufwendungen, die Ausbesserungen, die mit der Weiterveräußerung zusammenhängenden Aufwendungen. Der Summe aller dieser Posten ist als Vermögensvermehrung gegenüber zu stellen regelmäßig der Preis, der bei der Weiterveräußerung erzielt ist oder hätte erzielt werden können. Nur eine auf einer ganz außerordentlichen spekulativen Tätigkeit des Erstehers beruhende Wertsteigerung müßte außer Betracht gelassen werden.

d) **RG.** 3. 5. 16, JW. 16, 1016, R. 16, Nr. 1261. Der in der Zwangsversteigerung ausgefallene Hypothekengläubiger, der von dem Zwangsverwalter des Grundstücks Schadensersatz deshalb begehrt, weil infolge der von diesem verschuldeten Verschlechterung des Grundstücks in der Zwangsversteigerung ein zu niedriger Preis erzielt worden ist, ist nicht geschädigt, wenn und soweit er das Grundstück unter dem wirklichen Werte ersteigert hat. Der Vorteil, den er durch diesen Erwerb des Grundstücks erlangt hat, ist adäquate Folge der schuldhaften Unterlassung des Zwangsverwalters. Mag der Gläubiger auch nicht deswegen, weil er infolge der Verschlechterung des Grundstücks im Falle des Zuschlags an einen Dritten einen wenigstens teilweise ungedeckten Ausfall seiner Hypothek besorgte, Anlaß zur Ersteigerung des Grundstücks genommen haben, sondern mag er das Grundstück ersteigert haben, um zu verhüten, daß infolge des Zuschlags an einen Dritten zu einem niedrigeren Preise seine Hypothek überhaupt einen Ausfall ohne anderweite Deckung erlitt,

so ist doch tatsächlich auch ein etwaiger Schaden, der für ihn zufolge eines durch die Verschlechterung des Grundstücks verursachten ungedeckten Ausfalls seiner Hypothek in die Erscheinung getreten ist, durch den gleichzeitig erlangten Vorteil ausgeglichen, daß er sich in dem Betrage des Grundstückswerts, der über den Versteigerungspreis hinausgeht, Deckung für seinen ganzen Ausfall der Hypothek verschafft hat.

e) München 20. 12. 15, OLG. 32, 389. Fällt die Hypothek eines Gläubigers, der als Geschäftsmann sich mehrfach mit Geldgeschäften befaßt und das Grundstück über die übliche Beleihungsgrenze beliehen hat, in der Zwangsversteigerung, in der er das Grundstück ersteht, deshalb aus, weil durch schuldhafte Unterlassung des Konkursverwalters ein Wasserrohrbruch eingetreten ist und das Grundstück dadurch eine Wertsminderung erlitten hat, dann ist diese schuldhafte Unterlassung für den Erwerb des Grundstücks durch den Hypothekengläubiger und den damit verbundenen Vorteil nicht nur als unausschaltbare Bedingung, sondern auch als adäquate Ursache zu erachten, und es kommen daher die Grundsätze von der Vorteilsausgleichung zur Anwendung.

4. **RG.** 30. 10. 15, JW. 16, 180, NaumburgAK. 16, 18, SeuffA. 71, 273, WarnE. 16, 21. Bei dem Bordellkaufe ist der Käufer des Grundstücks, der dies bei Geltendmachung der Nichtigkeit des Geschäfts zurückerstatten muß, nicht geschädigt, wenn und soweit ihm gegenüber den von ihm gemachten Leistungen auch Vorteile aus dem unsittlichen Geschäft (durch den Betrieb des Bordells) zugeflossen sind, mögen auch diese Vorteile durch ein sittlich zu beanstandendes Verhalten erlangt sein.

5. Hamburg 29. 1. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 80, OLG. 32, 161, R. 16, Nr. 630, SeuffA. 71, 219. Der Käufer, der von dem Verkäufer wegen unberechtigter Nichtabnahme der Ware auf Ersatz des entgangenen Gewinns in Anspruch genommen wird, kann nicht einwenden, der dem Verkäufer entstandene Schaden sei dadurch wieder beseitigt worden, daß es diesem gelungen sei, die Ware weiter zu einem höheren, als dem Verkaufspreise zu verkaufen. Die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung liegen nicht vor. Der spätere Gewinn ist nicht mehr eine Folge der Nichtabnahme der Ware durch den ersten Käufer, sondern wird durch das Bestehen eines kaufmännischen Betriebs verursacht, in dem Waren dieser Art hergestellt und verkauft werden.

6. München 20. 12. 15, OLG. 32, 389. Sache des Schadensersatzberechtigten ist es, die aus dem Haftungsgrunde erwachsenen Nachteile als die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während der Schadensersatzpflichtige die dem Berechtigten erwachsenen anrechenbaren Vorteile zu beweisen hat.

7. Oertmann, Vorteilsausgleichung beim Ersatz von „Alt durch Neu". LeipzZ. 16, 1513. Wenn der Schädiger den Zustand wiederherstellen muß, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, dann ergibt sich die Möglichkeit, daß durch solche Herstellung der Geschädigte an Stelle eines bereits mehr oder minder abgenutzten Gegenstandes einen neuen oder doch neu hergerichteten, also höherwertigen erhält, seine Vermögenslage also verbessert wird. Um dieser über den Zweck eines Schadensersatzes hinausgehenden Möglichkeit entgegenzutreten, kann der Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung weder unmittelbar noch entsprechend verwertet werden, weil die Vorteilsausgleichung voraussetzt, daß das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis nicht nur schädigend, sondern auch vorteilhaft auf die Vermögenslage des Betroffenen einwirkt. Vorliegend übt das Ereignis aber nur eine nachteilige Einwirkung aus, der Vorteil hat mit dem Akte der Beschädigung nichts zu tun, sondern würde sich erst aus der Art zu leistender Entschädigung ergeben, es handelt sich darum, ob der zu leistende Ersatz so zu bemessen ist, daß dem Beschädigten dadurch kein Vorteil erwächst. Ist aber der Schaden mittels Geldersatzes auszugleichen (§ 251), dann ist bei der alsdann erforderlichen Abschätzung des Interesses in Geld der etwaige alte, mehr oder minder schadhafte oder abgegriffene Zustand des beschädigten Gegenstandes in Rücksicht zu ziehen; das Prinzip der Interesseleistung führt von vornherein dahin, den Unterschied von Alt und Neu je nach der besonderen Sachlage zu berücksichtigen. Doch ist bei der Abschätzung der alten Gegenstände

zu beachten, daß es weniger auf ihren objektiven Tauschwert ankommt, als vielmehr auf ihren subjektiven Gebrauchswert für den betroffenen Eigentümer. Ist der frühere Zustand in Natur wiederherzustellen, dann ist dem Beschädigten der Anspruch auf Naturalherstellung grundsätzlich ohne Rücksicht auf den Wertunterschied von Alt und Neu zuzubilligen, und zwar auch in den Fällen, in denen der Beschädigte gemäß § 249 Satz 2 den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag verlangt. Der Schadensersatzpflichtige kann sich aber gegebenenfalls auf § 251 Abs. 2 berufen und damit bei Unverhältnismäßigkeit der für ihn erforderlichen Aufwendung das Recht des Beschädigten auf Herstellung der Ersatzstücke für angebrauchte Gegenstände beseitigen, den Inhalt und die Höhe dessen Ersatzanspruchs mindernd beeinflussen. „Unverhältnismäßigkeit" ist dann anzunehmen, wenn eine Schadloshaltung des Gläubigers in Geld dem Schuldner ein Mehrfaches oder doch ungleich weniger kosten würde, als die Herstellung des von ihm beeinträchtigten Zustands, während ein im Vergleich der aufzuwendenden Beträge geringfügiger oder doch nicht sonderlich erheblicher Mehrbetrag nicht so zu werten ist.

V. Art und Umfang des Schadens.

1. Stuttgart 9. 6. 16, R. 16, Nr. 1272. Abstrakte Schadensberechnung liegt auch dann vor, wenn der Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordernde Käufer dem Vertragspreise für unbearbeitete Ware den Verkaufspreis für bearbeitete unter gleichzeitigem Abzuge seiner Spesen gegenüberstellt. Durch die Einbeziehung des durch die Verarbeitung erzielbaren Gewinns verliert die Schadensberechnung nicht den Charakter einer abstrakten. Dies gilt selbst dann, wenn der Käufer gar nicht behauptet, daß der Verkaufspreis der unverarbeiteten Ware den Vertragspreis überstiegen hätte, sondern überhaupt nur Ersatz für den Gewinn verlangt, den er durch die Verarbeitung hätte erzielen können.

2. **RG.** 24. 5. 16, WarnE. 16, 452. Der Getäuschte kann grundsätzlich nicht das verlangen, was er hätte, wenn die Angaben des Täuschenden wahr gewesen wären, sondern nur Herstellung des Zustands fordern, der bestünde, wenn er nicht getäuscht worden wäre (RGKomm. § 123 Erl. 5, Vorbem. 4e vor § 823, Planck 4. Aufl. § 123 Erl. IXc, **RG.** 83, 245; WarnE. 15, 7, 428). Kausal auf die Täuschung zurückzuführen ist zunächst nur der Vertragsschluß; seine Beseitigung und die etwaigen Vollziehungsleistungen bilden primär den Inhalt des durch § 249 gewährten Anspruchs. Der Nachweis, daß der Getäuschte durch die Täuschung zum Vertragsschlusse bestimmt worden ist, berechtigt daher zunächst nur zum Verlangen der gegenseitigen Rückgewähr alles Geleisteten: eines besonderen Nachweises bedarf es, wenn geltend gemacht wird, daß darüber hinaus dem Getäuschten ein Schaden verblieben sei.

3. a) **RG.** 1. 12. 15, R. 16, Nr. 420. Der Verkäufer, der den Käufer durch arglistige Vorspiegelungen über andere als die in § 463 erwähnten Umstände zum Vertragsschluß veranlaßt hat und deshalb schadensersatzpflichtig ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die ihm vorzuwerfende unerlaubte Handlung nicht begangen wäre, nicht den, der bestehen würde, wenn seine Angaben und Versicherungen der Wahrheit entsprochen hätten, oder der Vertrag diesen Angaben und Versicherungen entsprechend erfüllt worden wäre.

b) **RG.** 13. 5. 16, R. 16, Nr. 1867. Der auf arglistiges Verschweigen eines bestehenden Mietvertrags bezüglich des Kaufgrundstücks gestützte Schadensersatzanspruch des Käufers kann nur die Herstellung des Zustandes zum Ziele haben, der bestehen würde, wenn der Mietvertrag nicht verschwiegen worden wäre, dagegen kann der Käufer nicht verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Kaufvertrag von dem Verkäufer gehörig erfüllt, ihm das Grundstück frei von Mietrechten verschafft sein würde; der Anspruch auf Erstattung der Abstandssumme, die der Mieter verlangt, ist daher nicht begründet.

4. **RG.** 25. 10. 15, LeipzZ. 16, 460. Der Dritte, der bei der arglistigen Täuschung des einen Vertragsteils bei dem Vertragsschlusse durch den anderen mitgewirkt hat und

deshalb schadensersatzpflichtig ist, hat das sog. negative Vertragsinteresse zu leisten. Er hat zugunsten des Getäuschten denjenigen Zustand wieder herzustellen, der bestehen würde, wenn der Abschluß des schädigenden Vertrags nicht herbeigeführt worden wäre.

5. **RG.** 15. 6. 15, GruchotsBeitr. 60, 302. Wenn bei Abschluß eines bedingten Vertrags der Verpflichtete den Berechtigten darüber getäuscht hat, daß die Bedingung aller Voraussicht nach nicht eintreten konnte, dann ist dem durch Nichteintritt der Bedingung geschädigten Berechtigten der Anspruch auf Schadensersatz in Gestalt eines Anspruchs auf das positive Erfüllungsinteresse zuzubilligen nicht anders, wie wenn der bedingt Verpflichtete den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert hat (§ 162).

6. **RG.** 5. 11. 15, R. 16, Nr. 18, 19. a) Der mit Tantiemeberechtigung angestellte Geschäftsführer einer GmbH., der bei der Anstellung über die Höhe des Geschäftsgewinns des letzten Jahres getäuscht worden ist, kann nicht die Herstellung des Zustands verlangen, der bestehen würde, wenn die GmbH. im Vorjahre den angegebenen Gewinn erzielt hätte, sondern des Zustands, der bestände, wenn die unrichtige Angabe unterblieben wäre, oder wenn er dieser Angabe keinen Glauben geschenkt hätte.

b) Der bei der Anstellung über die Geschäftslage getäuschte Geschäftsführer einer GmbH., der gemäß der im Dienstvertrage übernommenen Verpflichtung von einem Dritten einen Geschäftsanteil erworben hat, kann neben der ihm bis zum Ablaufe der Vertragszeit zugesagten Vergütung nicht Übernahme des Geschäftsanteils durch die GmbH. verlangen, wenn er nicht zu behaupten vermag, daß im Falle des Unterbleibens der Täuschung der Dienstvertrag ohne die Verpflichtung zur Übernahme des Geschäftsanteils zustande gekommen wäre.

7. **RG.** 16. 10. 15, BayRpflZ. 16, 30. Ist jemand durch die arglistige Vorspiegelung einer Eigenschaft des Grundstücks durch den Hypothekengläubiger bestimmt worden, sich diesem gegenüber zur Erstehung des Grundstücks in der Zwangsversteigerung zu verpflichten und das Grundstück auch tatsächlich zu erstehen, dann kann es sich bei seinem Anspruche auf Schadensersatz nur um das negative Vertragsinteresse handeln, d. h. um den Schaden, der sich aus einer Vergleichung des durch den Vertragsschluß herbeigeführten Vermögenszustandes mit dem Zustande ergibt, in dem sich sein Vermögen befinden würde, wenn er nicht zum Vertragsschlusse und Erwerbe des Grundstücks bestimmt worden wäre.

8. a) Hamburg 4. 3. 16, R. 16, Nr. 1075, SeuffA. 71, 222. Der Schadensersatz wegen Nichtlieferung der Ware verlangende Käufer kann bei der Berechnung des Schadens denjenigen Marktpreis zugrunde legen, der am vereinbarten Lieferungstage zu erzielen war, auch wenn der Verkäufer schon vorher erklärt hätte, er werde nicht liefern. Auf Grund dieser Erklärung wäre er vielleicht berechtigt gewesen, sich vor Eintritt der Lieferungszeit und damit des Lieferungsverzugs des Verkäufers einzudecken oder den damaligen Marktpreis zu berechnen. Aber eine Verpflichtung hierzu besteht nicht.

b) Lesser, Zur Berechnung des abstrakten Schadens des Käufers, wenn dieser mit dem Marktpreise einen „übermäßigen Gewinn" erzielen würde. JW. 16, 1328. Die abstrakte Berechnung des Schadens, den der Käufer wegen Nichterfüllung fordert, wird regelmäßig in der Weise erfolgen, daß der Unterschied zwischen Vertragspreise und Marktpreise verlangt wird. Diesen Unterschied kann er aber nicht zugrunde legen, wenn er dabei einen „übermäßigen Gewinn" im Sinne der BRVO. vom 23. 7. 15 und 23. 3. 16 erzielen würde. Denn der entgangene Gewinn kann von ihm nur auf jede angemessene Weise berechnet werden.

9. Hamburg 18. 10. 15, OLG. 32, 98, R. 16, Nr. 49. Der Schadensersatzanspruch des infolge der Unrichtigkeit der Schlußnote des Maklers geschädigten Auftraggebers geht auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses. Dies umfaßt aber auch den Gewinn, den der Auftraggeber erzielt hätte, wenn der vermittelte Lieferungsvertrag erfüllt wäre und er die Ware vorteilhaft weiter verkauft hätte.

10. Colmar 1. 3. 15, ElsLothJZ. 16, 164. Ist der mit der Verladung von gleichartigen Waren verschiedener Herkunft Beauftragte schadensersatzpflichtig, weil er die Herkunft der

einzelnen Warenmengen nicht festgestellt und dem Auftraggeber dadurch die Geltendmachung seiner Rechte aus der Mangelhaftigkeit einzelner Lieferungen unmöglich gemacht hat, dann erstreckt sich seine Schadensersatzpflicht auch auf die dem Auftraggeber zur Last gelegten Kosten der von ihm mit einzelnen Verkäufern geführten Prozesse. Denn der Beauftragte hat dem Auftraggeber für die Richtigkeit seiner Angaben einzustehen, und im Vertrauen auf die Wahrheitsmäßigkeit seiner Angaben über die Herkunft der Ware hatte der Auftraggeber den Kaufpreisforderungen der Verkäufer in den Prozessen den Einwand entgegengesetzt, daß die von ihnen gelieferte Ware mangelhaft gewesen sei.

11. **RG.** 11. 1. 16, R. 16, Nr. 1074. Von dem wegen vertragswidrigen Ausscheidens aus der Gesellschaft schadensersatzpflichtig gemachten früheren Gesellschafter kann nicht auf Grund des § 249 verlangt werden, daß er auf einen Wettbewerb verzichte, der ihm als Gesellschafter untersagt gewesen wäre. Dies Verlangen bedeutet nicht die Herstellung des Zustandes, der ohne die Vertragsverletzung bestanden haben würde. Wettbewerbsenthaltung in und außerhalb der Gesellschaft sind verschiedene Dinge.

12. **RG.** 21. 1. 16, JW. 16, 492. Die Mitglieder des Vorstandes einer in Konkurs geratenen e. G. m. b. H., die von dem Konkursverwalter schadensersatzpflichtig gemacht werden, weil sie es unterlassen haben, weitere Geschäftsanteile der Genossen zum Register anzumelden, haben die Beträge zu zahlen, die diese Genossen gezahlt haben würden, wenn sie mit allen Geschäftsanteilen in die Liste der Genossen eingetragen worden wären. Da diese Genossen — abgesehen von dem Falle, daß die Voraussetzungen des § 105 Abs. 5 GenGes. gegeben sind — gegen die ihnen auf Grund der Vorschußberechnung auferlegte Beitragsschuld nicht hätten aufrechnen können, dürfen auch die Schadensersatzpflichtigen, wenn der Fall des § 105 Abs. 5 nicht vorliegt, mit eigenen Forderungen gegen die e. G. m. b. H gegen ihre Schadensersatzschuld nicht aufrechnen. Denn sonst würden sie den Zustand nicht herstellen, der bestehen würde, wenn die Genossen mit allen Geschäftsanteilen in die Liste der Genossen eingetragen wären, den sie herstellen müssen.

13. **RG.** 28. 4. 16, R. 16, Nr. 902. Wenn derjenige, der verpflichtet ist, die Löschung eines Vorkaufsrechts zu erwirken, diese Verpflichtung schuldhaft nicht erfüllt, und der Käufer des Grundstücks auch wegen der Nichtlöschung dieses Rechts die Abnahme des Grundstücks dem Verkäufer gegenüber ablehnt, dann ist der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Schaden des Verkäufers und dem Verschulden des Löschungsverpflichteten als gegeben anzusehen, sofern dieser nicht den Beweis erbringt, daß der Schaden auch entstanden wäre, wenn er seine Verpflichtung erfüllt hätte. Die bloße Möglichkeit, daß der Schaden auch in diesem Falle eingetreten wäre, genügt nicht zur Verneinung des ursächlichen Zusammenhangs.

14. **RG.** 8. 6. 15; 87, 82. Der Schaden, den ein durch einen Unfall Verletzter erlitten hat, besteht in der Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Gesamtlage, die durch den die Ersatzpflicht bedingenden Tatbestand herbeigeführt wird. Der Schadensersatzanspruch umfaßt daher von vornherein auch die dem Geschädigten erst in Zukunft erwachsenden Nachteile. Die einzelnen auf deren Ausgleichung gerichteten Forderungen hängen zwar in mannigfacher Weise von der Gestaltung der zukünftigen Verhältnisse ab, gelangen aber nicht mit dem Eintritt der erforderlichen Voraussetzungen erst zur Entstehung, sondern sind als Bestandteile des einheitlichen Schuldverhältnisses, das mit der Begründung der Haftpflicht entsteht, von Anfang an gegeben.

15. **RG.** 26. 6. 16, BayRpflZ. 16, 356. Der Verletzte, der eine Behandlung in einer Heilanstalt ablehnt, und dessen Schadensersatzanspruch deshalb gemindert wird, kann neben der Rente für Erwerbsausfall und der Vergütung für Heilungskosten und Vermehrung der Bedürfnisse nicht noch den Betrag verlangen, den der Schädiger für die Behandlung in der Heilanstalt hätte aufwenden müssen, wenn diese nicht abgelehnt worden wäre.

16. **RG.** 15. 11. 15, JW. 16, 193, WarnE. 16, 24. Besteht für den Verletzten die Anwartschaft aus der Angestellten-Versicherung nach dem VGfA., und wird es ihm durch

den Unfall unmöglich, die Versicherungsrente aus diesem Gesetze zu erdienen, so ist auch diese Einbuße als Schadensfolge von dem zum Schadensersatze Verpflichteten zu vertreten.

17. Dresden 24. 5. 16, LeipzZ. 16, 959. Der bei Verletzungen von Urheber-, Patent- und Gebrauchsmusterschutzrechten geltende Grundsatz, daß der Geschädigte als Schadensersatz den Gewinn beanspruchen darf, den der Gegner durch sein vertragswidriges Handeln gemacht hat, ist in dem Falle anwendbar, daß der Verletzte in Erwartung eines in Aussicht gestellten großen Auftrags mehrere nicht schutzfähige Stickereimuster entworfen und dem Gegner einige Probestücke käuflich überlassen, dieser aber dann den Auftrag einem anderen erteilt und die Ware weiterverkauft hat. Wenn es sich hier auch nicht um die Verletzung eines absoluten Rechts, sondern einer vertragsmäßigen Verpflichtung handelt, so hat sich der Verletzte durch diese Verpflichtung doch eine den erwähnten Schutzrechten entsprechende Rechtsstellung verschaffen wollen.

18. **RG.** 11. 5. 16, WarnE. 16, 272. Hat der Gläubiger einer offenen Handelsgesellschaft bei dem Erwerbe seiner Forderung in betrügerischer Weise mit einem Gesellschafter zusammengewirkt, und ist er deshalb der Gesellschaft schadensersatzpflichtig, dann hat er diesen Schadensersatz dadurch zu leisten, daß er seine Forderung gegen sie nicht geltend macht (**RG.** 58, 356).

19. BayObLG. 15. 2. 15, BayObLG. 16, A 35/43. Wird gegen eine gemeinschaftliche letztwillige Verfügung dadurch verstoßen, daß der überlebende Ehegatte zum Nachteile des dritteingesetzten Erben den Nachlaßgrundbesitz einem anderen unter dem Werte durch Übergabevertrag übergibt und dadurch diesen anderen um den Betrag des Unterschieds zwischen dem wirklichen Werte und dem Übergabepreis beschenkt, dann ist der entstandene Schade dadurch gut gemacht, daß der Übergabepreis um den Betrag dieses Unterschieds erhöht wird.

20. **RG.** 4. 10. 15, LeipzZ. 16, 53. Schadensersatz wegen der formell unzulässigen „Disqualifikation" eines Mitgliedes durch einen Sportverein ist, wenn der Strafbeschluß in dem Vereinsblatte veröffentlicht worden ist, in der Weise zu leisten, daß auch die richterliche Feststellung der Ungültigkeit des Beschlusses in der nämlichen Weise zu veröffentlichen ist.

21. **RG.** 29. 5. 16, WarnE. 16, 305. Der zu Unrecht Boykottierte kann Aufhebung des gegen ihn ergangenen Verbots fordern.

22. a) Bovensiepen, Haftet der Schädiger auch für die Kosten eines erfolglosen Prozesses? JW. 16, 1180. Die Frage ist zu bejahen, wenn der Prozeß sich gegen eine andere Person gerichtet hat, die als Schädiger in Anspruch genommen worden ist. Der wahre Schädiger befand sich, vorausgesetzt, daß der Geschädigte sich zuerst an ihn gewandt hatte, im Schuldnerverzuge und ist deshalb nach § 286 schadensersatzpflichtig. Unmittelbarkeit und Voraussehbarkeit des Schadens wird nicht gefordert. Am ursächlichen Zusammenhange fehlt es nicht; bei der großen Zweifelhaftigkeit der Sach- und Rechtslage bei vielen Schadenszufügungen, bei denen mehrere Personen als Täter in Betracht kommen können, insbesondere bei Schiffskollisionen, ist es nicht etwas Ungewöhnliches und ganz aus dem Bereich der menschlichen Erfahrungen Herausfallendes, daß der Geschädigte zunächst zu Unrecht jemanden als Schädiger verklagt, von dem sich nachher im Prozesse herausstellt, daß er in Wahrheit nicht der eigentlich Schuldige ist. Auch eine Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhangs zufolge der Klageerhebung gegen den unrichtigen Beklagten ist nicht anzunehmen. Nur dann, wenn der Geschädigte seinerseits leichtfertig, ohne vorher den Sachverhalt möglichst genau nachzuprüfen, zunächst einen Falschen verklagt hat, wird ihm aus Billigkeitserwägungen heraus, etwa unter dem Gesichtspunkte des mitwirkenden Verschuldens, ein Anspruch auf Erstattung der Kosten des Vorprozesses zu versagen sein.

b) Becker, Haftet der Schädiger auch für die Kosten eines erfolgreichen Vorprozesses? JW. 16, 1468. Zu einer richtigen Lösung dieser Frage kann man nur kommen, wenn man zunächst prüft, was am meisten der Billigkeit und der Verkehrsauffassung entspricht. Diese Frage kann aber nicht allgemein, sondern nur für den einzelnen Fall beantwortet werden. Nur sorgfältige Abwägung des Für und Wider in jedem Falle nach den besonderen Um-

ständen und unter Berücksichtigung der Schuldlosigkeit nicht nur des Gläubigers, sondern in erster Linie des Schuldners an der unrichtigen Prozeßführung wird das richtige Ergebnis zeitigen.

c) Posen 12. 1. 14 — JDR. 13 bei § 480 — abgedruckt auch: OLG. 33, 282.

VI. Öffentliche Leistungen.

Friedrichs, 33. Die §§ 249—255 sind auf öffentlich-rechtliche Leistungen dann anzuwenden, wenn diese sich in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung umwandeln, oder wenn ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Verspätung neben ihnen hergeht.

§ 251.

1. **RG.** 15. 1. 16, R. 16, Nr. 629, WarnE. 16, 83, 86. Der Anspruch auf Beseitigung einer Eigentumsstörung kann nicht durch Geldentschädigung ausgeglichen werden, soweit nicht eine Duldungspflicht gesetzlich begründet ist.

2. **RG.** 1. 11. 15, R. 16, Nr. 402a. Ist der zum Schadensersatz durch Schuldbefreiung Verpflichtete in Konkurs geraten, und ist ein Zwangsvergleich geschlossen, dann setzt sich der Befreiungsanspruch notwendig in einen Geldanspruch um.

3. Siehe auch § 249, IV 7.

§ 252.

1. **RG.** 19. 5. 16, LeipzZ. 16, 1292, R. 16, Nr. 1078. Als entgangen gilt der Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und nach den besonderen Umständen, insbesondere den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Ob ein Recht auf den Gewinn bestand, oder ob der Gewinnentgang nur tatsächlicher Natur ist, macht in der Regel keinen Unterschied.

2. Siehe: § 286, 3.

§ 254.

I. Allgemeines.

1. **RG.** 4. 10. 15, LeipzZ. 16, 305. Auch bei vorsätzlicher, wenn auch nicht arglistiger Schädigung ist der Einwand fahrlässigen Selbstverschuldens nicht schlechthin ausgeschlossen (**RG.** 76, 323; 69, 281; 78, 394; WarnE. 11, 67).

2. **RG.** 4. 3. 15, HansGZ. 16, Bbl. 75. Nach § 254 ist nicht sowohl das beiderseitige Verschulden der Parteien, als vielmehr das Maß der Verursachung gegeneinander abzuwägen. Indessen sind auch, wie in erster Linie betont wird, die sonstigen Umstände des Falls zu berücksichtigen, und zu diesen ist auch das Maß des beiderseitigen Verschuldens zu rechnen (**RG.** 69, 57).

3. **RG.** 10. 6. 15 — JDR. 14, I 4 zu § 254 — betr. Berufung auf Verschulden des Ehemannes gegenüber dem Anspruch der Ehefrau auf Ersatz der Heilungskosten, abgedruckt auch: SeuffA. 71, 150.

4. **RG.** 3. 7. 16, WarnE. 16, 324. Den Beweis des eigenen Verschuldens des Verletzten hat der Schadensersatzpflichtige zu führen. Liegt aber ein Tatbestand vor, der regelmäßig ein Verschulden einschließt, dann ist es Sache des Verletzten, das Schuldmoment zu widerlegen und Umstände darzutun, durch welche seinem Verhalten der Charakter eigenen Verschuldens genommen wird. Hat der Verletzte den Bahnkörper an einer dem Verkehr nicht geöffneten Stelle betreten, dann muß er Umstände darlegen, die seine Behauptung, er sei in einem Zustande vorübergehender Bewußtseinsstörung auf den Bahndamm geraten, als glaubhaft und in gewissem Grade wahrscheinlich erscheinen lassen.

II. Einzelfälle.

1. **RG.** 4. 1. 16, LeipzZ. 16, 593. Der Verkäufer, der wegen Annahmeverzugs des Käufers erfüllungshalber nach § 377 HGB. die Ware hat versteigern lassen, aber nachher Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. fordert und die frühere Versteigerung als Deckungsverkauf zur Grundlage seiner Schadensberechnung macht, muß sich den Einwand gefallen lassen, daß er es schuldhaft unterlassen habe, durch rechtzeitige besondere

Benachrichtigung der Interessenten von der bevorstehenden Versteigerung seinen Schaden zu mindern (vgl. RG. 57, 105).

2. RG. 11. 1. 16, LeipzZ. 16, 593. Muß der Besteller nach dem früheren Verhalten seines Vertragsgegners mit Sicherheit annehmen, daß dieser vertragswidrig nicht liefern werde, und macht er trotzdem, ohne bei dem Gegner anzufragen, Anschaffungen, die entwertet werden, wenn der Gegner nicht liefert, dann ist der ihm durch diese späteren Anschaffungen erwachsene Schaden vorwiegend durch ihn selbst verursacht, und der Gegner ist für diesen nicht ersatzpflichtig.

3. RG. 12. 11. 15, BankA. 15, 185. Der Bevollmächtigte eines Bankkunden hat die Vollmacht in der Weise mißbraucht, daß er eigene Wechsel mit dem Giro des Vollmachtgebers versah und sie dem Bankier zum Diskont gab. — Der Bankier hat sie entgegengenommen, ohne bei dem Kunden Rückfrage zu halten, obwohl ihm die Wechselmaßnahmen des Bevollmächtigten als befremdlich auffallen mußten. RG. nimmt an: Gegenüber dem Verschulden des Bankiers tritt an Schwere und Bedeutung für die Entstehung des Schadens das eigene Verschulden des Bankkunden ganz erheblich zurück, das darin zu finden ist, daß er dem Bevollmächtigten trotz Entdeckung von diesem vorgenommener Unterschlagungen die Vollmacht nicht entzogen, auch dem Bankier keine Mitteilung gemacht hat. Hierzu: Hallbauer, BankA. 15, 192.

4. Königsberg 14. 1. 15, DJZ. 16, 1090. Der Beamte, der bemerkt, daß die ihm von der Behörde zur Verfügung gestellte Aktenleiter wacklig ist und leicht ausgleiten kann, muß dies dem Inventarwart anzeigen und bis zur Ausbesserung entweder eine andere Leiter nehmen oder die schadhafte Leiter nur mit fremder Hilfe gebrauchen. Benutzt er die Leiter trotz Kenntnis des Mangels, dann ist der Unfall vorwiegend durch sein Verschulden verursacht.

5. BayObLG. 17. 3. 16, R. 16, Nr. 905. Hat der Inhaber einer Dienstwohnung wegen Feuchtigkeit einzelner Räume derselben Schaden an der Gesundheit erlitten, dann wirkt sein schuldhaftes Verhalten, das darin besteht, daß er nicht trockenere Räume in einem höher gelegenen Stockwerk bezogen hat, bei dem schädlichen Erfolg nicht in dem gleichen Maße mit wie das Verschulden des Unterhaltungspflichtigen, der die gesundheitswidrigen Verhältnisse trotz aller Vorstellungen nicht vollständig und gründlich beseitigt hat.

6. RG. 24. 3. 16, WarnE. 16, 158. Gegenüber dem Verschulden der Kirchengemeinde, die den gefährlichen Zustand der zur Kirchenuhr führenden Treppenanlage trotz Warnung des Türmers lange Jahre hat bestehen lassen, tritt das Verschulden des Türmers, das darin besteht, daß er nicht auf die Abstellung des ihm bekannten Mißstandes gedrungen, auch nicht den Schlüssel mit der linken Hand aus dem Schlosse der Uhrkammertür gezogen hat, um sich mit der rechten Hand an dem allein auf der rechten Seite befindlichen Geländer festzuhalten, so sehr zurück, daß der Kirchengemeinde die Haftung für den ganzen Schaden aufzuerlegen ist.

7. Colmar 12. 10. 15, ElsLothJZ. 16, 337. Gegenüber dem Verschulden des Rechtsanwalts, der das Urteil dem Gegner zustellen läßt, seinen Auftraggeber aber trotz Aufforderung über diesen Sachverhalt nicht aufklärt, tritt das Verschulden des Auftraggebers, das darin liegen könnte, daß er nicht sofort nach erlangter Kenntnis von dem Inhalte des Urteils seine Absicht, Berufung einlegen zu wollen, ausgesprochen und den Anwalt frühzeitig an Übersendung des Urteils gemahnt hat, so sehr zurück, daß allein das Verschulden des Rechtsanwalts als für den durch die Versäumung der Berufungsfrist erwachsenen Schaden ursächlich anzusehen ist.

8. RG. 17. 3. 16, R. 16, Nr. 905. In bezug auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt sind an den Wirt, der seine Räume für die Gäste offen hält, strengere Anforderungen zu stellen als an den Gast, der sie benutzt. Die nämliche Dunkelheit, deren Nichtbeachtung für den Gast nur ein geringes Versehen bedeutet, kann die Unterlassung der Beleuchtung als eine grobe Fahrlässigkeit des Wirts erscheinen lassen. Jedenfalls bildet diese die erste grundlegende Ursache des Schadens, den der Gast in dem unbeleuchteten Raume erlitten hat.

9. Karlsruhe 17. 2. 15, BadRpr. 16, 84. Das Verschulden eines älteren Mannes, der sein Pferd in dem Stall eines Gastwirts in unmittelbarer Nähe eines aufgerüsteten Pflugs mit Egge aufstellt, überwiegt das etwaige Verschulden des Wirts, das darin liegt, daß er landwirtschaftliche Geräte über Sonntag in den nur selten benutzten Gaststall bringen läßt, und das des 19jährigen Sohnes des Wirts, das darin liegt, daß er die Geräte bei dem Einstellen des Pferdes nicht aus dem Stall entfernt hat, derart, daß der Unfall — Verletzung des Pferdes durch die Zinken der Egge — allein als durch das Verschulden des Gastes verursacht anzusehen ist.

10. Stuttgart 20. 5. 15, WürttJ. 27, 140. Der Fahrgast, der sich einem Kraftwagen anvertraut, obwohl er das Unvermögen des Wagenführers zu ordnungsmäßiger Lenkung erkannt hat, verletzt die von jedermann, der einen Kraftwagen benutzt, zu erfordernde eigene Vorsicht so sehr, daß es unbillig wäre, den Wagenführer für den durch dies Verschulden mitverursachten Schaden auch nur teilweise haftbar zu machen.

11. **RG.** 15. (25.) 5. 16, LeipzZ. 16, 1245, R. 16, Nr. 1854, WarnE. 16, 446. Hat sich an einer Eisenbahnstation die Übung gebildet, daß ankommende Güter in den Graben geworfen und von dort von dem Empfänger über die Gleise abgeholt werden, so liegt kein überwiegendes, den Ersatzanspruch völlig ausschließendes Verschulden des Empfängers darin, daß er selbst das Abholen besorgt, sofern er sich die gefahrlose Durchführung zutrauen darf.

12. Rostock 14. 10. 15, MecklZ. 34, 189. Weist jemand in einem vom Eigentümer nicht beleuchteten Hause die ihm von dritter Seite angebotene Beleuchtung zurück, dann ist der Schaden, den er dadurch erleidet, daß er infolge der Dunkelheit eine Treppenstufe übersieht und hinfällt, ausschließlich auf seine eigene Handlung zurückzuführen; das Verschulden des Hauseigentümers wirkt bei der Entstehung des Schadens überhaupt nicht mehr mit. Zum mindesten tritt das eigene Verschulden des Hauseigentümers sowohl an Schwere, wie an ursächlicher Bedeutung für die Entstehung des Schadens gegenüber dem eigenen Verschulden des Verletzten ganz zurück, so daß die Schadensersatzpflicht des Hauseigentümers zu verneinen ist.

13. **RG.** 7. 1. 16, R. 16, Nr. 442. Ist ein Unfall auf einer Treppe durch das Zusammentreffen verschiedener von dem Hauseigentümer zu vertretender Mißstände verursacht worden, — außergewöhnliche Steilheit, mangelhafte Beleuchtung, schlechte Beschaffenheit der Stufen —, die demjenigen, der das Haus betritt, ohne weiteres erkennbar sind, dann ist die eigentliche grundlegende Ursache des Unfalls in dem Bestehenlassen des die Verkehrsgefahr erzeugenden Zustands der Treppe durch den Hauseigentümer zu suchen. Dieser ist daher für den Unfall haftbar.

14. **RG.** 9. 5. 16, WarnE. 16, 252. Wird ein Besucher einer Luftschiffhalle infolge nicht genügender Sicherungsmaßregeln in der Halle und infolge eigenen Verschuldens verletzt, dann ist bei der Abwägung des beiderseitigen Verschuldens zu beachten, daß der Unternehmer mit einer gewissen Unvorsichtigkeit der nach dem Luftschiff sehenden Personen rechnen muß, und daß es bei einem zahlreichen Besuche seine besondere Pflicht ist, dafür zu sorgen, daß niemand Zutritt zu der Halle bekommt, bevor für die Sicherheit des Verkehrs in dieser ausreichend gesorgt ist.

15. **RG.** 29. 11. 15, LeipzZ. 16, 605. Dem bei einem Unfall Verletzten ist die Operation des von ihm erlittenen Leistenbruchs, die sich gefahr- und fast schmerzlos vornehmen läßt, dann zuzumuten, wenn feststeht, daß er dadurch seine Arbeitsfähigkeit wieder gewinnen wird.

16. BayObLG. 22. 3. 15, betr. Maß des beiderseitigen Verschuldens im Falle der Tieferlegung einer Straße — JDR. 14, IV 1 zu § 254 —, abgedruckt auch: BayObLG. 16, A 48/59.

17. Hirsch, Über die Anwendbarkeit des § 254 gegenüber dem Beklagten in Ansehung der Kosten des Versäumnisurteils. HessRspr. 16, 266. In dem Nichterscheinen des Beklagten im Verhandlungstermine mag ein eigenes Verschulden liegen, wenn er den

Kläger nur teilweise befriedigt hat. Anders aber ist es bei gänzlicher Tilgung der Forderung des Klägers vor dem Termine; denn dann kann und muß er erwarten, daß der vollständig befriedigte Kläger seine Verurteilung nicht beantragen werde, und es liegt kein Verschulden vor, wenn er den Termin nicht wahrnimmt.

18. **RG.** 25. 1. 16, JW. 16, 578, LeipzZ. 16, 461. In den Fällen des § 839 Abs. 1 und Abs. 3 findet eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens nicht statt (**RG.** 86, 286). Jedes die Erlangung anderweiten Ersatzes vereitelnde Verschulden des Beschädigten schließt die Haftung aus § 839 und § 1 Ges. v. 1. 8. 09 aus.

19. Karlsruhe 13. 3. 15, BadRpr. 16, 68. Im Falle der Inanspruchnahme des Betriebsunternehmers durch die Berufsgenossenschaft auf Grund des § 903 Abs. 1 und 4 RVO. ist gegenüber der Feststellung, daß den Betriebsunternehmer eine Fahrlässigkeit im Sinne des § 230 StrGB. trifft, die Berufung auf ein Mitverschulden des Verletzten unerheblich. Denn nach § 230 Abs. 2 StrGB. genügt es, wenn das Tun und Lassen des Betriebsunternehmers wesentlich zur Herbeiführung der Folge mitgewirkt hat, die alleinige Ursache jenes Erfolgs braucht seine Handlung nicht zu sein. Weiter kommt es im Verhältnis zwischen Berufsgenossenschaft und Unternehmer nur darauf an, welche Leistungen der Berufsgenossenschaft nach dem Gesetze gegenüber dem Verunglückten obliegen; soweit eigenes Verschulden des Verunglückten für die Verpflichtungen der Berufsgenossenschaft ihm gegenüber unberücksichtigt zu bleiben hat, kommt es auch für den der Berufsgenossenschaft von dem Unternehmer zu leistenden Ersatz nicht in Betracht (**RG.** 62, 342).

20. Stuttgart 17. 3. 16, WürttZ. 28, 37. Die Anwendbarkeit des § 254 für das württ. Sachschadengesetz v. 4. 7. 03 unterliegt keinem Bedenken.

21. Beispiele für den Fall des Wildschadens in *Dickel, Forstzivilr. 1070, für den Fall, daß ein ohne besondere Befugnis im Walde außerhalb des öffentlichen Weges Wandernder durch den Schuß des Jägers verletzt wird, 634.

22. Im übrigen siehe bei § 276.

III. Abs. 2.

1. **RG.** 4. 4. 16, LeipzZ. 16, 1183. Der Vermieter, dem der Konkursverwalter das Mietverhältnis auf Grund des § 19 KO. gekündigt hat, muß sich bemühen, den aus der vorzeitigen Aufhebung des Mietvertrags folgenden Schaden abzuwenden oder zu mindern. Er muß diejenigen Maßregeln ergreifen, die er bei verständiger Würdigung seiner eigenen Interessen ergreifen muß, um eine Vermietung herbeizuführen. Wenn er in einem bestimmten Falle einen höheren Mietzins gefordert hat, so gereicht ihm dies zum Vorwurf nur dann, wenn entweder der geforderte Betrag unangemessen hoch ist, oder er auch einem ernsthaften Bewerber gegenüber auf dem Verlangen eines höheren Mietzinses selbst für den Rest der bisherigen Mietzeit bestanden haben würde. Ein angemessener Zuschlag kann jedenfalls dann verlangt werden, wenn für neue Mieter Änderungen in Frage kommen, die bei Fortsetzung des bisherigen Mietverhältnisses nicht erforderlich gewesen wären. Daß der Vermieter ein Angebot des Konkursverwalters ablehnt, die Räume gegen die Hälfte des bisherigen Mietzinses weiter zu benutzen, bis sich eine bessere Vermietung ermöglichen lasse, stellt sich als ein Verschulden nicht dar.

2. BayObLG. 17. 3. 16, R. 16, Nr. 905. Der Inhaber einer Dienstwohnung, der Schadensersatz wegen Gesundheitsbeschädigung durch Feuchtigkeit der im Erdgeschoß gelegenen Räume begehrt, ist zur Abwendung des Schadens verpflichtet, sich der trockenen Zimmer im ersten Stock als Wohnung zu bedienen, auch wenn diese niedrig sind, und der Aufenthalt in ihnen, wenigstens während der heißen Sommermonate, mit Unbequemlichkeiten verbunden ist.

3. **RG.** 31. 1. 16; BankA. 15, 345, R. 16, Nr. 633. Mitwirkendes Verschulden des Prokuristen ist darin zu finden, daß er einen Kassierer trotz Kenntnis seiner Untreue in der Stellung beläßt und dadurch große Unterschlagungen ermöglicht. Der durch die Unterschlagungen geschädigte Geschäftsinhaber muß sich das Verschulden seines mit der Leitung und Beaufsichtigung des Kassierers betrauten Prokuristen anrechnen lassen.

4. **RG.** 31. 1. 16, BankA. 15, 34, R. 16, Nr. 634. Der Gesichtspunkt, daß bei dem Schaden ein Verschulden der Hilfspersonen des Geschädigten mitgewirkt habe, das der Geschädigte sich anrechnen lassen muß, ist von Amts wegen zu beachten, wenn das auf § 254 sich stützende Vorbringen der Partei Tatsachen enthält, die ein Verschulden der Hilfspersonen des Gegners ergeben.

5. **RG.** 1. 10. 15 — JDR. 14, I 8 zu § 254 — abgedruckt auch: LeipzZ. 16, 235, SeuffA. 71, 185.

6. Im übrigen siehe bei § 278.

§§ 256, 257.

Friedrichs, 34 §§ 256, 257 sind weder bei Ansprüchen zwischen Behörden und Privaten noch auf Aufwendungen, die die öffentliche Kasse für den einzelnen macht, anwendbar. Dagegen ist ihre Anwendbarkeit auf öffentlich-rechtliche Ansprüche eines Privaten gegen den anderen zu bejahen, auch wenn der Rechtsweg nicht zulässig ist.

§ 258.

Friedrichs, 35. Soweit eine Vorschrift über Wegnahme einer Einrichtung im öffentlichen Recht vorkommt, ist § 258 anwendbar.

§ 259.

1. Königsberg 30. 3. 16, PosMSchr. 16, 65. Aus den Einzelfällen, die das BGB. und das HGB. angeben, läßt sich als allgemeiner Grundsatz nur herleiten, daß rechnungspflichtig ist, wer fremde Angelegenheiten besorgt oder solche, die zugleich eigene und fremde sind. Die Rechnungspflicht aber auf Fälle zu erstrecken, in denen es sich lediglich um die Teilnahme eines anderen — z. B. eines Maklers — am Reingewinn eines Betriebs oder eines Einzelgeschäfts handelt, ist nicht zulässig. Nur wenn außer dem Anspruch auf Reingewinn auch die Pflicht zur Deckung eines Verlusts besteht, läßt sich sagen, daß das Geschäft auf gemeinsame Rechnung geführt wird, und ein Anspruch auf Rechnungslegung bejahen (**RG.** 73, 288).

2. **RG.** 8. 10. 15, R. 16, Nr. 200. Das Recht auf Rechnungslegung ist ein vermögensrechtlicher Anspruch. Es geht bei der Pfändung und Überweisung des Hauptanspruchs auf den Pfändungspfandgläubiger über. Einer Erschwerung der Verpflichtung zur Rechnungslegung infolge mehrerer Pfändungen ist durch entsprechende Anwendung des § 432 zu begegnen. Bei Anordnung der Rechnungslegung an einen von den Klägern zu Beauftragenden wird eine Erschwerung der Verpflichtung zur Rechnungslegung vermieden.

3. Friedrichs, 35. §§ 259—261 sind im öffentlichen Recht nur anzuwenden, wenn aus der Vorschrift des öffentlichen Rechts eine Bezugnahme auf das BGB. erkennbar ist.

§ 260.

1. Schultzenstein, Die Erteilung von Auskunft auf dem Gebiete des Rechts. DJZ. 16, 662. Auskunft bedeutet nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche die Kunde, Nachricht oder Belehrung über Etwas, aus dem jemand nicht selbst kommen, d. h. sich herausfinden kann. Das Etwas kann alles Mögliche sein, also auf dem Gebiete des Rechts sowohl Tatsächliches, tatsächliche Verhältnisse und Tatfragen, wie Rechtliches, rechtliche Verhältnisse und Rechtsfragen. Dem Sprachgebrauche muß so lange gefolgt werden, als nicht Einschränkungen aus der maßgebenden Vorschrift zu entnehmen sind, wobei zu beachten ist, daß, um den Zweck einer Auskunft zu erreichen, noch andere Rechtseinrichtungen bestehen können, von denen Gebrauch gemacht werden kann oder muß, und die deshalb als das Besondere die Auskunft als das Allgemeine ausschließen. Im Verhältnisse einer Privatperson gegenüber einer anderen Privatperson gibt es ein Recht auf Auskunft und eine Pflicht zur Auskunft über den Bereich der darüber vorhandenen Vorschriften hinaus an sich nicht. Es ist aber möglich, daß durch besonderes Rechtsgeschäft (Vertrag, Auflage in einer letztwilligen Verfügung) das Recht oder die Pflicht begründet wird. Dies ist zulässig

und wirksam gemäß dem Inhalte des begründenden Rechtsgeschäfts. Die rechtliche Beurteilung ähnelt derjenigen im Falle von Erteilung eines Rats oder einer Empfehlung.

2. München 16. 6. 15, SeuffA. 71, 3. Das von dem Schuldner vorzulegende Verzeichnis kann auf „nichts" lauten. — Das Gericht ist bei Abnahme des Offenbarungseids in der Lage, mittels entsprechender Änderung der Eidesnorm jede glaubhaft im Besitze des Schuldners befindliche Art von Schriftstücken derart zu bezeichnen, daß der Schuldner im Falle des Verschweigens der Meineidstrafe nicht entgeht.

3. Friedrichs, 36. Die §§ 262—265 sind auf vermögensrechtliche Leistungen des öffentlichen Rechts unbedenklich anzuwenden. Außerhalb des Vermögensrechts ist es aber anders.

§ 263.

RG. 9. 5. 16, WarnE. 16, 248. § 263 gilt nur für die Wahlschuld, nicht für die facultas alternativa. Über die Wirkung der vom Schuldner abzugebenden Erklärung, von der facultas Gebrauch machen zu wollen, bestimmt das Gesetz nichts; es bestimmt also auch nicht, daß sie wirkungslos sei. Hier hängt vielmehr alles von dem Parteiwillen, von der besonderen Gestalt des Rechtsverhältnisses und der Handelssitte ab.

§ 266.

Friedrichs, 37. § 266 ist bei Schulden des öffentlichen Rechts überall anzuwenden, wo dem Schuldner die Befugnis zu Teilleistungen nicht durch besondere Vorschriften der Kassenordnung oder durch Verfügung der Behörde ausdrücklich eingeräumt ist. Ist die Steuer in Vierteljahrsraten zu zahlen, dann sind diese nicht als Teilleistungen anzusehen. Sind verschiedene Steuerarten auf einem Steuerzettel eingefordert, dann kann der Schuldner jede einzelne Steuer für sich zahlen. Bei Geldstrafen ist der auf einen Tag der Ersatz-Freiheitsstrafe entfallende Geldbetrag als Einheit anzusehen; der Schuldner kann jeden Tag Freiheitsstrafe von sich abwenden; Annahme von Zahlungen, die nicht einen Tag Freiheitsstrafe decken, kann die Kasse verweigern.

§ 267.

Friedrichs, 38. §§ 267, 268 gelten über das Vermögensrecht hinaus auch im öffentlichen Recht, auch von Geldstrafen, dagegen nicht von Freiheitsstrafen.

§ 268.

1. **RG.** 16. 2. 16, BankA. 15, 323, BayRpflZ. 16, 228, FrankfRdsch. 50, 1, JW. 16, 670, LeipzZ. 16, 689. Der Satz, § 268 Abs. 3 beziehe sich nur auf den Fall, wenn der Gläubiger wegen eines Teils seiner Forderung die Zwangsvollstreckung betreibe oder in Aussicht stelle, und die Befriedigung dieses Teils erfolge, geht in seiner Allgemeinheit zu weit. Die Vorschrift hat zwar den Fall der Teilbefriedigung im Auge, aber sie ist ganz allgemein gefaßt und begreift auch Ratenzahlungen, die in der Absicht der Befriedigung geleistet werden, auch dann, wenn sie nicht zu Ende geführt werden oder aus einem sonstigen Grunde der beabsichtigte Zweck, die Abwendung der Zwangsvollstreckung, nicht erreicht wird (vgl. **RG.** 82, 133). Zu diesem Zwecke muß die Zahlung, auch wenn es eine Teilzahlung ist, freilich geschehen sein.

2. BayObLG. 21. 1. 16, BayRpflZ. 16, 114, DJZ. 16, 997, LeipzZ. 16, 824, R. 16, Nr. 636. Bei Geltendmachung des Ablösungsrechts nach § 268 steht nur einem etwaigen Restbetrag der bezahlten Forderung der Vorrang vor dem auf den ablösenden Dritten übergegangenen Teilbetrag zu, nicht dagegen gebührt das Vorrecht einer weiteren selbständigen Forderung desselben Gläubigers.

§ 269.

1. Vereinbarung. a) Kiel 24. 2. 16, SchlHolstAnz. 16, 93. Der Käufer, der dem im Bestätigungsschreiben des Verkäufers enthaltenen Vermerk über den Erfüllungsort nicht widerspricht, ist, wenn er Kaufmann ist, an diesen Erfüllungsort gebunden, und zwar

sowohl dann, wenn das Bestätigungsschreiben nur die Antwort auf eine eingegangene Bestellung bildet, wie auch dann, wenn es sich als schriftliche Beurkundung eines bereits anderweitig abgeschlossenen Geschäfts darstellt.

b) Dresden 2. 11. 15, OLG. 33, 23. Durch das Stillschweigen des Empfängers eines Bestätigungsschreibens werden nur die aus dem Schreiben deutlich als solche erkennbaren Vertragsbestimmungen genehmigt. Steht der den Erfüllungsort betreffende Vermerk an einer leicht zu übersehenden, nicht allgemein üblichen Stelle in kleinerem Druck, ist er räumlich ohne Zusammenhang mit dem übrigen Inhalte des Schreibens und als Teil der Vertragsbestimmungen nicht erkennbar gemacht, dann stellt er sich nicht als etwas zum Vertragsinhalte Gehöriges dar und gilt nicht als genehmigt.

c) München 26. 11. 15, OLG. 33, 22. Wenn ein Kaufmann bei längerer Geschäftsverbindung auf den Kommissionskopien einen von dem gesetzlichen abweichenden Erfüllungsort als maßgebend erklärt, so drückt er damit deutlich aus, daß er als Verkäufer diesen Erfüllungsort vereinbaren will. Der Käufer unterwirft sich dieser Vereinbarung, wenn er diese Geschäftsbedingung widerspruchslos annimmt.

d) Dresden 26. 11. 15, SächsRpflA. 16, 268. Ist in dem Schlußscheine der Parteien ein bestimmter Erfüllungsort angegeben, und wird in diesem auf die allgemeinen Verkaufsbedingungen einer Verkaufsvereinigung Bezug genommen, die einen anderen Erfüllungsort bezeichnen, so ist der im Schlußscheine angegebene Erfüllungsort als vereinbart anzusehen.

2. Rostock 21. 1. 15, OLG. 33, 204. Daß Leistung und Gegenleistung Zug um Zug zu erfolgen haben, ändert an dem gesetzlichen Erfüllungsorte nichts.

3. Rostock 21. 1. 15, OLG. 33, 204. Da es für die Verpflichtungen des Käufers nur einen einheitlichen Erfüllungsort geben kann, entscheidet, wenn sowohl Zahlung als auch Abnahme der Ware in Frage stehen, die Zahlung, da diese die Hauptverpflichtung ist.

4. a) Hamburg 24. 1. 16, R. 16, Nr. 637, SeuffA. 71, 206. Der Satz, daß für den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach Wandlung der Ort als Erfüllungsort anzusehen ist, an dem die Ware sich befindet, gilt dann nicht mehr, wenn die Ware bereits versteigert ist und daher nicht mehr zurückgegeben werden kann, da dann der Grund für diesen Satz, daß die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug zu erfüllen sind, nicht mehr zutrifft. Es bleibt dann dabei, daß der Verkäufer die Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises an seinem Wohnsitz zu erfüllen hat.

b) Königsberg 1. 2. 16, OLG. 33, 24. Der Grundsatz, daß bei der Wandlung für die Rückgewährspflicht des Verkäufers der Ort als Erfüllungsort anzusehen ist, wo sich die Kaufsache infolge des Vertrags befindet, gilt auch dann, wenn die Sache untergegangen, insbesondere öffentlich versteigert und der Erlös an ihre Stelle getreten ist.

c) Dresden 24. 1. 16, OLG. 33, 23. Ist die Ware versteigert, dann ist die dem Verkäufer bei der Wandlung obliegende Rückgewährspflicht nicht mehr an dem Orte zu erfüllen, an dem sich die Ware bis zur Versteigerung dem Vertrage gemäß befunden hat.

5. München 11. 3. 16, OLG. 33, 204, SeuffA. 71, 417. Erfüllungsort für Zahlung der Vergütung des Lehrers ist nicht ohne weiteres der Ort, an dem nach dem Vertrage die Unterrichtsstunden zu geben sind.

6. Jena 5. 2. 14, ThürBl. 62, 290. Bei einem Bauvertrag, der einen größeren Um- und Ausbau eines Wohnhauses zum Gegenstand hat, sind nach der allgemeinen Verkehrsanschauung und der im Zweifel anzunehmenden Absicht der Vertragschließenden die Verpflichtungen beider Teile an dem Orte zu erfüllen, wo der Bau ausgeführt wird.

7. KG. 16. 5. 16, OLG. 33, 204. Die Schuld des Schuldübernehmers ist eine selbständige Verpflichtung und nicht ohne weiteres an dem für den ursprünglichen Schuldner geltenden Leistungsorte zu erfüllen.

8. Kiel 18. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 60. Der für eine offene Handelsgesellschaft einmal begründete Erfüllungsort wird durch die nachfolgende Auflösung und Liquidation der Gesellschaft nicht beseitigt, da sich der Erfüllungsort nach dem Zeitpunkte der Ent-

stehung des Schuldverhältnisses bestimmt und durch später eintretende Umstände nicht berührt wird.

9. Hamburg 7. 3. 16, OLG. 32, 297, R. 16, 400, SeuffA. 71, 347. Bei dem Distanzgeschäft ist, von besonderen Umständen abgesehen, der Erfüllungsort für den Verkäufer an seinem Wohnsitze. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Käufer die Gefahr des Transports übernommen hat (**RG.** 68, 78).

10. **RG.** 2. 7. 15 — FDR. 14, 2 zu § 269 — betr. Erfüllungsort bei Cif-Verkäufen, abgedruckt auch: **RG.** 87, 134, DJZ. 16, 129, HoldheimsMSchr. 16, 23; JW. 16, 1123, LeipzZ. 16, 1221, R. 16, Nr. 1973. Im übrigen vgl. über die Cif-Klausel B II zu § 346 HGB.

11. Über die Fob-Klausel vgl. B I zu § 346 HGB.

12. Hamburg 19. 2. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 204. Durch die Bestimmung des Vertrags „frei Waggon X" wird nur ausgedrückt, daß der Verkäufer die Kosten der Beförderung bis in den Eisenbahnwagen in X übernimmt. Der Erfüllungsort wird dadurch nicht geändert.

13. Hamburg 13. 7. 16, HansGZ. 16, Bbl. 289. Nach Aufhebung einer strafrechtlichen Beschlagnahme besteht keine Verpflichtung der Polizei- oder Gerichtsbehörden, die freigegebenen Sachen deren Eigentümer an dessen Wohnsitz zurückzusenden. Auch hier ist § 269 maßgebend, wonach der Schuldner im Zweifel an seinem Wohnsitze zu leisten hat. Billigkeitsgründe genügen nicht, um eine von der gesetzlichen Regel abweichende Rückgabepflicht an einem anderen Orte zu begründen.

§ 270.

1. **RG.** 22. 12. 15, R. 16, Nr. 638, 639. § 270 Abs. 1 ist nicht anwendbar, wenn der Gläubiger keinen Wohnsitz hat, weil er nach Aufgabe seines früheren einen neuen Wohnsitz nicht begründet hat. Weiß der Schuldner, daß der Gläubiger seinen Wohnsitz verlassen hat, während ihm sein nunmehriger Aufenthaltsort unbekannt ist, so ist er nicht verpflichtet, das Geld an den früheren Wohnsitz zu übersenden, weil der Gläubiger möglicherweise dem Postamte des früheren Wohnsitzes Nachsendungsauftrag gegeben haben kann.

2. Friedrichs, 38. § 270 kommt bei öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen zur Anwendung, wenn der Schuldner ein Privatmann ist. Zahlungen an öffentliche Kassen müssen postfrei ohne Abzug des Postgelds erfolgen; dasselbe gilt von öffentlich-rechtlichen Forderungen zwischen zwei Privaten.

§ 271.

1. **RG.** 1. 2. 16, R. 16, Nr. 921. Wenngleich ein Vertrag durch den Ausdruck „sofort" nicht zum Fixgeschäft wird, so muß die Leistung doch bei Meidung des Verzugs binnen ganz kurzer Zeit erfolgen, zumal wenn es sich um ein Ende 1914 geschlossenes Geschäft handelt.

2. **RG.** 14. 4. 16, LeipzZ. 16, 1185. Der Eintritt der Fälligkeit einer Forderung ist nicht davon abhängig, daß sie gerichtlich festgestellt wird. Die Fälligkeit eines Schadensersatzanspruchs ist ohne weiteres mit seiner Entstehung gegeben.

3. Lazar, 51. Leistungszeit und Vorbereitungsdauer. § 271 kann nur so verstanden werden, daß die Leistung, sobald ihre Bewirkung dem Schuldner möglich geworden ist, erfüllt werden muß, daß der Gläubiger aber sofort nach Vertragsschluß höchstens den Beginn der Leistung d. h. die Aufnahme der Vorbereitungshandlungen verlangen kann, ohne hierauf jedoch klagen zu können. Eine billige Zeitspanne zur Bewirkung der Leistung muß dem Schuldner gelassen werden. Bei zu kurzer Zeit für die Vorbereitung wird der Gläubiger seine Rechte wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung nicht geltend machen können (51—55).

4. Friedrichs, 39. § 271 Abs. 2 ist auf öffentliche Schulden anzuwenden.

§ 273.

1. **RG.** 7. 4. 16, JW. 16, 904. Die Auffassung, als ob die Erhebung unbegründeter, innerhalb oder außerhalb eines bestimmten Rechtsverhältnisses aufgestellter Ansprüche

eine Rechtspflicht zur Zurückziehung dieser Ansprüche als zu einer „geschuldeten Leistung“ begründe, verkennt Inhalt und Grenze des § 273; aus solcher Auffassung ergäbe sich die sofortige stets vorhandene Möglichkeit, die Voraussetzungen des § 273 willkürlich zu schaffen.

2. **RG.** 4. 3. 16, R. 16, Nr. 1263. Auch Unterlassungen können den Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts bilden.

3. **RG.** 4. 3. 16, R. 16, Nr. 1264. Der Zurückhaltungsberechtigte ist befugt, eine die von ihm geschuldete Leistung lediglich vorbereitende Handlung rückgängig zu machen. Die Rückgängigmachung einer solchen Handlung ist nur als Nichtbewirkung, also als Zurückbehaltung der geschuldeten Leistung aufzufassen.

4. Kiel 30. 3. 16, SchlHolstAnz. 16, 102. Ein durch Vertrag begründetes Zurückbehaltungsrecht, das nur zwischen den Parteien, nicht dinglich, wirkt und in Anlehnung an das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht geregelt wird, ist zulässig (**RG.** 66, 26).

5. KG. 14. 1. 16, KGBl. 16, 41. Der Ehefrau des Erblassers steht gegenüber dem Anspruche des Erben auf Herausgabe des durch den Todesfall in ihren Besitz gelangten Nachlasses das Zurückbehaltungsrecht wegen ihres Anspruchs auf Auszahlung ihres eingebrachten Vermögens zu. Der allein geforderte wirtschaftliche und tatsächliche Zusammenhang (**RG.** 57, 6) besteht zwischen beiden Ansprüchen. **RG.** 25. 2. 10 (WarnE. 10, 149) steht nicht entgegen, da es sich dort nur um das Recht des Miterben, die Herausgabe von Erbschaftsgegenständen für die Auseinandersetzung zu verweigern, handelt.

6. Dresden 9. 12. 15, SächsOLG. 37, 310. Aus dem zwischen dem Vermittlungsagenten ohne Abschlußvollmacht und dem Geschäftsherrn bestehenden Schuldverhältnisse ergibt sich, daß der Vermittlungsagent zur Zurückhaltung von Aufträgen, die er von Kunden entgegengenommen hat, nicht berechtigt ist, da die Zurückhaltung der Aufträge zur Folge haben würde, daß sie der Geschäftsherr weder annehmen noch ausführen kann, und da die Zurückhaltung die dem Agenten obliegende Leistung geradezu vernichten würde.

7. Colmar 1. 8. 14, BayersZ. 23, 80. Der Bücherrevisor, dem Geschäftsbücher von einem Geschäftsmann zur Erstattung eines Gutachtens übergeben worden sind, hat kein Zurückbehaltungsrecht an diesen. Wegen der Unentbehrlichkeit der Geschäftsbücher für den Auftraggeber und mit Rücksicht auf das diesem nach § 649 jederzeit freistehende Kündigungsrecht ist anzunehmen, daß dem Bücherrevisor die Bücher nur übergeben worden sind unter der selbstverständlichen Verpflichtung, sie unverzüglich zurückzugeben, sobald und so oft dies verlangt werden wird, und zwar auch unbekümmert um seine etwaigen Ansprüche auf Entlohnung. Trifft dies aber zu, dann ergibt sich aus dem Schuldverhältnisse, daß das Zurückbehaltungsrecht des Bücherrevisors ausgeschlossen sein soll (JW. 11, 536).

8. *Dickel, Forstzivilrecht 370, gibt einige dem Jagdrecht angehörige Beispiele. D. vertritt auch den Standpunkt, daß der Zurückbehaltende nicht notwendig Besitzer der Sache sein müsse, daß es vielmehr genüge, wenn sich die Sache in seiner Besitzsphäre befinde; dazu gibt er ein Beispiel aus dem Verkauf des im Walde geschlagenen Holzes, wenn der Waldbesitzer nach Übergabe des Holzes an den Käufer (§ 854 Abs. 2 BGB.) es zur Verhütung der Borkenkäfergefahr schälen lassen muß.

9. Friedrichs, 39. §§ 273, 274 sind auch auf solche Verhältnisse des öffentlichen Rechts anzuwenden, die zu dem Geltungsbereiche des BGB. gehören, und auf solche, die dem BGB. zwar nicht unterstehen, aber die entsprechende Anwendung gestatten. — Die Verpflichtung der Beamten zur Dienstleistung und ihr Anspruch auf Gehalt beruhen nicht auf einem und demselben rechtlichen Verhältnis; eine Zurückhaltung der Dienste mangels Gehaltzahlung oder der Gehaltzahlung mangels Leistung der Dienste ist nicht gegeben.

§ 275.

A. Allgemeines.

1. Hamburg 27. 1. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 103. Dem Verkäufer, der vorbehaltlos eine Ware verkauft, die er sich erst von einem Dritten verschaffen muß, wird die ihm ob-

liegende Leistung nicht unmöglich, wenn der Dritte aus irgendeinem Grunde nicht liefert. Er trägt die Gefahr und kann sich seiner Verpflichtung nicht unter Berufung auf § 275 entziehen (HansGZ. 12, Hptbl. 63).

2. Salinger, Zur Frage des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung. LeipzZ. 16, 295. Solange der Schuldner sich auf sein Unvermögen zur Leistung nicht beruft, muß dies für die Entscheidung außer Betracht bleiben.

3. **RG.** 4. 2. 16, JW. 16, 669, LeipzZ. 16, 534, R. 16, Nr. 644. Wenn nach Entstehung des Schuldverhältnisses die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstands unmöglich wird, dann verwandelt sich die Verbindlichkeit des Schuldners in eine solche auf Schadensersatz. Ein Urteil auf eine Leistung, deren Unmöglichkeit bereits feststeht, ist nicht zu erlassen.

4. **RG.** 4. 3. 16, LeipzZ. 16, 802, WarnE. 16, 145. Ein Urteil ist auf den ursprünglichen Gegenstand nicht mehr zu erlassen, wenn die Unmöglichkeit dieser Leistung bereits feststeht (**RG.** 54, 28).

5. Über die Unmöglichkeit der Leistung bei Unterlassungspflichten: siehe § 362, 5.

6. Hamburg 27. 1. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 103. Ein nachträglich eintretendes Unvermögen liegt nicht vor, wenn dem Schuldner die Leistung schon zur Zeit des Vertragsschlusses unmöglich war. Daß er sich darüber erst später klar wird, ist unerheblich.

7. Hamburg 27. 6. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 215. Kann die Erfüllung nicht mehr unter den wirtschaftlichen Bedingungen erfolgen, die nach dem Inhalte des Vertrags von den Parteien vorausgesetzt waren, so sind diese an den Vertrag ebensowenig gebunden, wie sie es sind, wenn die Lieferung unmöglich geworden ist.

8. Salinger, Zur Frage des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, LeipzZ. 16, 295. Wenn ein anderer die Leistung des Schuldners erfüllt und darum eine Erfüllung durch den Schuldner nicht mehr in Frage kommen kann, wenn also für die zur Zeit der Erfüllung möglich gewesene Leistung infolge nachträglich eingetretener Umstände kein Raum mehr ist, dann liegt eine Erfüllungserledigung vor. Von einer Erfüllungsunmöglichkeit kann aber nicht gesprochen werden. In einem derartigen Falle sind §§ 280, 282 nicht anwendbar.

9. Friedrichs, 40. Der Grundsatz, daß der Schuldner von seiner Leistung frei wird, wenn diese nachträglich unmöglich oder der Schuldner unvermögend wird, gilt auch im öffentlichen Recht. Bei Verpflichtungen im öffentlichen Interesse kann aber, wenn das öffentliche Interesse nicht vollständig erledigt ist, unter Umständen eine Ersatzleistung verlangt werden.

B. Kriegsrecht.

Schrifttum: Plum, Der Einfluß des Kriegs auf schwebende Lieferungsverträge im Lichte der Rechtsprechung, JW. 16, 1359.

I. Wirkliches Nichtleistenkönnen.

1. Dresden 19. 5. 16, SächsRpflA. 16, 319. Sind Waren eines bestimmten Ursprungsortes und einer bestimmten „Saison" während eines bestimmten Zeitraums zu liefern, dann wird der Verkäufer von der Lieferpflicht frei, wenn der Ursprungsort während der Lieferzeit vom Feinde besetzt gewesen ist, da dadurch die ihm obliegende Leistung unmöglich geworden ist, ohne daß er die Unmöglichkeit zu vertreten hätte. Eine Verpflichtung zur Lieferung besteht auch dann nicht, wenn nach Ablauf der vertragsmäßigen Lieferungszeit der Ursprungsort von dem Feinde befreit wird und der Verkäufer wieder die Ware von dort erhält (§ 271 Abs. 1, WarnE. 14, 397).

2. München 23. 8. 16, JW. 16, 1293, R. 16, 591. Erfüllung eines Vertrags, nach dem etwa 76- und etwa 75prozentiger Graphit zu liefern ist, wird nicht dadurch unmöglich, daß nach der Beschlagnahmeordnung nur noch 80prozentiger Graphit verarbeitet werden darf. Es ist dann eben 80prozentiger zu liefern.

3. a) Hamburg 25. 3. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 128, LeipzZ. 16, 830, OLG. 32, 311,

SeuffA. 71, 262. An sich wird der Verkäufer durch ein Ausfuhrverbot von der Lieferung der Ware befreit. Dies gilt aber nicht, wenn der Verkäufer bei dem Vertragsschlusse erklärt, die Ware habe den Hoheitsbereich des Staates, der später das Ausfuhrverbot erlassen hat, bereits verlassen. Denn dann hat er die Gefahr beim Vertragsschlusse übernommen und kann seine Lieferungsweigerung nicht auf das Ausfuhrverbot stützen.

b) Wodtke, Der Einfluß von Ausfuhrverboten auf die Vertragspflichten inländischer Verkäufer, JW. 16, 1099. Bestand das Ausfuhrverbot zur Zeit des Vertragsschlusses schon, und ist es den Vertragschließenden bekannt, dann ist unter entsprechender Anwendung des § 308 der Vertrag als aufschiebend bedingt für den Fall der Erteilung der Ausfuhrbewilligung geschlossen anzusehen. Wird das Ausfuhrverbot erst nach Vertragsschluß erlassen, dann sind §§ 275, 323 anwendbar. Es wird dann zwar nicht die Leistung der Ware als solche, sondern der Transport über die Grenze unmöglich, die tatsächliche Unmöglichkeit, die Ware über die Grenze zu bringen, stellt aber eine Unmöglichkeit der Erfüllung stets dann dar, wenn — was die Regel bildet — der Sinn des Vertrags ergibt, daß die Ware ins Ausland gehen soll. Nicht der bloße Erlaß des Ausfuhrverbots schafft die Unmöglichkeit, sondern diese tritt erst dann ein, wenn ordnungsmäßige Bemühungen des Verkäufers um die Beschaffung der Ausfuhrbewilligung gescheitert sind. Die Verpflichtung des Verkäufers, diese Bewilligung zu beschaffen, ist gegeben, auch dann, wenn cif Inland verkauft ist, oder wenn ein inländischer Erfüllungsort besteht.

c) Armbruster, Ausfuhrverbot, JW. 16, 1268. Das Ausfuhrverbot erzeugt eine endgültige Unmöglichkeit der Versendung. Die Annahme, der Verkäufer müsse stets alles tun, was in seiner Macht stehe, um eine Befreiung von dem Ausfuhrverbote zu erreichen, hat keine Grundlage im Gesetze (§§ 433, 269, 447); auch eine Mitwirkung zur Erlangung der Befreiung liegt ihm gesetzlich im allgemeinen nicht ob. Entscheidend ist, welcher Erfüllungsort vereinbart ist. Liegt dieser im Auslande, dann hat der Verkäufer allerdings alles zu tun, um seiner Übergabe- und Versendungspflicht zu genügen; liegt er im Inlande, dann braucht er sich nicht darum zu kümmern, wie der Käufer die Ware über die Grenze bringt. Ist die Versendungspflicht wesentlicher und selbständiger Vertragsbestandteil, dann hat der Verkäufer sich darum zu bemühen, die Versendung herbeizuführen. Stellt sich dann die Unmöglichkeit der Versendung nach dem vertraglichen Bestimmungsorte heraus, dann wird er von dem ganzen Vertrage frei, wie dies auch der Käufer wird.

4. a) α. Hamburg 1. 12. 15, JW. 16, 351, LeipzZ. 16, 626. Die Kriegsbeschlagnahme der zu liefernden Ware macht die Leistung des Verkäufers unmöglich. Sie befreit ihn dauernd von der Lieferungsverpflichtung, auch für den Fall der nachträglichen Aufhebung der Beschlagnahme zu seinen Gunsten.

β. Lehmann, Die Kriegsbeschlagnahme, Jena 1916. Die Beschlagnahme der von ihm erfaßten Gegenstände macht die Erfüllung eines bereits geschlossenen Lieferungsvertrags unmöglich, freilich nicht ohne weiteres dauernd, sondern nur zuweilen vorübergehend; doch wird die Unmöglichkeit in dem Augenblicke eine dauernde, wo ein bestimmtes Überlassungsverlangen als eine Lieferungsanweisung von der bestimmten Stelle erfolgt (38).

γ. Hamburg 14. 1. 16, OLG. 32, 317, R. 16, 401. Lieferungsunmöglichkeit liegt vor, wenn die am Orte selbst lagernde Ware beschlagnahmt ist und infolge der Einstellung des Güterverkehrs für private Rechnung keine andere Ware an diesen Ort gebracht werden kann.

δ. Kiel 7. 6. 16, SchlHolstAnz. 16, 157. Die Beschlagnahme der inländischen Rohstoffe führt eine Unmöglichkeit der Leistung nicht herbei, wenn die verkaufte Ware nicht auf Herstellung mit einheimischen Rohstoffen begrenzt wird, und ausländische Rohstoffe noch am Markt zu haben sind.

ε. Hamburg 1. 2. 16, JW. 16, 444, LeipzZ. 16, 625, OLG. 32, 316, R. 16, 245, 401, Nr. 627. Wenn sich der Verkäufer am 1. August 1914 unter den damals obwaltenden Umständen zur sofortigen Verladung der Ware verpflichtet hat, dann ist diese Abmachung dahin zu verstehen, daß er aus dem damals in seiner Verfügungsmacht stehenden Vorrate

erfüllen sollte. Die Beschlagnahme dieses Vorrats macht die ihm obliegende Leistung unmöglich.

ζ. Dresden 29. 3. 16, SächsRpflA. 16, 242. Wenn nach der Kriegsbeschlagnahmeverfügung der Behörde eine Spinnerei von ihren Vorräten nur noch an solche Käufer abgeben darf, die bereits im Besitze von Heeresaufträgen sind, zu denen die Garne Verwendung finden sollen, dann wird sie nach § 275 von ihrer Lieferungspflicht frei, wenn ihr Käufer innerhalb einer ihm gesetzten angemessenen Frist die verlangte Erklärung über die nachweisbare Verwendung der Garne zu Heereszwecken nicht abgibt und nicht abgeben kann, weil er keine Heeresaufträge hat und das gekaufte Garn sich nicht zu solchen eignet.

b) LG. Hamburg 10. 12. 15, LeipzZ. 16, 265, R. 16, 142. Wenn eine unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache von der Heeresverwaltung beschlagnahmt wird, dann wird dem Verkäufer die ihm nach der Übergabe noch obliegende Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung unmöglich.

c) **RG.** 13. 7. 16, JW. 16, 1333, R. 16, 501, WarnE. 16, 338. Die Tatsache einer Beschlagnahme auf Grund des Kriegsleistungsgesetzes vom 13. 6. 73 zieht nicht für sich allein das Erlöschen des Anspruchs des Käufers auf Erfüllung nach sich. Dagegen kann sie die Unmöglichkeit der dem Verkäufer obliegenden Leistung zur Folge haben. Dies ist aber nicht der Fall, wenn die dem Verkäufer gegenüber ergangene Verfügung schon nach wenigen Tagen wieder aufgehoben wird. Denn bei einem von vornherein nicht an eine genau bestimmte Zeit gebundenen Vertragsverhältnisse kann die Behinderung von einigen Tagen den Inhalt der Leistung nicht zu einem anderen gestalten. Diese Behinderung ist auch dann unerheblich, wenn der Geschäftsbetrieb des Verkäufers trotz der Beschlagnahme weitergegangen ist und die dem Käufer zu liefernde Ware erst fertig gestellt werden mußte.

5. a) **RG.** 28. 3. 16, LeipzZ. 16, 737. Die BRVO. v. 25. 1. 15 (RGBl. 35) in Verbindung mit der Bek. des Reichskanzlers v. 9. 3. 15 (RGBl. 139), die nur den Mühlen die Abgabe von Kleie an jemand anders als die Bezugsvereinigung deutscher Landwirte verbietet, macht dem Verkäufer die Lieferung von Kleie nicht unmöglich, wenn er sie sich von anderen Personen, die noch im Besitze sind, beschaffen kann.

b) **RG.** 14. 3. 16, WarnE. 16, 145. Durch die BRVO. v. 9. 3. 15 über die Regelung des Verkehrs mit Gerste (RGBl. 139) wird — wegen § 4 Abs. 2d, § 14 Abs. 2d — die kaufmännische Lieferung von Graupen nicht unmöglich gemacht.

c) v. Dassel, Zur Anwendung des § 281 auf die Beschlagnahme, JW. 16, 1398. Unmöglichkeit der Leistung liegt auch vor, wenn es sich um die Beschlagnahme von Tierfuttermehl auf Grund der VO. v. 31. 3., 27. 5. und 28. 6. 15 (RGBl. 195, 312ff., 399ff.) handelt, die nicht zugunsten des Staats, sondern der Bezugsvereinigung der deutschen Landwirte erfolgt, welche das Mehl an die Konsumenten absetzt, und bei der die Ware also im Verkehr bleibt. Daß an den Vertragsgegner nicht mehr geliefert werden kann, ist der Unmöglichkeit gleichzuachten. Erst die Erklärung der Bezugsvereinigung, daß sie die Ware nicht freigebe, führt die Unmöglichkeit herbei.

d) Wegen der BRVO. v. 28. 10. 14: unten B II 4i.

6. **RG.** 2. 6. 16, R. 16, 460. Eine Leistung, die nur unter Verletzung höherer sittlicher Pflichten bewirkt werden kann, ist im Rechtssinne unmöglich. Doch liegt Unmöglichkeit aus diesem Grunde nicht vor, wenn noch nicht ein unbedingtes, bindendes Verbot der weiteren Verwendung eines Rohstoffs zur Herstellung einer bestimmten Ware erlassen ist, sondern nur aus einem Schreiben der Militärbehörde hervorgeht, daß eine weitere Lieferung des Rohstoffs zur Herstellung solcher Waren in die Maßnahmen der Behörden eingreifen und dem Wunsche dieser sowie dem öffentlichen Interesse widersprechen würde.

7. Hamburg 10. 11. 15, R. 16, 79. Hat der Verkäufer nach seinem Belieben Verschiffungs- oder Locoware zu liefern, dann wird er nicht frei, wenn infolge des Kriegs die Heranbringung der verkauften Ware auf dem Schiffe nicht möglich und er wegen Mangels an Zahlungsmitteln zur Eindeckung in Locoware außerstande ist.

8. a) **RG.** 7. 7. 16, DJZ. 16, 1079, JW. 16, 1408, LeipzZ. 16, 1301, WarnE. 16, 345.

Hat bei einem einfachen Lieferungsgeschäft der Verkäufer Ware gewisser Beschaffenheit, überseeischer Herkunft und Ernte an einem bestimmte Orte Deutschlands innerhalb bestimmter Zeit zu liefern, steht es ihm frei, die Ware in beliebiger Weise, insbesondere auch vom Lager, zu liefern, und ist zur Erfüllungszeit solche Ware am Leistungsorte am Markte, dann ist die ihm obliegende Leistung nicht unmöglich, wenn auch die Ladungen mit den Dampfern, die er für den Käufer bestimmt hat, infolge des Kriegs teils liegen geblieben, teils beschlagnahmt worden sind.

b) Hamburg 17. 10. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 311. Kann der Verkäufer infolge des Kriegs die Vertragsware zur Zeit des Abrufs in den erforderlichen Mengen auf keine Weise von dritter Seite erhalten (flüssiger Fleischextrakt bestimmter Beschaffenheit), so ist er von der Leistungspflicht wegen nachträglich eingetretener Unmöglichkeit befreit, falls er nicht etwa den Umstand, daß er sich zur Zeit des Kriegsausbruchs nicht im Besitze der verkauften Ware befand, zu vertreten hat (aus tatsächlichen Erwägungen verneint).

9. Abladegeschäft. Überseeisches Geschäft. a) **RG.** 9. 5. 16, WarnE. 16, 248. Da bei Verkäufen auf Abladung von überseeischen Plätzen die Abrede der Zeit der Verschiffung als so wesentlich gilt, daß eine außerhalb dieser Zeit abgeladene Ware nicht zur Erfüllung des Vertrags dienen kann, ist endgültige Unmöglichkeit der Erfüllung eingetreten, wenn bis zum Ablaufe der festgesetzten Verschiffungszeit Dokumente nicht angeboten und nicht mehr zu beschaffen sind.

b) **RG.** 27. 6. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 252, WarnE. 16, 346. Bei Verkäufen auf Abladung von überseeischen Plätzen, bei denen die vereinbarte Zeit der Verschiffung wesentlich ist und eine Abladung außerhalb dieser Zeit nicht als Vertragserfüllung gilt, wird der Verkäufer von seiner Lieferungspflicht frei, wenn die dem Vertrage entsprechende Art der Verschiffung während der Vertragszeit infolge des Kriegs unmöglich ist.

c) Hamburg 30. 6. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 217. Bei dem reinen Abladegeschäft bewirkt die Verhinderung der Abladung durch den gegenwärtigen Krieg eine Unmöglichkeit der Leistung, indem, bei der handelsüblichen Bedeutung des Abladetermins für die Qualifizierung der Ware, die Verhinderung der Abladung die wirtschaftliche Bedeutung und den Inhalt der Leistung derart berührt, daß die Bewirkung der vertragsmäßigen Leistung als unmöglich zu gelten hat.

d) Hamburg I 7. 6. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 187, LeipzZ. 16, 1139. Eine Unmöglichkeit der Abladung während der Abladezeit z. B. von Holländisch-Indien nach Hamburg liegt dann vor, wenn am Ende derselben die Abladung wegen des Kriegs unmöglich ist.

e) Hamburg III 9. 11. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 105, OLG. 31, 396. Kann infolge des Kriegs die vereinbarte Verladung der Ware in Japan und ihre Verschiffung nach Deutschland nicht erfolgen, dann wird der Verkäufer von seiner Lieferpflicht frei. Denn eine Lieferung über neutrale Länder kann ihm wegen der erheblichen Mehrkosten und des großen Zeitverlustes nicht zugemutet werden.

f) Hamburg 25. 5. 16, LeipzZ. 16, 1266, R. 16, 591. Ging bei einem überseeischen Abladegeschäft die Verpflichtung des Verkäufers dahin, die Dokumente über die von ihm „Juni 1914 Abladung in Japan" verkaufte Ware sich im August 1914 in Hamburg zu beschaffen, dann ist ihm zu diesem Zeitpunkte diese Leistung unmöglich gewesen. Denn im Juni 1914 in Japan abgeladene Ware konnte zur Verhütung der Wegnahme durch die Feinde nur noch durch eine dem Verkäufer nicht zuzumutende, unter Benutzung von Deckadressen ins Werk gesetzte, mit ganz anderem Risiko, besonderen geschäftlichen Schwierigkeiten und Kosten verbundene Umladung bzw. auf Umwegen über neutrale Länder nach Hamburg gebracht werden.

g) Hamburg 26. 2. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 87, LeipzZ. 16, 765, OLG. 32, 315, R. 16, 245, SeuffA. 71, 263. Dem Verkäufer einer von Australien nach Hamburg „promptmöglichst" zu verschiffenden, nach ausgeliefertem Gewicht verkauften Ware, die mit der Zeit eintrocknet und an Gewicht verliert, wird die von ihm in Hamburg zu erfüllende Leistung unmöglich, wenn infolge des Kriegs der mit der Ware beladene Dampfer einen

Nothafen anlaufen muß. Infolge der hierdurch verursachten Hinausschiebung der Lieferungszeit würden seine Verpflichtungen eine solche Erweiterung und Veränderung erhalten, daß ihr Inhalt nicht mehr dem Vertrage entsprechen würde, und ein solches Übermaß von Leistungen ihm nicht zugemutet werden kann.

h) Hamburg 23. 5. 16, JW. 16, 1217, LeipzZ. 16, 1056, R. 16, 501. Der Verkäufer wird von der ihm nach § 444 obliegenden Verpflichtung zur Auslieferung der über die Waren ausgestellten Konnossemente frei, wenn er vor Ausbruch des Kriegs den ausländischen Ablader beauftragt hat, sie an seinen Londoner Bankier zu senden, und nach Kriegsausbruch die Konnossemente in London anderweitig verkauft sind, da nach englischem Kriegsrecht ihre Auslieferung an den Verkäufer verboten ist.

i) **RG.** 4. 2. 16; 88, 71. Bei einem Abladegeschäft, bei dem vereinbart ist, daß Gegenstand der im deutschen Hafen zu erfüllenden Lieferpflicht eine innerhalb bestimmter Monate von dem überseeischen Abladeort abgeladene oder abzuladende Ware ist, welche sofort nach Ankunft des Dampfers auf Grund der alsdann vom Käufer einzulösenden Konnossemente vom Kai empfangen werden soll, ist die Erfüllung nicht schon dann unmöglich, wenn der Verkäufer selbst keine dem Vertrag entsprechenden Abladungen bewirken kann, sondern nur dann, wenn vertragsmäßig abgeladene Waren (oder Konnossemente über solche in ankommenden Schiffen) am Markt überhaupt nicht erhältlich sind.

II. Schwierigkeit der Beschaffung.

1. Rostock 14. 10. 15, MecklZ. 34, 163. Der Umstand, daß der Handel mit der verkauften Ware infolge des Kriegs Störungen erfahren hat, ohne daß die Lieferbarkeit überhaupt aufgehört hat, und daß eine Preissteigerung eingetreten ist, ist nicht der Unmöglichkeit der Lieferung gleichzusetzen.

2. Rostock 2. 3. 16, MecklZ. 35, 15, OLG. 32, 313, R. 16, 401. Die Schwierigkeit der Beschaffung der Ware, die darin besteht, daß die Verwertungsgesellschaft den Händlern keine Ware mehr liefert, und daß es reiner Zufall ist, wenn jemand noch solche Ware zu beschaffen vermag, ist bei Berücksichtigung der für die Ware eingeführten Höchstpreise so außergewöhnlich, daß sie nach der Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleich zu achten ist.

3. Stuttgart 4. 5. 16, JW. 16, 1035, R. 16, 500. Auf Betriebserschwerung zufolge Unterbindung des Rohstoffbezugs durch ein ausländisches Ausfuhrverbot kann sich jemand nicht berufen, der noch erhebliche Vorräte besitzt und anderweitig unschwer beschaffen kann.

4. Dresden 8. 2. 15, SeuffA. 71, 233. Der Begriff der Unmöglichkeit darf nicht auf den Fall beschränkt werden, daß kein Mensch die Leistung zu bewirken vermöchte. Der unbedingten Unmöglichkeit der Leistung ist vielmehr auch der Fall gleichzusetzen, daß der Schuldner nur mit übermäßiger Kraftanstrengung, also nur unter solchen Schwierigkeiten oder nur unter so großen Aufwendungen zu erfüllen vermöchte, daß ihm die Leistung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht zugemutet werden kann.

5. Erhöhung der Anschaffungskosten. a) Posen 24. 11. 15, PosMSchr. 15, 149, R. 16, 142. Der Verkäufer einer Gattungsware wird dadurch, daß infolge des Kriegs die Anschaffungskosten erheblich gestiegen sind, von der Lieferungspflicht nicht befreit.

b) **RG.** 21. 3. 16, R. 16, 349. Bei der Prüfung der angeblichen Unmöglichkeit der Leistung wegen Unerschwinglichkeit des Preises ist ein strenger Maßstab anzulegen.

c) **RG.** 21. 3. 16, DJZ. 16, 349, LeipzZ. 16, 870, R. 16, 349, 350. Bei einem Getreidegeschäft des Großhandels, für das der Wohnsitz des Verkäufers ohne Bedeutung ist, wird der Verkäufer wegen Unbeschaffbarkeit der Ware von der Pflicht zur Leistung nicht frei, solange er die Ware an irgendeinem deutschen Markte erhalten kann, mag er sie auch an dem eigenen Wohnsitz und in der eigenen Provinz nicht beschaffen können.

d) **RG.** 21. 3. 16; 88, 172, DJZ. 16, 815, GesuR. 17, 544, HessRspr. 17, 98, JW. 16, 830, LeipzZ. 16, 801. Für Geschäfte, durch die im Großhandel marktgängige Ware verkauft wird, gilt der Grundsatz, daß der Verkäufer niemals von der Leistung frei

wird, solange die Ware am Markte gehandelt wird und zu haben ist. Kein noch so außerordentliches Steigen des Preises befreit den Verkäufer, solange ein wirklicher Marktpreis besteht, zu dem die Ware zwischen verschiedenen Verkäufern und Käufern gehandelt wird und in einer für die Vertragsleistung genügenden Menge käuflich ist.

Hierzu: α. Cahn, Lieferungspflicht trotz stärkster Preissteigerung, LeipzZ. 16, 1165. Im Urteile vom 21. 3. 16 ist stets nur eine Leistung mit Mitteln zugrunde gelegt, auf deren Anwendung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gerechnet werden darf. Mit ganz ungewöhnlichen Mitteln zur Anschaffung der Ware braucht der Verkehr vor und nach dieser Entscheidung nicht zu rechnen.

β. Mittelstein, Marktpreis und Unmöglichkeit der Leistung, DJZ. 16, 977. In RG. 21. 3. 16 ist der Gesichtspunkt des Bestehens eines Marktpreises nur in einer bestimmten Richtung verwertet worden, indem daraus, daß eine Mehrheit von Kaufleuten zu festem Preise kaufte, gefolgert wird, daß es deshalb auch dem Verkäufer nicht gestattet sein könne, sich auf eine Unmöglichkeit der Lieferung zu berufen, wo er zu einem Marktpreise die Ware seinerseits erstehen könne. Das Bestehen des Marktpreises ist daher nur ein durchschlagender Umstand dafür, daß nach Treu und Glauben dem Verkäufer zuzumuten sei, seinerseits einen, wenn auch noch so hohen Einkaufspreis anzulegen, sofern das die anderen Kaufleute auch noch tun. Dafür, daß dies die anderen Kaufleute nicht aus besonderen Gründen des einzelnen Falls getan haben, sondern daß die Ware zur fraglichen Zeit im regelmäßigen Handel so hoch gewertet wird, spricht das Bestehen eines „wirklichen Marktpreises". Dann kann aber auch dem Verkäufer, der sich nicht rechtzeitig eingedeckt hat, zugemutet werden, nachträglich den hohen Preis zur Beschaffung der Ware anzulegen.

e) Hamburg 11. 5. 16, SeuffA. 71, 385. Ein Lieferant, der sich bei Abschluß des Lieferungsvertrags nicht mit der zur Erfüllung seiner Lieferungspflicht erforderlichen Ware versorgt, muß gewärtigen, daß er zu der Zeit, zu der seine Verpflichtung fällig wird, Preisaufschläge bis zu 25 % des Vertragspreises auf sich nehmen muß, um seine Lieferungsverpflichtungen zu erfüllen. Von einer Unmöglichkeit der Lieferung in dem Sinne, daß dem Verkäufer die Beschaffung der Ware zu dem erhöhten Tagespreise nicht zugemutet werden kann, kann hier nicht die Rede sein.

f) Hamburg 20. 5. 16, SeuffA. 71, 386. Eine Preissteigerung von 50 % ist nicht so groß, daß billigerweise dem Verkäufer die Beschaffung der Ware nicht zugemutet werden könnte.

Hierzu: Hamburg 20. 6. 15, LeipzZ. 16, 1058, R. 16, 502. Soll der Vertrag als aufgehoben gelten, „soweit" die Einfuhr durch behördliches Verbot unmöglich gemacht wird, dann genügt eine Preissteigerung von 50 % nicht.

g) Stuttgart 14. 4. 16, R. 16, 350. Erhöhung der Beschaffungskosten um 50 % bewirkt keine Unmöglichkeit der Lieferung, zumal wenn der Vertrag nach Kriegsausbruch geschlossen ist und der Verkäufer dabei ausdrücklich erklärt hat, er könne trotz des Kriegszustandes liefern.

h) Hamburg I 14. 2. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 81, LeipzZ. 16, 701, R. 16, Nr. 898. Die Leistung des Verkäufers aus einem die Lieferung von Arriba-Kakao betreffenden Vertrage wird infolge des Kriegs nicht deshalb unmöglich, weil keine direkte Einführung des Kakaos mehr stattfindet und eine Preissteigerung von etwa 58 % eingetreten ist.

i) Stuttgart 30. 9. 15, WürttJ. 27, 163. Eine Preissteigerung, infolge deren der Verkäufer für die Anschaffung des verkauften Mehls 10 M. für den Sack mehr zahlen muß, als der mit seinem Käufer vereinbarte Kaufpreis beträgt, ist bei einer rückständigen Lieferung von 410 Sack für eine größere Firma nicht unerschwinglich und gefährdet deren Existenz nicht, führt also allein keine Unmöglichkeit der Lieferung des Mehls herbei. Auch die BRVO. v. 28. 10. 14 allein bewirkt die Unmöglichkeit noch nicht, wenn Mehl der verkauften Art zwar nicht mehr hergestellt werden darf, aber im Handel noch erhältlich ist.

k) Kiel 3. 2. 16, OLG. 32, 312 Anm, R. 16, 401, SchlHolstAnz. 16, 43. Bei einer Preissteigerung von 50 bis 90 % infolge des Kriegs ist die Aufhebung eines Abschlusses über 20000 Kilo Weizenkleie gerechtfertigt.

l) Kiel 7. 6. 16, SchlHolstAnz. 16, 157. Eine erhebliche Preissteigerung der Ware oder Erhöhung ihrer Herstellungskosten gilt nicht als Fall der (relativen) Unmöglichkeit. Ob dies auch dann noch gilt, wenn die Preiserhöhung eine ganz außerordentliche ist, kann unerörtert bleiben. Denn eine solche liegt nicht vor, wenn der Verkäufer selbst mit Vorräten noch derart versehen ist, daß er unter Hinzunahme einiger Ergänzungskäufe bei einer nicht unmäßigen Preiserhöhung sogar noch einen Verdienst erzielt.

m) Starke, Können Preissteigerungen während des Kriegs Lieferungsunmöglichkeit begründen? DJZ. 16, 286. Unter die Fälle übermäßiger Lieferungserschwerung, die der Lieferungsunmöglichkeit gleich zu achten ist, sind auch diejenigen einzureihen, bei denen die Beschaffung von Waren infolge von Preissteigerungen nur zu außergewöhnlichen Unkosten möglich ist. Bis zu welchem Maße von dem Pflichtigen Aufwendungen und Geldopfer verlangt werden können, darüber ist nur aus der Gesamtheit der für den Geschäftszweck erheblichen Tatumstände in jedem einzelnen Falle die Entscheidung zu gewinnen. Insbesondere ist hier abzuschätzen, welche Wirkung die Erfüllung bzw. Nichterfüllung des Geschäfts auf die Parteien haben muß. Auch das subjektive Moment, das § 275 berücksichtigt, muß zur Geltung gelangen, z. B. erfordern Verträge, die während des Kriegs abgeschlossen sind, eine andere Behandlung als solche, die bereits vorher eingegangen sind.

n) Hueck, Kann eine durch den Krieg verursachte Preissteigerung den Verkäufer von der Lieferungspflicht befreien? DJZ. 16, 855. RG. 21. 3. 16 (oben zu d) ist beizutreten. Die Tatsache, daß die Ware einen Marktpreis hat, beweist, daß die Beschaffung nicht ungewöhnlich schwierig ist. Die Forderung Starkes (vorstehend), in jedem Falle müsse die Gesamtheit aller für den Geschäftszweck erheblichen Tatumstände und namentlich die Wirkung der Erfüllung oder Nichterfüllung auf beide Parteien nachgeprüft werden, stellt die Gerichte vor eine kaum lösbare Aufgabe und findet keine Stütze im Gesetz. Hat sich die Preissteigerung erst allmählich entwickelt und erst schließlich den Grad erreicht, dem das Verlangen nach Aufhebung der früheren Verträge entspringt, dann hat der Lieferant ein etwaiges Unvermögen zur Leistung zu vertreten, da er sich rechtzeitig zu noch erschwinglichen Preisen hätte decken können.

III. Dauernde und vorübergehende Unmöglichkeit.

1. Krückmann, Einmal unmöglich, immer unmöglich, LeipzZ. 16, 713. Das OLG. hat das Vorliegen der Leistungsunmöglichkeit in einem Falle verneint, wo der Verkäufer dem Käufer mitgeteilt hatte, seine sämtlichen Bestände seien beschlagnahmt, mit der Bitte, den Auftrag der Heeresverwaltung einzusenden, damit er versuchen könne, die Ware freizubekommen, und ausgeführt, Unmöglichkeit könne nur in Frage kommen, wenn dieser Versuch fehlgeschlagen sei. Das RG. hat durch Urteil v. 21. 1. 16 die Revision zurückgewiesen. Dieses Urteil bedeutet einen Fortschritt in der Behandlung der Unmöglichkeitsfrage; es zeigt, daß das Dogma „Einmal unmöglich, immer unmöglich“ nicht mehr so unbedenklich wie früher angewandt wird. Es ist zu hoffen, daß die Praxis sich immer mehr dazu durcharbeitet, folgende Dinge: vorübergehende Unmöglichkeit, juristische (unechte) Unmöglichkeit, Unvermögen, Unerschwinglichkeit einheitlich unter dem Gesichtspunkte des Leistungsverweigerungsrechts zu behandeln. Dann wird auch die übermäßige Ausdehnung des Satzes: „Einmal unmöglich, immer unmöglich“ ihr Ende finden.

2. Die zeitweilige Unmöglichkeit steht der dauernden gleich. a) **RG.** 4. 1. 16, JW. 16, 487, LeipzZ. 16, 305, R. 16, 142, SeuffA. 71, 182. Eine zeitweilige Verhinderung der Leistung hat deren dauernde Unmöglichkeit zur Folge, wenn die notwendige zeitliche Verschiebung so bedeutend ist, daß dadurch die wirtschaftliche Bedeutung und der Inhalt der Leistung wesentlich geändert werden (**RG.** 42, 114). Dies trifft zu, wenn die Lieferung des für die Zeit vom 8. bis 10. 14 für den Zweck der Fütterung der Pferde des Käufers bestellten Maises infolge des Kriegs bis Anfang Juli 15 unmöglich geworden ist.

b) **RG.** 4. 2. 16; 88, 76, JW. 16, 669, LeipzZ. 16, 534. Wenn es sich um die Ver-

pflichtung handelt, innerhalb einer gewissen Zeit täglich eine bestimmte Menge Milch an eine Molkerei zu liefern, dann wird durch die Hinausschiebung der Lieferung auf lange Zeit der Leistungsgegenstand selbst verändert und verliert die Fähigkeit, als Vertragserfüllung zu dienen; die Leistung des ursprünglichen Vertragsgegenstands wird dann unmöglich.

c) RG. 23. 5. 16, JW. 16, 1017, WarnE. 16, 296. Die infolge einer militärischen Beschlagnahme ohne Schuld des Lieferanten notwendig gewordene Verschiebung der Lieferung um 15 Monate und mehr ist so wesentlich, daß eine Lieferung nach dem dereinstigen noch nicht absehbaren Ende des Kriegs nicht mehr als Erfüllung des Vertrags gelten kann; alsdann wird aus der zeitweiligen eine endgültige Unmöglichkeit der Leistung.

d) Jena 23. 12. 15, OLG. 32, 312 Anm., R. 16, 400, ThürBl. 63, 61. Ein Sukzessivlieferungsgeschäft wird durch militärische Beschlagnahme der Ware für die Zukunft aufgehoben; der Käufer kann nicht auf Erfüllung nach Behebung des Hindernisses klagen.

e) Colmar 26. 11. 15, ElsLothJZ. 16, 8. Hat ein Armeelieferant am 30. 7. 14 Ware unter der ausdrücklichen Ausbedingung der sofortigen Lieferung gekauft, und ist die Übersendung der Ware vom 31. 7. 14 ab infolge der Mobilmachung und des Kriegs und der deshalb erlassenen militärischen Vorschriften auf unübersehbare Zeit hinaus unmöglich geworden, dann ist der Verkäufer von seiner Lieferungspflicht nach §§ 323 Abs. 1, 275 freigeworden. Nach dem erkennbaren Zweck des Vertrags war die sofortige Zusendung der Ware für den Käufer von so wesentlicher Bedeutung, daß die Unmöglichkeit dieser Leistung die Erfüllbarkeit der geschuldeten Leistung überhaupt ausschloß; daher ist bei dieser Sachlage die nur zeitweilige, an sich behebbare zeitliche Unmöglichkeit der dauernden Unmöglichkeit der Leistung gleichzustellen.

f) Hamburg 12. 2. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 71, OLG. 32, 312, R. 16, 199. Kann die Anfang 1914 verkaufte Ware infolge des Kriegs nicht geliefert werden, dann liegt dauernde Unmöglichkeit zur Lieferung vor, auch wenn nach dem Kriege wieder geliefert werden könnte. Der Krieg dauert jetzt 18 Monate und sein Ende ist noch nicht abzusehen. Die Marktlage hat sich inzwischen auf allen Gebieten gründlich verändert, und wie sie sich bei Eintritt des Friedens gestalten wird, ist auch von den besten Kennern der Verhältnisse nicht zu beurteilen; jedenfalls wird sie auch nach Eintritt des Friedens noch auf lange Zeit wesentlich verschieden von der Lage in der ersten Hälfte 1914 sein. Unter diesen Umständen haben sich die den Gegenstand des Vertrags bildenden Verhältnisse so geändert, daß die Erfüllung dieses Vertrags dauernd unmöglich geworden ist.

g) Hamm 9. 10. 16, JW. 16, 1547. Eine dauernde Unmöglichkeit der Erfüllung liegt nicht nur dann vor, wenn feststeht, daß die geschuldete Leistung in keinem Augenblick selbst der entferntesten Zukunft bewirkt werden kann, oder wenn es ungewiß ist, ob das entgegenstehende Hindernis jemals wieder beseitigt werden kann, sondern auch dann, wenn zufolge einer notwendigen Verzögerung der Leistungsinhalt ein anderer wird (RG. 42, 115). Ob diese Voraussetzung zutrifft, ist unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr zu prüfen. Dabei ist allerdings im Auge zu behalten, daß der Krieg mit seinen Folgeerscheinungen allenthalben schwierige wirtschaftliche Fragen schafft und die Notwendigkeit der Vertragserfüllung häufig als eine Härte erscheinen läßt, daß es aber nicht in der Machtbefugnis des Richters liegt, zur Milderung solcher Kriegshärten einen Ausgleich zwischen den Vertragsteilen zu schaffen (RG. 86, 398; 87, 350). Aber die zeitliche Verschiebung der Lieferungsmöglichkeit, die durch die gegenwärtigen Absperrungen in den Zufuhren und in den behördlichen Beschlagnahmen von Rohstoffen eingetreten ist — und die vorliegend auf mindestens drei Jahre zu rechnen ist —, bringt für den Lieferanten (von Messingstangen), wenn er den Vertrag künftig erfüllen müßte, nicht nur eine schwierige wirtschaftliche Lage und eine große Härte mit sich, sondern sie ist so stark, daß die Vertragserfüllung nach dem Kriege bei dessen langer und noch unabsehbarer Dauer etwas anderes als die ursprünglich geschuldete Leistung sein würde. Dabei kommt namentlich in Betracht, daß auch noch nach Beendigung des Kriegs die Beschaffung des Rohmaterials ernste Schwierigkeiten bieten wird.

3. Die zeitweilige Unmöglichkeit steht der dauernden nicht gleich. a) RG. 21. 3. 16, R. 16, 350. Die zeitliche Unmöglichkeit, die eine Verschiebung der Leistung um nicht mehr als einen Monat nötig macht, führt bei einem Lieferungsgeschäft, bei dem der Lieferungstermin keine besondere Wichtigkeit hat, nicht zu einer endgültigen Unmöglichkeit.

b) RG. 26. 5. 16, R. 16, 459. Die Berufung darauf, daß die militärische Beschlagnahme selbst die Unmöglichkeit der Leistung bewirkt habe, ist hinfällig, wenn die Militärbehörde ihre Maßregel nicht aufrecht erhalten hat, also die allein befreiende dauernde Unmöglichkeit nicht eingetreten ist.

c) Siehe auch unten: 4d.

4. Keine Verpflichtung zur Leistung nach Beseitigung des Hindernisses oder des Kriegs, wenn die zeitweilige Unmöglichkeit der dauernden gleich zu achten ist. a) Posen 30. 9. 15, PosMSchr. 15, 150, R. 16, 143. War für den Verkäufer wegen der Unterbrechung des regelmäßigen Güterverkehrs nach Kriegsausbruch Unmöglichkeit der Lieferung eingetreten, dann kann der Käufer nicht später Erfüllung mit der Begründung verlangen, daß der regelmäßige Güterverkehr wieder aufgenommen und deshalb die eingetretene Unmöglichkeit beseitigt sei.

b) Hamburg 1. 12. 15, DJZ. 16, 738. Der Verkäufer, dem von der Militärbehörde nicht nur die vorhandene Ware, sondern auch die noch fertigzustellende beschlagnahmt wird, und dem somit die Lieferung seines Fabrikats unmöglich wird, ist auch nicht verpflichtet, nach späterer Aufhebung der Beschlagnahme zu liefern.

c) RG. 23. 5. 16 (angeführt von Wertheimer, AÖstGZ. 16, 294, und nach ihm abgedruckt in der Frankfurter Zeitung, Abendblatt v. 25. 5. 16). Die lange Dauer des gegenwärtigen Kriegs und behördliche Beschlagnahme der den Gegenstand des Lieferungsvertrags bildenden Rohstoffe sind auf die Vertragserfüllung von so starkem Einflusse, daß der Verkäufer sich gänzlich vom Vertrage lossagen kann und nicht verpflichtet ist, nach Beendigung des Hindernisses, also nach Kriegsschluß bzw. Aufhebung der Beschlagnahme, den Vertrag noch zu erfüllen. Denn diese spätere Leistung würde im Rechtssinne etwas anderes sein, als die im Vertrage vereinbarte. Die Erfüllungsweigerung ist selbst dann begründet, wenn der Verkäufer sich vor der Beschlagnahme bereit erklärt, nach Beendigung des Kriegs auf Grund des Vertrags weiter zu liefern.

d) Cantor, Erfüllungsunmöglichkeit eines Lieferungsvertrags als Kriegsfolge, RuW. 5, 164. Nach der Darstellung der Voraussetzungen der objektiven Unmöglichkeit der Erfüllung aus einem Lieferungsvertrage und der der objektiven Unmöglichkeit gleichstehenden subjektiven Unmöglichkeit, sowie Anführung einiger Grenzfälle wird die Frage erörtert, ob im Falle der Erfüllungsunmöglichkeit die Erfüllungspflicht nur zurzeit erlischt, ob sie aber nach Behebung der Hindernisse wieder eintritt, oder ob sie endgültig zur Erlöschung kommt. Dabei werden Bedenken erhoben gegen eine Verallgemeinerung des vom RG. im Urteile vom 23. 5. 16 aufgestellten Satzes, die Vertragserfüllung nach dem Kriege würde etwas völlig anderes sein, als die ursprünglich geschuldete Leistung. In vielen Fällen wird dies richtig sein, aber nicht notwendig in allen. Es ist nicht vorauszusehen, ob nicht doch in gewissen Geschäftszweigen bald nach dem Kriege Verhältnisse wieder eintreten, welche die Erfüllungsleistung eines vor dem Kriege geschlossenen Lieferungsvertrags keineswegs als etwas wesentlich anderes erscheinen lassen, als die Erfüllungsleistung vor dem Kriege. Deshalb wird die Entscheidung von Fall zu Fall zu treffen sein, wobei es vor allem auch darauf ankommen wird, ob die Lieferzeit ein so wesentliches Element des Vertragsinhalts ist, daß durch ihre Verschiebung die Leistung zu einer ganz anderen wird. Zu beachten werden auch RG. 42, 114; 57, 116 sein.

IV. Zu vertretende und nicht zu vertretende Unmöglichkeit.

1. Zu vertretende Unmöglichkeit. a) RG. 26. 5. 16, R. 16, 459. Ein Recht des Verkäufers, wegen Beschränkungen der Behörden nur einen Anteil der verkauften Warenmenge zu liefern, und seine Befreiung von der Verpflichtung zur Lieferung der ganzen

Vertragsmenge sind nicht gegeben, wenn er seiner Lieferungspflicht dann hätte genügen können, wenn er sich in dem Abschlusse neuer Verträge beschränkt hätte. Der Verkäufer, der während des Kriegs verkauft, weiß, daß er sich für eine Zeit bindet, die unter der Einwirkung der seinem Betriebe möglicherweise auch Nachteile bringenden kriegerischen Verhältnisse steht. Die Gefahr des gewagten Geschäfts, auf das er sich danach bewußt einläßt, hat nicht der Käufer, sondern er selbst zu tragen.

b) **RG.** 3. 10. 16, WarnE. 16, 434. Wer eine Ware verkauft, die er nicht schon vorrätig oder fest an der Hand hat, handelt unvorsichtig, fahrlässig und auf eigene Gefahr, zumal in der Kriegszeit, in der mit außergewöhnlichen Verhältnissen zu rechnen ist. Um liefern zu können, darf er sich nicht darauf beschränken, sich bei seinen Lieferanten um den Bezug der Ware zu bemühen. Bei Erfüllungsunmöglichkeit kann keine Rede davon sein, daß ihm die Erfüllung aus Umständen unmöglich geworden sei, die er nicht zu vertreten habe.

c) **RG.** 14. 3. 16, R. 16, 350. Drohen bei einer Abmachung über die Verlängerung der Abnahmepflicht zufolge der wirtschaftlichen Maßnahmen aus Anlaß des Kriegs Schwierigkeiten für die Beschaffung der Ware, dann kann sich unter Berücksichtigung der bestehenden besonderen Verhältnisse aus der Abmachung die vertragsmäßige Pflicht des Verkäufers ergeben, die in seinem Besitz befindliche Ware, soweit sie zur Lieferung an den Käufer erforderlich ist, bis zum Abrufe während einer angemessenen Frist zurückzuhalten. Verletzt dann der Verkäufer diese Bereitschaftspflicht, dann hat er die Unmöglichkeit der Lieferung zu vertreten.

d) Posen 24. 11. 15, PosMSchr. 15, 149, R. 16, 142. Der Verkäufer, der am 31. 7. 14 einen Lieferungsvertrag über Gattungsware geschlossen hat, mußte bei Aufwendung auch nur ausreichender Sorgfalt voraussehen, daß der Krieg ausbrechen und die Preise für die Rohstoffe steigen würden. Er hat seinen wirtschaftlichen Ruin durch eigene Fahrlässigkeit verschuldet.

e) Dresden 17. 2. 16, SächsRpflA. 16, 238. Der Rechtssatz, daß der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung auch dann befreit sei, wenn die Beschaffung der Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen Umstandes mit so außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist, daß sie ihm billigerweise nicht zugemutet werden kann, kann nur dann Platz greifen, wenn der Schuldner unter Anwendung der ihm gegenüber dem Gläubiger im Verkehr obliegenden erforderlichen Sorgfalt seinerseits alles getan hat, um den Eintritt der Schwierigkeiten zu verhindern, die der Erfüllung entgegenstehen. Versäumt er dies schuldhaft, dann hat er diese Schwierigkeiten selbst zu vertreten und auf sich zu nehmen, so daß er zur Leistung verpflichtet bleibt. Deshalb wird der Lieferant, der vor Kriegsausbruch auf Abruf im Jahre 1915 verkauft hat, dadurch, daß die Materialpreise infolge des Kriegs zur Zeit des Abrufs um 150 bis 200 % gestiegen sind, von seiner Verpflichtung nicht frei, wenn er in den ersten Kriegsmonaten ausreichende Gelegenheit hatte, seinen Bedarf an dem erforderlichen Material zu wesentlich geringeren Preisen einzudecken.

f) Hamburg 9. 6. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 219. Unter normalen Verhältnissen ist ein Verkäufer, der im Juli Dezember- bis April-Lieferungen verkauft, nicht verpflichtet, sich bereits im August die von ihm verkaufte Ware seinerseits zu verschaffen. Bricht aber alsbald nach Vertragsschluß ein Krieg aus, der es wahrscheinlich oder doch mindestens sehr möglich erscheinen läßt, daß die Warenzufuhr ganz ausbleiben oder doch in erheblichem Maße eingeschränkt werden wird, so daß mit einer ungewöhnlichen Preissteigerung zu rechnen ist, so kann er sich auf eine der Unmöglichkeit gleich zu achtende Erschwerung der Leistung jedenfalls dann nicht berufen, wenn er noch nach Kriegsausbruch die Ware zu einem den Vertragspreis nur um einige Prozente übersteigenden Preis sich hat verschaffen können und dies zu tun unterlassen hat.

g) Dresden 28. 4. 16, LeipzZ. 16, 1329, SächsRpflA. 16, 322. Der Verkäufer hat die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten, wenn sie nur darauf beruht, daß er die zu

liefernden Waren — nicht etwa an die Heeresverwaltung selbst — sondern an einen Abnehmer geliefert hat, der seinerseits an die Heeresverwaltung zu liefern hatte.

h) LG. Karlsruhe 31. 3. 15, JW. 16, 447. Wird dem Verkäufer die Lieferung unmöglich, weil er nach Kriegsausbruch freiwillig Lieferungsverträge mit der Militärbehörde abgeschlossen hat, dann hat er diese Unmöglichkeit zu vertreten. Dasselbe gilt, wenn er schon vor Kriegsausbruch Kriegslieferungsverträge mit der Militärbehörde abgeschlossen und dies dem Käufer bei dem Vertragsschlusse nicht bekannt gegeben hat.

i) α. Hamburg 30. 10. 15, DJZ. 16, 450, HansGZ. 16, Hptbl. 89, LeipzZ. 16, 257, OLG. 33, 206, R. 16, 142, Nr. 31, SeuffA. 71, 96. Der Verkäufer hat sein Unvermögen zur Lieferung einer von ihm verkauften, aber noch nicht in seiner Verfügungsmacht befindlichen bestimmten Ware zu vertreten, wenn ihm die Beschaffung der Ware deshalb unmöglich wird, weil es ihm nicht gelingt, das nach dem Vertrage mit seinem Verkäufer zur Bezahlung des Kaufpreises erforderliche belgische Geld innerhalb der festgesetzten Frist aufzutreiben.

β. Hamburg 6. 11. 15, LeipzZ. 16, 346, R. 16, 141. Der Verkäufer hat die Nichtlieferung der von ihm verkauften bestimmten Ware zu vertreten, wenn er diese Ware deshalb nicht liefern kann, weil er sie zu einem in belgischem Gelde bedungenen Kaufpreis gekauft, aber das belgische Geld nicht zu beschaffen vermocht hat. Verkauft der Verkäufer eine ihm noch nicht gehörende Sache, dann übernimmt er die Haftung dafür, daß er die Ware auch zu liefern in der Lage und durch Rechte Dritter an dieser Lieferung nicht behindert ist. Kann er diese Rechte nicht beseitigen, dann hat er dies zu vertreten.

2. Nicht zu vertretende Unmöglichkeit. a) **RG.** 23. 6. 16, JW. 16, 1188, WarnE. 16, 299. Ist bei einem Sukzessivlieferungsgeschäft der Käufer, nachdem der Verkäufer mehrere Lieferungen gemacht hatte, weder in der vorgesehenen Lieferungszeit noch in den darauffolgenden sechs Wochen auf den Vollzug des Geschäfts zurückgekommen, und verlangt er dann plötzlich Weiterlieferung, dann hat der Verkäufer eine zur Zeit dieses Verlangens eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung nicht schon deshalb zu vertreten, weil er in der ursprünglich vorgesehenen Lieferungszeit zu liefern imstande gewesen wäre. Denn dann bestand kein Anlaß für ihn, Ware für den Käufer zu der späteren Zeit des Lieferungsverlangens bereit zu halten, und über die Ware, die er während der Lieferungszeit besessen hat, durfte er verfügen, ohne dem Käufer gegenüber schuldhaft zu handeln.

b) München 10. 11. 15, SeuffA. 71, 220. Kann die Lieferung von rumänischem Mais nicht erfolgen, weil die rumänische Regierung der Ausfuhr Schwierigkeiten bereitet hat, dann hat der Verkäufer diese Unmöglichkeit der Lieferung nicht zu vertreten. Durch unverhältnismäßig hohe Aufwendungen oder gar durch Bestechung rumänischer Beamten die Ausfuhr der dem Käufer zu liefernden Ware unter allen Umständen zu ermöglichen, ist der Verkäufer nicht verpflichtet.

V. Unmöglichkeit nach Eintritt des Verzugs.

1. Hamburg 1. 3. 16, R. 16, 245. Auf die nach Eintritt des Verzugs eintretende Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung kann sich der Schuldner nicht berufen.

2. Hamburg 15. 4. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 143. Wird dem Verkäufer nach Eintritt des Verzugs des Käufers die Lieferung dadurch unmöglich, daß durch Bundesratsverordnung verboten wird, Ware der verkauften Art zu verkaufen, feilzuhalten und in Verkehr zu bringen, dann behält er den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises.

VI. Verhältnismäßige Verteilung, falls nicht mehr an alle Abnehmer alles geliefert werden kann.

1. a) Lehmann, Die Kriegsbeschlagnahme, Jena 1916 (39). Vermag der Schuldner einer begrenzten Gattungsschuld infolge einer teilweisen Beschlagnahme seiner Vorräte oder seiner Erzeugung nicht mehr alle Abnehmer zu befriedigen, so hat er das Recht und

die Pflicht, den freigebliebenen Rest auf die Abnehmer verhältnismäßig zu verteilen (RG. 84, 125).

b) Dresden 18. 5. 16, SächsRpflA. 16, 320. Hat der Verkäufer nur in seiner eigenen Fabrik hergestellte Ware zu liefern, und wird ihm infolge des Kriegs die Erfüllung aller seiner Lieferungspflichten unmöglich, dann entspricht es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, daß er nicht den einen seiner Abkäufer vor den anderen bevorzugt und befriedigt, sondern daß er die Erzeugnisse seiner Fabrik nach Recht und Billigkeit gleichmäßig verteilt (RG. 84, 128).

c) Hamburg 20. 1. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 199, OLG. 32, 314, R. 16, Nr. 626. Wird durch beschränkte Zufuhr der Rohstoffe infolge des Kriegs eine Verringerung der gewöhnlichen Erzeugung der Ware herbeigeführt, so ermäßigt sich der Umfang der Lieferungspflicht des Herstellers. Er ist berechtigt, das, was er noch herstellt, gleichmäßig auf die Ansprüche seiner Abkäufer zur Verteilung zu bringen. Das Verlangen des Käufers, die Käufer nach dem Alter der geschlossenen Verträge zu befriedigen, ist nicht begründet.

d) Stuttgart 4. 5. 16, R. 16, 401, WürttZ. 28, 20, 25. Wird dem Fabrikanten infolge des Kriegs die Beschaffung weiteren Rohmaterials zur Bearbeitung unmöglich, und kann er nach Maßgabe seiner vorhandenen Vorräte den mehreren Abschlüssen, die er bereits gemacht hat, nicht gerecht werden, dann muß er die vorhandenen Waren unter die Besteller, mit denen er feste Abschlüsse gemacht hat, verhältnismäßig verteilen.

e) Dresden 29. 3. 16, SächsRpflA. 16, 242. Wenn von den Vorräten des Lieferanten 75 % beschlagnahmt worden sind, dann ist er verpflichtet, allen seinen Käufern 25 % zu liefern und darf nicht einen zum Nachteil des anderen bevorzugen (RG. 84, 125).

f) Dresden 5. 4. 16, DJZ. 16, 909. Werden bei einem Fabrikanten 75 % seiner vorrätigen und künftigen Rohstoffe mit der Maßgabe beschlagnahmt, daß die 75 % nur noch zu solchen Waren verwendet werden dürfen, die nachweislich zu der Landesverteidigung dienenden Zwecken benötigt werden, dann ist er berechtigt, seinem Käufer gegenüber die vertragsmäßige Lieferung auf 25 % zu beschränken und im übrigen von ihm den Nachweis zu erfordern, daß er im Besitze von Heeresaufträgen sei.

2. Stuttgart 13. 4. 16, R. 16, 350. Die Grundsätze des RG. 84, 125 über die Verpflichtung des Lieferanten, seine Kunden gleichmäßig im Verhältnis zu ihren Bestellungen an der Ernte teilnehmen zu lassen, können auf ein Geschäft keine Anwendung finden, bei dem „Hafer der Ernte 1913 mit etwas Geruch" verkauft ist. Sie sind nur anwendbar, wenn es sich um eine von vornherein nur in begrenztem Maße vorhandene, allein vom Verkäufer erzeugte Gattung handelt. Von einer Interessengemeinschaft kann bei der Bestellung aus einer sowohl hinsichtlich der Bezugsquellen als auch im Verhältnis zu den Ansprüchen des einzelnen Bestellers fast unbegrenzten Gattung, wie der Hafernte eines Jahres, keine Rede sein, und es fehlt auch an der Voraussetzung der Voraussehbarkeit dieser Interessengemeinschaft und der hieraus zu ziehenden Folgerung, daß der Käufer von vornherein mit einer etwaigen Teilung einverstanden ist.

VII. Beseitigung des der Leistung entgegenstehenden Hindernisses.

1. RG. 7. 4. 16, R. 16, 460, WarnE. 16, 243. Im Falle der Kriegsbeschlagnahme ist es Sache des Verkäufers das zu tun, was nötig ist, um die Freigabe der Ware zu erlangen und damit die Lieferung zu ermöglichen. Dabei hat ihn allerdings der Käufer gemäß § 242 zu unterstützen, soweit dies nach Treu und Glauben von ihm zu fordern ist. Er muß, wenn dies der Wahrheit entspricht, dem Verkäufer bescheinigen, daß die Ware durch ihn zum Heere kommen werde, die vorhandenen urkundlichen Belege zur Verfügung zu stellen, vielleicht auch die Anträge mitunterzeichnen, wenn der Verkäufer dies von ihm verlangt.

2. Hamburg 1. 12. 15, DJZ. 16, 738. Der Verkäufer, dessen Ware durch die Militärbehörde beschlagnahmt ist, ist nicht verpflichtet, sich um die Aufhebung der Beschlagnahme zu bemühen.

VIII. Österreichisches Recht.

1. Über die Frage des Erlöschens der Lieferungsfrist des Verkäufers wegen Unmöglichkeit rechtzeitiger Erfüllung nach österreichischem Recht: Adler, Über den Einfluß des Kriegs auf Lieferungsverträge, GrünhutsZ. 42, 137ff.

2. Über die Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs in Wien zu folgenden Fragen:

Unmöglichkeit der Erfüllung wegen Unerschwinglichkeit, insbesondere im Großhandel, und sonstiger Erschwerung der Erfüllung,
Leistungsunmöglichkeit infolge behördlicher Verfügungen,
Pflicht zur Surrogatleistung (Ersatzleistung beim Kauf).
Verhältnismäßige Befriedigung anspruchsberechtigter Käufer,
Maßgebender Zeitpunkt,
Schadensersatz wegen Nichterfüllung,
Berechnung des abstrakten Schadens, Einwand der Preistreiberei,
Anspruch des Käufers auf das Interesse,
Herausgabe der Bereicherung, des Mehrerlöses,

siehe: Fuchs, Der Einfluß des Kriegs auf bestehende Lieferungsverträge nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, Wien 1916 (AÖstGZ. 16, 229ff.).

3. Abel, Einfluß des Kriegs auf Zivilrecht und zivilgerichtliches Verfahren in Österreich, JW. 16, 229, 233, teilt einige Urteile des OGH. Wien mit, in denen ausgesprochen ist, daß der Krieg als solcher von der Vertragserfüllung nicht enthebe, daß der Verkäufer nicht schon infolge der durch Krieg bewirkten Preissteigerung die Lieferung ablehnen dürfe, daß aber die Vertragserfüllung nicht gefordert werden könne, wenn im einzelnen Falle durch den Krieg die Erfüllung unmöglich geworden sei, und daß die Unerschwinglichkeit in der Beschaffung des zu liefernden Gegenstandes der Unmöglichkeit gleichzustellen sei.

§ 276.

Schrifttum: Goldscheider, Die Haftung der Wirte für Unfälle in ihren Räumen, GruchotsBeitr. 60, 369. — Kastan, Die Haftung des Rechtsanwalts für Fahrlässigkeit gegenüber seinem Mandanten, insbesondere bei der Raterteilung, Berlin 1915 (Diss.).

Inhalt.

I. Allgemeines.

1. **RG.** 29. 9. 16, WarnE. 16, 455. Zum Vorsatze genügt schon das Bewußtsein, daß eine Handlung Schaden bringen könne.

2. BayObLG. 22. 1. 15, betr. Voraussehbarkeit des Erfolgs bei dem Begriffe der Fahrlässigkeit — JDR. 14, I 1b zu 276 — abgedruckt auch: BayObLG. 16 A, 13/18.

3. **RG.** 1. 4. 16, LeipzZ. 16, 870. Wer aus Gründen irrt, die seinen Irrtum entschuldbar machen, kann die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht dadurch verletzt haben, daß er über die seiner Annahme entgegenstehenden Tatsachen in Unkenntnis blieb (JW. 06, 711; 08, 480). Auch Rechtsirrtum kann entschuldbar sein und dann die Annahme eines Verschuldens ausschließen; aus dem Grundsatze, wonach Unkenntnis des Gesetzes nicht vor seiner Anwendung schützt, folgt noch nicht, daß jede Rechtsunkenntnis eine Fahrlässigkeit in sich schließt (**RG.** 73, 337; JW. 07, 505; 12, 26, GruchotsBeitr. 55, 978).

4. **RG.** 21. 2. 16; 88, 118. Die vermeintliche Notwehr, d. i. der tatsächliche Irrtum über das Vorhandensein der Notwehrlage, kann den in ihr Handelnden vom Verschulden entlasten, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der irrige Glaube des Handelnden, er befinde sich in Notwehr, nicht selbst auf einem Verschulden beruht (vgl. JW. 11, 578; 14, 587).

5. a) **RG.** 24. 1. 16, LeipzZ. 16, 1240. § 823 Abs. 2 setzt Verschulden voraus. Schuldhaft handelt aber nicht nur, wer bewußt die gebotene Handlung unterläßt oder die verbotene ausführt, sondern auch wer sich unter Außerachtsetzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt über das Bestehen des Schutzgesetzes zu unterrichten unterläßt (WarnE. 09, 273, JW. 12, 26; 13, 373). Nur entschuldbarer Irrtum über das Bestehen des Schutzgesetzes vermag zu entlasten (JW. 07, 251).

b) **RG.** 11. 11. 15, LeipzZ. 16, 382. Das Verschulden dessen, der gegen ein Schutzgesetz verstößt (§ 823 Abs. 2), erschöpft sich in dem vorsätzlichen oder fahrlässigen Zuwiderhandeln gegen das Gesetz. Voraussehbarkeit des schädlichen Erfolgs ist nicht erforderlich.

c) **RG.** 23. 10. 15, BayRpflZ. 16, 91, FrkfRdsch. 49, 208, R. 16, Nr. 59, SeuffA. 71, 149. Das rechtswidrige Verhalten dessen, der ein Schutzgesetz übertritt, ist schon dann schuldhaft, wenn er bewußtermaßen die gebotene Handlung unterläßt oder die verbotene ausführt. Auf die Voraussehbarkeit des schädlichen Erfolgs kommt es nicht an.

6. **RG.** 9. 5. 16, WarnE. 16, 252. Die Annahme einer Haftung ohne Verschulden beim Luftschiffbetriebe läßt sich beim Vorliegen eines Vertragsverhältnisses ebensowenig rechtfertigen, wie dies für die außervertragliche Haftung der Fall ist (**RG.** 78, 171).

II. Einzelheiten.

1. Sorgfaltspflicht bei dem Vertragsschlusse und den Vorverhandlungen. a) **RG.** 16. 2. 16; 88, 103, R. 16, Nr. 809. Daraus, daß der Verkäufer beim Vertragsschlusse es unterläßt, dem Käufer erhebliche, den Vertragszweck betreffende Tatsachen bekannt zu geben, kann eine Schadensersatzpflicht nicht hergeleitet werden, es sei denn, daß schon zur Zeit des Vertragsschlusses ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien bestand.

b) α. **RG.** 6. 10. 15, JW. 16, 116, R. 16, Nr. 1857, SchlHolstAnz. 16, 104. Bei den dem Vertragsschlusse vorausgehenden Vorverhandlungen besteht noch keine Rechtspflicht zur Auskunftserteilung und Vorlegung der für den Vertragsschluß bedeutsamen Urkunden. Deshalb kann eine schuldhafte Verletzung einer solchen Pflicht nicht in Frage kommen.

β. Cohen, Zur culpa in contrahendo, JW. 16, 373. Der Ansicht des Reichsgerichts in JW. 16, 115, 117, das die Frage verneint, ob nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen jede Partei auch beim Vertragsschlusse für ihr fahrlässiges Verhalten aufzukommen hat, ist nicht zu folgen. Auch das Reichsgericht selbst hat schon anders entschieden.

γ. Schubart, Schadenshaftung des Warenhausbesitzers, R. 16, 507. Das pactum de contrahendo mit seinen beiderseitigen Sorgfaltspflichten beherrscht das ganze Verweilen des Kauflustigen im Warenhause. Geschlossen wird es bereits durch schlüssige Handlungen, von dem Kauflustigen, indem er in das Warenhaus eintritt, von dem Kaufherrn, indem er den Eintritt gestattet. Wen der Türhüter zurückweist, mit dem kommt der Vorvertrag nicht zustande (vgl. **RG.** 78, 239).

2. Sorgfaltspflicht bei Ausübung der Heilkunde. a) Arzt. α. **RG.** 4. 7. 16, LeipzZ. 16, 1112, R. 16, Nr. 1494, WarnE. 16, 363. Der Arzt ist nicht verpflichtet, die Behandlung eines Kranken zu übernehmen. Übernimmt er sie aber, so ist er verpflichtet, Verletzungen des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Kranken durch Verstöße gegen die Regeln der ärztlichen Wissenschaft zu vermeiden. Ob der Verstoß in einem Tun oder Unterlassen besteht, ist unerheblich.

α. **RG.** 24. 3. 16, LeipzZ. 16, 1185. Überläßt der Direktor einer medizinischen Klinik bei der von ihm geleiteten Durchleuchtung eines Kranken mit Röntgenstrahlen dem Stationsarzt die selbständige Bedienung des Röntgenapparats, dann besteht für ihn die Pflicht, den Stationsarzt dabei zu beaufsichtigen, auch wenn er ihm im allgemeinen auf Grund von dessen Vorbildung die selbständige Vornahme von Durchleuchtungen überlassen darf.

b) Krankenhaus. α. **RG.** 10. 1. 16, PosMSchr. 16, 24, R. 16, Nr. 933. Der Unternehmer eines Krankenhauses ist verpflichtet, die allgemeine Organisation der Anstalt so zu gestalten, daß sie nicht nur den gesetzlichen Anordnungen, sondern auch den regelmäßigen Anforderungen der Krankenpflege genügt, und diesen Zustand durch allgemeine, für das Personal verbindliche Anordnungen sicherzustellen. Werden in der Anstalt Personen behandelt, die wegen hohen Fiebers oder aus sonstigen Gründen geistig nicht völlig klar sind und deshalb einer besonderen Beaufsichtigung bedürfen, so muß dafür gesorgt werden, daß die Beaufsichtigung und Überwachung auch wirklich in geeigneter Weise stattfindet.

β. Colmar 12. 1. 15, ElsLothJZ. 16, 32. Das Hospital, das eine geisteskranke Person ohne Aufnahmevertrag und ohne Vergütung aufnimmt, hat für ihre Obhut zu sorgen. Auch wenn es keine besondere Nachricht davon erhält, daß die Geisteskrankheit sich in Selbstmordgedanken äußert, und daß die aufgenommene Person früher aus einer psychiatrischen Klinik ungeheilt entlassen worden war, hat es mindestens von dem Zeitpunkte an, wo der Kranke in dem Hospital einen Selbstmord versucht hat, zu seiner Sicherung alles zu tun, was nach Lage der Sache möglich ist, ihn namentlich unter Aufsicht zu halten. Wird der Kranke so schlecht bewacht, daß er unbemerkt in ein anderes Zimmer gehen und sich aus dem Fenster stürzen kann, dann ist die Obhutspflicht vernachlässigt.

c) Krankenpfleger. RG. 5. 11. 15, LeipzZ. 16, 749, R. 16, Nr. 1266, WarnE. 16, 16. Die Krankenschwester, welche weiß, daß die ihrer Aufsicht unterstellte Kranke geäußert hat, sie wolle sich die Pulsader öffnen, handelt fahrlässig, wenn sie bauend auf ihre Meinung, daß eine geistige Störung nicht vorliege und ein Selbstmordversuch nicht zu befürchten sei, nicht dafür sorgt, daß während ihrer Abwesenheit die Kranke sich einen Schaden nicht zufügen kann. Die Anweisung an eine andere Kranke, jene im Auge zu behalten, genügt nicht; sie muß auch sagen, warum und nach welcher Richtung eine Beobachtung geboten sei.

d) Zahntechniker, Colmar 20. 2. 14 — JDR. 14, II 16b zu § 276 — betr. Ausziehen gesunder Zähne, ist abgedruckt auch: OLG. 33, 329.

e) Naturheilkundiger. RG. 4. 10. 15, BayRpflZ. 16, 13, GruchotsBeitr. 60, 306, LeipzZ. 16, 1438 (kurze Wiedergabe JDR. 14, 98 II 16c zu § 276). Hält eine nicht wissenschaftlich vorgebildete Person (sog. Knochenflicker) eine Krankenhausbehandlung für nötig, dann muß sie eine andere Behandlung als unzulänglich erkennen und darf eine solche nicht übernehmen, auch wenn sie vorher auf das Krankenhaus und die Schwere des Falls hingewiesen hat. Daß sie bei der Behandlung nach bestem Können gehandelt hat, entlastet sie nicht. Ist ihr die für den Kranken mit ihrer Behandlung verbundene Gefahr bekannt, erkennt sie, daß die übernommene Aufgabe ihre Kräfte übersteigt, dann kann sie für keine ihrer Einzelmaßnahmen die Zuversicht hegen, daß diese zweckentsprechend und ausreichend seien; übernimmt sie trotzdem die Behandlung, dann läßt sie die vom Verkehr erforderte Sorgfalt außer acht; sie hätte aber auch bei pflichtmäßiger Anwendung der erforderlichen Sorgfalt die schädlichen Folgen ihrer Einzelmaßnahmen voraussehen müssen.

f) Kranker. RG. 4. 10. 15 (vgl. zu e). Die Angehung eines nicht wissenschaftlich vorgebildeten approbierten Arztes (sog. Knochenflickers) stellt für sich allein noch keine Außerachtlassung der im Verkehre — auch gegenüber eigenen Lebensgütern wie der Gesundheit und körperlichen Unversehrtheit — geschuldeten Sorgfalt dar, wenn der Erkrankte unter dem Banne allgemein in seinen Kreisen verbreiteter Anschauungen Zutrauen zu der Leistungsfähigkeit des Knochenflickers hat. Doch kann ein Verschulden darin liegen, daß er diesen zur Übernahme der Behandlung bestimmt, obwohl dieser erklärt, er habe keinen Mut an die Sache heranzugehen, es handle sich um einen schweren Fall, es sei besser in das Krankenhaus zu gehen, die Möglichkeit einer eintretenden Verkürzung des verletzten Beines bestehe.

3. Sorgfaltspflicht des Notars siehe § 611, II 2b.

4. Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts (zu vgl. auch III 5 zu § 249). a) Hamburg 1. 7. 16, JW. 16, 1492. Der Rechtsanwalt und Notar muß das am Orte seiner Niederlassung vor dem 1. 1. 1900 in Geltung gewesene Recht kennen, auch wenn er sich erst nach diesem Zeitpunkt an diesem Orte niedergelassen hat.

b) RG. 22. 10. 15; 87, 183, 187, JW. 16, 34, LeipzZ. 16, 38, R. 16, Nr. 21. Ein allgemeiner Grundsatz, daß der Rechtsanwalt jeder von der seinigen abweichenden Rechtsanschauung im Interesse seiner Partei fürsorglich Rechnung tragen müsse, ist nicht anzuerkennen. Es kommt immer auf den einzelnen Fall und die einzelne Rechtsfrage an. Die allgemeine Regel kann nur die sein, daß der Rechtsanwalt nach sorgfältiger juristischer Prüfung sich selbst eine Rechtsanschauung zu bilden und dieser zu folgen hat, soweit nicht die allgemein anerkannte Theorie oder die oberstrichterliche Rechtsprechung eine sichere Richtschnur geben. Anderenfalls würde die wie für den einzelnen Fall so für die Rechtspflege im allgemeinen wertvolle Bedeutung der eigenen wissenschaftlichen Überzeugung des Rechtsanwalts unter Beeinträchtigung seiner öffentlich-rechtlichen Stellung herabgedrückt oder gar ausgeschaltet.

Hierzu: Berent, Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts bei Auslegung des Gesetzes, DJZ. 16, 192. Der Standpunkt des RG. in diesem Urteile ist mit Freuden zu begrüßen weil es den Rechtsanwalt in seiner Tätigkeit bei der Auslegung der Gesetze als Künstler beläßt und ihn nicht zum Handwerker herabsetzt.

c) Beyer, Die Pflicht zur Berücksichtigung höchstrichterlicher Entscheidungen bei der Anwaltstätigkeit, DRAZ. 16, 166. Der Rechtsanwalt muß in Zweifelsfällen etwaige höchstrichterliche Entscheidungen daraufhin durchsehen, ob sie für die Beurteilung seines Falles von Bedeutung sind. Zu berücksichtigen braucht er sie aber nicht immer. Kommt er unter Anwendung einer pflichtmäßigen Sorgfalt zu einem anderen Ergebnisse, und gelangt er zu einer kritischen Würdigung jener Entscheidung, dann ist es seine Pflicht, den Versuch zu machen, der anderen Auffassung Geltung zu verschaffen. Allerdings wird er den Auftraggeber auf diesen Sachverhalt aufmerksam machen müssen. Liegt nach den Umständen des Falles für den Anwalt kein Anlaß vor, das Vorhandensein von richterlichen Entscheidungen anzunehmen, die von seiner Auffassung abweichen, dann besteht keine Rechtspflicht für ihn, sich eine besondere Gewißheit darüber zu verschaffen, ob solche bestehen.

d) **RG.** 21. 9. 15 — JDR. 14, II 26a zu § 276 — betr. Anschließung an die Rechtsauffassung des Reichsgerichts, abgedruckt auch: SeuffA. 71, 165.

e) **RG.** 5. 5. 16, LeipzZ. 16, 1006, R. 16, Nr. 1080. Der Rechtsanwalt darf bei dem Entwurfe eines Vertrags dem Auftraggeber nicht die Gefahr ungünstiger gerichtlicher Entscheidungen aufbürden. Er muß die Zweifel und Bedenken, die ihm kommen, darlegen und auf die durch den Vertrag drohenden Gefahren den Auftraggeber hinweisen. Insbesondere gilt dies, wenn der entworfene Vertrag nach einer in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidung des Reichsgerichts ungültig sein würde.

f) **RG.** 7. 1. 16, BauersZ. 23, 184, R. 16, Nr. 425, ZBlFG. 17, 27, 30. Der Rechtsanwalt, der als Berater des Verkäufers bei einem Grundstückskaufvertrage mit einer erst noch zu gründenden G. m. b. H. zugezogen wird, hat den Verkäufer auf die ihm durch den formlosen Kaufvertrag und insbesondere auf die durch dessen vorgesehenen sofortigen Teilvollzug drohenden Gefahren aufmerksam zu machen. Er muß ihn nicht nur darüber belehren, daß der Vertrag der Form des § 313 bedürfe, und daß er selbst einen solchen Vertrag nicht beurkunden könne, sondern auch darüber, daß der Vertrag die noch gar nicht bestehende G. m. b. H. nicht binde, sondern höchstens den Namens derselben Auftretenden persönlich verpflichte, und weiter darüber, daß der Verkäufer Gefahr laufe, die gemäß dem Kaufvertrag sofort auszufolgenden Werte zu verlieren, ohne eine Gewähr für einen rechtswirksamen Kaufabschluß zu erlangen. In der Unterlassung dieser Belehrung liegt ein Verschulden.

g) Hamburg 3. 11. 15, HansGZ. 16, Bbl. 61, JW. 16, 147, LeipzZ. 16, 259, R. 16, 360. Erklärt der Auftraggeber dem Rechtsanwalt, er wolle den von diesem zu entwerfenden Vertrag nur schließen und das durch diesen zu sichernde Darlehn nur geben, wenn nicht das geringste Risiko damit für ihn verbunden sei, und antwortet der Rechtsanwalt hierauf, ein solcher Vertrag sei unbedingt gültig, dann kann diese Gegenerklärung des Rechtsanwalts nicht als Übernahme der Garantie für die Gültigkeit des Vertrags aufgefaßt werden. Vielmehr haftet der Rechtsanwalt, der lediglich ausgesprochen hat, ein solcher Vertrag sei nach seiner besten rechtlichen Überzeugung gültig, nur wenn ihm dabei Fahrlässigkeit zur Last fällt.

h) **RG.** 20. 6. 16, R. 16, Nr. 1856. Ist eine Klagezustellung wegen drohenden Fristablaufs dringlich, dann ist der Rechtsanwalt, auch wenn er den Auftrag zur Zustellung so zeitig gibt, daß diese vor Ablauf der Frist noch bewirkt werden könnte, doch verpflichtet, den Gerichtsvollzieher auf die Dringlichkeit noch besonders hinzuweisen.

i) Cohn, Haftet der Rechtsanwalt für richterliche Fehlsprüche? JW. 16, 93, wendet sich gegen Bendix, LeipzZ. 15, 952 (JDR. 14, II 26g zu § 276). Bezüglich der Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts wird ausgeführt, daß dieser regelmäßig keinen Grund zum Mißtrauen in den in einem gerichtlichen Protokoll beurkundeten Vorgang oder die in einem gerichtlichen Zeugnisse beurkundete Tatsache zu haben brauche, daß er regelmäßig nicht verpflichtet sei, das Gericht auf rechtliche Gesichtspunkte aufmerksam zu machen, daß er aber eingreifen müsse, wenn er „hervorstechend" sehe, daß das Gericht im Begriffe stehe, einen Rechtssatz zu übersehen. Im übrigen wird die Haftung des Rechtsanwalts und die des Richters und ihr Verhältnis zueinander behandelt. Die Annahme einer „Arbeits-

gemeinschaft" zwischen Richter und Rechtsanwalt wird abgelehnt. — Gegen die Stellungnahme Cohns zu den angeregten Fragen im allgemeinen wieder: Bendix, Die Rechtspflicht des Schweigens und die Haftung der Rechtsanwälte für richterliche Fehlsprüche, SächsRpflA. 16, 369.

k) Colmar 12. 10. 15, ElsLothJZ. 16, 337. Der Rechtsanwalt, der der Gegenpartei das Urteil zustellen läßt, ohne seinen Auftraggeber hierauf aufmerksam zu machen, und ohne ihm eine Abschrift des Urteils zukommen zu lassen, und der dem Auftraggeber erst nach zweimaliger brieflicher Aufforderung, wobei dieser die Absicht, Berufung einzulegen, ausspricht, über diesen Sachverhalt aufklärt, handelt schuldhaft (zu vgl. auch II 7 zu § 254).

l) Hamburg 16. 6. 13, OLG. 32, 170. Zu den Aufgaben des mit der Prozeßführung beauftragten Rechtsanwalts gehört es im allgemeinen nicht, Mängelanzeigen bezüglich der streitigen Ware zu erstatten. Die Unterlassung oder verspätete Erstattung einer Mängelanzeige in einem Schriftsatze stellt sich daher nur dann als Verschulden des Rechtsanwalts dar, wenn ihm diese Anzeige ausdrücklich aufgetragen war, oder wenn er bei Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen, daß sie zur Wahrung der Rechte seines Auftraggebers noch erforderlich war.

m) **RG.** 27. 6. 16, LeipzZ. 16, 1238, R. 16, Nr. 1872, WarnE. 16, 399. Der Rechtsanwalt, der als Beistand eines mit einer Hypothekenzinsforderung am Zwangsversteigerungsverfahren Beteiligten zu dem Versteigerungstermin zugezogen ist, hat festzustellen, welches Gebot erforderlich ist, um die Forderung seines Auftraggebers zu decken. Er darf sich nicht durch eine Erklärung desselben, er sei ausgeboten, dazu bestimmen lassen, von der begonnenen Berechnung Abstand zu nehmen und seine Tätigkeit einzustellen. Jedenfalls muß er zunächst prüfen, ob die Annahme des Auftraggebers richtig ist und nicht ein Irrtum vorliegt, und zwar auch dann, wenn er keinen besonderen Anlaß hat, seinen Angaben zu mißtrauen; er muß nach dem Gebote und der Berechnung, die der Annahme des Auftraggebers zugrunde liegt, fragen und darauf hinweisen, daß er mit seiner Berechnung noch nicht fertig sei. Seine Sache ist es, auch ohne besondere Aufforderung den Auftraggeber vor Irrtum zu bewahren, und er hat aus eigener Entschließung alles zu tun, was in dessen Interesse nach Lage der Sache geboten ist.

n) **RG.** 21. 9. 15 — JDR. 14, 26a zu § 276 — betr. Abweichung von den vom Reichsgericht für die Berechnung des geringsten Gebots aufgestellten Grundsätzen, abgedruckt auch: LeipzZ. 16, 56.

o) **RG.** 4. 7. 16 (5. 5. 16), BayRpflZ. 16, 356, JW. 16, 1272 LeipzZ. 16, 1239, WarnE. 16, 317. Dem Rechtsanwalt, dessen Rat von dem Erwerber eines Handelsgeschäfts in Anspruch genommen wird, der die vereinbarte Ausschließung der Schuldübernahme nach außen wirksam machen will (§ 25 HGB.), liegt die Verpflichtung zur sorgsamen Beratung des Auftraggebers darüber ob, welchen Weg dieser einzuschlagen hat. Die Benachrichtigung der Gläubiger ist, wenn der Geschäftsbetrieb sofort beginnen soll, nicht ohne Gefahr, da bei der gebotenen Eile die Möglichkeit besteht, daß einer oder der andere der Gläubiger übersehen wird oder die Mitteilung nicht rechtzeitig erhält. Die größere Gewähr bietet dann der Antrag auf Eintragung im Handelsregister und die Bekanntmachung. Daß eine Ausfertigung des Kaufvertrags nicht sofort erteilt werden kann, steht der Beschreitung dieses Wegs nicht entgegen, da es einer solchen als Eintragungsunterlage nicht bedarf. Der Schwierigkeit, daß Auftraggeber eine offene Handelsgesellschaft ist, und diese nur eine Firma führen darf, konnte damit begegnet werden, daß die Gesellschafter als Erwerber auftreten, die mehrere offene Handelsgesellschaften im Betriebe verschiedener Geschäfte führen können. In allen diesen Richtungen muß der Rechtsanwalt den Auftraggeber belehren, und er handelt schuldhaft, wenn er diese Belehrung unterläßt (vgl. auch **RG.** 18. 1. 16, WarnE. 16, 128).

p) **RG.** 10. 12. 15, ZBlFG. 17, 300. Der Rechtsanwalt wird von seiner Belehrungspflicht nicht dadurch befreit, daß der Richter in seiner Gegenwart die Beteiligten belehrt.

Er muß sich vielmehr davon überzeugen, ob diese die richterliche Belehrung auch verstanden haben.

5. Sorgfaltspflicht der Angestellten des Rechtsanwalts. RG. 14. 4. 16, LeipzZ. 16, 1022, R. 16, Nr. 1876. Der Kanzleivorstand eines Rechtsanwalts handelt nicht fahrlässig, wenn er einem der Auftraggeber, gegen dessen Zuverlässigkeit keine Bedenken vorliegen, die Einsicht der Handakten, in welchen Grundschuldbriefe aufbewahrt werden, ohne ständige Überwachung gewährt. Bei der Rückgabe der Akten muß er sich aber von dem Vorhandensein der Urkunden überzeugen, namentlich dann, wenn ein Widerstreit der Interessen dieses Auftraggebers mit denen des anderen besteht.

6. Sorgfaltspflicht des Beamten, insbesondere des Polizeibeamten. RG. 26. 10. 15 — JDR. 14, 2a, 24a zu § 276 — betr. Prüfung der Unterlagen eines Gesuchs und Anwendung der allgemeinen Rechtssätze über öffentliche Ausspielungen und öffentliche Glücksspiele, abgedruckt auch: JW. 16, 201, LeipzZ. 16, 1373, R. 16, 170.

7. Sorgfaltspflicht der Polizeiverwaltung. PrOVG. 25. 2. 15, SchlHolstAnz. 16, 51. Die pflichtmäßige Sorgfalt, mit der die Polizeiverwaltung bei ihren Anordnungen den bestehenden Rechtszustand zu prüfen hat, erfordert, daß sie die Feststellung, die dieser durch die Rechtsprechung erfahren hat, nicht unbeachtet läßt. Ist die Rechtsprechung veröffentlicht, dann muß von einer Behörde, wie der Polizeiverwaltung einer Großstadt, verlangt werden, daß sie sich damit bekannt macht.

8. Sorgfaltspflicht des Telegraphenbeamten. RG. 9. 5. 16, R. 16, Nr. 1500. Der Telegraphenbeamte, der in dem irrtümlichen Glauben, er habe eine Drahtung noch nicht besorgt, die Drahtung wiederholt und ihr außerdem noch einen von der ersten Drahtung erheblich abweichenden Inhalt gibt, handelt schuldhaft.

9. Sorgfaltspflicht des Kirchendieners. RG. 3. 4. 16, R. 16, Nr. 2068, WarnE. 16, 255. Der Kirchendiener, der in der Zeit der Dunkelheit während seiner Abwesenheit die im Fußboden der Kirche da, wo das Gestühl die Gänge frei läßt, liegenden Heizungsschächte ungesichert offenstehen läßt, handelt, auch wenn er die Kirche zuschließt, fahrlässig, sofern ihm bekannt ist, daß noch andere Personen im Besitze von Schlüsseln zu der Kirche sind.

10. Sorgfaltspflicht des Feuerwehrmanns. Colmar 21. 6. 15, ElsLothJZ. 16, 291. Pflicht des Feuerwehrmanns ist es, möglichst rasch gegen die durch das Feuer drohende Gefahr zu Hilfe zu kommen, und mit dieser Pflicht wäre es schlecht vereinbar, wenn er erst mit ängstlicher Sorgfalt den Weg auf seine etwaige Gefährlichkeit untersuchen müßte, den er zur Brandstelle einschlagen muß.

11. Sorgfaltspflicht des Richters. a) RG. 5. 5. 16, LeipzZ. 16, 1034, WarnE. 16, 263. Dem Zwangsversteigerungsrichter liegt es ob, dafür zu sorgen, daß das geringste Gebot der Vorschrift des § 44 Abs. 1 ZVG. entsprechend berechnet wird. Der Umstand, daß er einen Rechnungsverständigen zuzieht, und daß ihm dessen Entwurf erst kurz vor dem Versteigerungstermin zur Hand kommt, entlastet ihn nicht.

b) Frankfurt a. M. 18. 10. 15, FrankfRdsch. 49, 182. Der Zwangsversteigerungsrichter, der entgegen den völlig klaren und bestimmten Vorschriften der §§ 63 Abs. 5, 9 ZwVG. die Durchführung des Einzelausgebots mehrerer zur Zwangsversteigerung stehender Grundstücke unterläßt und zum Gesamtausgebot schreitet, ohne daß der anwesende Schuldner zugestimmt hat, handelt schuldhaft. Dabei ist unerheblich, ob er die bezeichneten Vorschriften übersehen hat oder davon ausgegangen ist, daß es der Zustimmung des Schuldners nicht bedürfe, weil er nicht zu den Beteiligten gehöre.

c) RG. 26. 5. 16; 88, 264, GruchotsBeitr. 60, 1015, LeipzZ. 16, 1243, R. 16, Nr. 1121, WarnE. 16, 462. Der Vormundschaftsrichter hat den Vormund und den Pfleger zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses zu veranlassen. Er muß die mündelsichere Anlegung des durch Versilberung der Masse erlösten Geldes überwachen, und zwar auch dann, wenn die Masse zur demnächstigen Ausschüttung an die Gläubiger bestimmt ist; er hat sich alsbald zu erkundigen, ob die Anlegung der Gelder erfolgt ist, und darf nicht erst bis zur ersten

Rechnungsstellung warten. Diese Verpflichtung liegt ihm auch ob, wenn ein Mißtrauen gegen die Person des Vormundes oder Pflegers nicht besteht (zu vgl. auch III 6 zu § 249).

d) Josef, Die Selbständigkeit der Rechtsfindung und der Präjudizienkultus in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DRZ. 16, 209. Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der bei Gestaltung der Privatrechtsordnung, bei Begründung, Fortentwicklung und Veränderung von Privatrechtsverhältnissen mitzuwirken hat, hat diese Tätigkeit so einzurichten, daß sie zur tunlichsten Förderung der Interessen der Beteiligten gereicht. Diese müssen sich bei ihren wirtschaftlichen Maßnahmen darauf verlassen können, daß der Richter nicht in wichtigen Fragen bewußterweise abweichen werde von der Rechtsprechung des Reichsgerichts, besonders von der Gesetzesauslegung, die in ständiger und unbestrittener Rechtsprechung als die richtige gilt. Tut er dies dennoch, so verletzt er seine Pflicht und macht sich schadensersatzpflichtig. Ebenso darf der Richter nicht von einem Rechtsgrundsatze bewußt abweichen, der, wenn er auch nur in einer einzigen Entscheidung ausgesprochen ist, die bisher bestandene Zweifelsfrage für die Praxis geradezu erledigt, gänzlich beseitigt. Insbesondere hat er bei der Urkundstätigkeit den Formerfordernissen, die in einer obergerichtlichen Entscheidung aufgestellt sind, sich zu fügen. Fahrlässige Amtspflichtverletzung liegt vor, wenn der Richter gegen klare gesetzliche Vorschriften verstößt, bei denen es eine „zulässige Auslegungsdifferenz" nicht gibt, bei denen er bei einem gewöhnlichen Grad von Aufmerksamkeit das Richtige erkennen mußte. Ist eine Vorschrift mehrfacher Deutung fähig, ist also ihr Sinn durch Auslegung zu ermitteln, dann liegt eine fahrlässige Pflichtverletzung nicht schon dann vor, wenn das Beschwerdegericht oder das Prozeßgericht später eine andere Auslegung als richtig bezeichnen, wie die, zu der der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelangt ist, auch dann noch nicht, wenn diese letztere obergerichtlichen Entscheidungen oder der Meinung angesehener Schriftsteller widerspricht. Der Richter kann nicht sämtliche Entscheidungen kennen oder gar die in ihnen ausgesprochenen Grundsätze so gegenwärtig haben, daß er nach ihnen verfahren könnte, selbst wo ihm Zweifel gar nicht aufstoßen. Aber er ist auch nicht berechtigt, sich jeden Eindringens in die Ergebnisse der Rechtsprechung und der Rechtslehre zu enthalten. Fahrlässige Pflichtverletzung ist anzunehmen, wenn er Rechtsgrundsätze, die in fester Rechtsprechung ständig ausgesprochen sind, nicht kennt. Auch die Entscheidungen des Reichsgerichts, die auf Grund des § 79 GBO. und § 28 FGG. ergehen, muß er kennen, es sei denn, daß seit der Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung erst ein kürzerer Zeitraum verflossen ist. Bei der Beurkundungstätigkeit hat er so zu verfahren, daß die Gültigkeit der Beurkundung nach jeder der möglicherweise zutreffenden Rechtsanschauungen gegeben ist; er hat also der strengeren Auslegung zu folgen. Überall wird billiges Ermessen unter Berücksichtigung der Umstände des Falls ausschlaggebend sein. An den Richter bei einem kleinen Amtsgericht werden z. B. geringere Anforderungen zu stellen sein, ebenso bei solchen Entschließungen, die eilig oder wenigstens in strepitu fori getroffen werden müssen. Zahlreiche Beispiele aus der Rechtsprechung werden angeführt.

e) Über die Sorgfaltspflicht des Grundbuchrichters siehe:

12. Sorgfaltspflicht des Gerichtsschreibers. Karlsruhe 7. 7. 15, BadRpr. 16, 118. Der Gerichtsschreiber handelt schuldhaft, wenn er einen Arrestpfändungsbeschluß, durch den, wie er weiß, eine Forderung gepfändet wird, die der Drittschuldner noch an demselben Abend vor Ladenschluß zahlen muß, abends gegen 6 Uhr dem Gerichtsvollzieher zusammen mit anderen Schriftstücken zugehen läßt, nachdem er den Pfändungsbeschluß lediglich mit einem Eilvermerk versehen hat. Er muß vielmehr den Gerichtsvollzieher in geeigneter Weise auf die Notwendigkeit umgehender Zustellung hinweisen oder dafür sorgen, daß der Gerichtsvollzieher von einem anderen hiervon in Kenntnis gesetzt wird. Ihn trifft weiter ein Verschulden, wenn er dem Arrestgläubiger auf dessen Frage nach dem Stande der Zustellung erwidert, die Sache sei in Ordnung, ohne sich darüber zu vergewissern, daß der Gerichtsvollzieher den Auftrag zur Zustellung bereits erhalten habe.

13. Sorgfaltspflicht des Gerichtsvollziehers (zu vgl. auch III 7 zu § 249).

a) Karlsruhe 7. 7. 15, BadRpr. 16, 118. Der Gerichtsvollzieher handelt fahrlässig, wenn er die Aufträge, die er kurz nach 6 Uhr abends auf der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts abholt, bis abends kurz vor 9 Uhr überhaupt nicht oder nur oberflächlich ansieht. Er muß vielmehr die abgeholten Schriftstücke unverzüglich einer sorgfältigen Durchsicht unterziehen, um sich zu vergewissern, ob sich darunter eilige Aufträge befinden. Solche eiligen Aufträge, z. B. die Zustellung eines Arrestpfändungsbeschlusses, hat er sofort zu erledigen, zumal wenn er durch einen Vermerk des Gerichtsschreibers, die Zustellung sei noch heute vorzunehmen, die Sache eile, besonders darauf hingewiesen wird, und namentlich früher, als er eine Klagzurücknahme zustellt.

b) RG. 20. 6. 16, R. 16, Nr. 1856. Der Gerichtsvollzieher ist nicht verpflichtet, sich durch Einsichtnahme in die Klagschrift ein Urteil darüber zu bilden, ob die Zustellung eilbedürftig ist.

c) RG. 21. 12. 15; 87, 412. Der Gerichtsvollzieher handelt fahrlässig, wenn er im Widerspruche mit dem Wortlaute der §§ 182, 185 ZPO. und der Pr. Geschäfts-Anw. die Zustellung der Pfändungsbenachrichtigung über die bevorstehende Mietzinspfändung durch Niederlegung bei der Post bewirkt, während er an den Vermieter des Drittschuldners zustellen kann.

d) RG. 28. 1. 16, JW. 16, 739, R. 16, Nr. 678. Der Gerichtsvollzieher, der den Auftrag erhält, ein Wechselurteil zu vollstrecken, ist, wenn Wechsel und Protest dem Auftragschreiben nicht beiliegen und ihm nicht ohne weiteres zugänglich sind, verpflichtet, den Auftraggeber unverzüglich zu benachrichtigen. Unterläßt er die Ausführung des Vollstreckungsauftrags ohne eine solche Benachrichtigung des Auftraggebers, dann handelt er grobfahrlässig.

e) Hamburg 24. 11. 15, HansGZ. 16, Bbl. 117. Steckt der Schuldner bei der Zwangszollstreckung Geld, das er bei sich getragen hat, einem anderen zu, um es der Pfändung vu entziehen, und sieht der Gerichtsvollzieher davon ab, es bei diesem gegen dessen Widerspruch zu pfänden, weil er annimmt, es sei eine rechtswirksame Übertragung des Gewahrsams an dem Gelde auf den Dritten vollzogen worden, so fällt dem Gerichtsvollzieher kein Verschulden zur Last.

f) RG. 19. 11. 15; 87, 294, JW. 16, 191, LeipzZ. 16, 545, R. 16, 44. Das Wort „unverzüglich" in § 72 Abs. 5 GeschAnwfGVollZ. bedeutet „ohne schuldhaftes Zögern". Hat der Gerichtsvollzieher aus anderem Grunde die Pflicht die Auszahlung des Versteigerungserlöses hinauszuschieben, so steht dem § 72 Abs. 5 nicht entgegen. Eine solche Pflicht besteht aber, wenn ihm Mitteilung gemacht ist, der Vermieter des Schuldners habe einen Einstellungsbeschluß gemäß § 805 ZPO. beantragt. Dann muß der Gerichtsvollzieher entweder dafür Sorge tragen, daß der in Aussicht stehende Beschluß ihn rechtzeitig erreicht, oder doch eine angemessene, zur Vergewisserung darüber, ob ein Beschluß ergehen wird, ausreichende Frist verstreichen lassen, ehe er die Auszahlung an den Gläubiger vornimmt. Denn es folgt aus der Stellung und den Amtspflichten des Gerichtsvollziehers, daß, wo die Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit ihn nicht zum Eingriff in die Rechte Dritter nötigt, die Achtung und Wahrung dieser Rechte für ihn dem Dritten gegenüber zur Amtspflicht wird. — Hat der Gerichtsvollzieher den dem Gläubiger zukommenden Versteigerungserlös bereits bei der Post eingezahlt, dann ist er zur Rückforderung des Geldes von der Post nicht verpflichtet, wenn ihm erst nachträglich eine Verfügung des Vollstreckungsgerichts zugeht, die die Hinterlegung des Erlöses anordnet.

14. Sorgfältigkeit des Vollziehungsbeamten. Kiel 6. 11. 15, SchlHolstAnz. 16, 55. Der Vollziehungsbeamte handelt fahrlässig, wenn er bei der Pfändung von in den Boden lose eingeschlagenen Baum- und Buschpflanzen dem Schuldner nicht nur ihre Veräußerung, sondern jede Befassung mit ihnen verbietet und dies Verbot trotz des Hinweises auf die dadurch herbeigeführte Gefährdung der Pflanzen aufrecht erhält, ohne selbst auf andere Weise für ihre Pflege Sorge zu tragen.

15. Sorgfaltspflicht in gerichtlichen Angelegenheiten. a) Des Konkurs-

beteiligten. α. RG. 27. 9. 15; 87, 151/155. Ein Verschulden des Konkursgläubigers kann je nach der Sachlage wohl darin gefunden werden, daß er die Einsicht des offengelegten Schlußverzeichnisses und die Geltendmachung seiner Rechte im Schlußtermin unterläßt.

β. Kiel 3. (15.) 5. 16, OLG. 33, 202, SchlHolstAnz. 16, 160. Eine Fahrlässigkeit des Kaufmanns liegt vor, wenn die als Anmeldung zur Konkurstabelle dienende Rechnung auf der Vorderseite mit einer Zusammenrechnung der Einzelposten und einer Abrechnung der geleisteten Zahlungen abschließt und sodann einige Zeilen unbeschrieben läßt, ohne daß in irgendeiner Weise darauf hingewiesen wird, daß eine Fortsetzung der Rechnung auf der Rückseite folgt.

b) Des Zwangsversteigerungsbeteiligten. α. RG. 14. 3. 16, FrankfRdsch. 50, 7, LeipzZ. 16, 1189. Dem Bieter in der Zwangsversteigerung gereicht es weder zum Verschulden, daß er sich ohne Rechtsbeistand an dem Verfahren beteiligt, noch daß er die Bestimmungen des ZwVG. nicht genau kennt und Fehler übersieht, die von den Gerichtsbeamten und zwei nahe beteiligten Rechtsanwälten nicht bemerkt werden. Der Umstand, daß der Bieter acht Jahre vorher die erste juristische Prüfung bestanden hat, ändert daran nichts.

β. Frankfurt a. M. 18. 10. 15, FrankfRdsch. 49, 182/190. Wer in einem Zwangsversteigerungstermin ohne Rechtsbeistand als Bieter aufzutreten beabsichtigt, muß sich mit den in Betracht kommenden Vorschriften des ZwVG. zum mindesten insoweit bekannt machen, daß er imstande ist, seine Interessen wahrzunehmen. Insbesondere hat er sich über die Art des Ausgebots und den Zuschlag, sowie mit den ihm zustehenden Rechtsbehelfen bekannt zu machen. Ihn trifft ein Verschulden, wenn er nicht darauf achtet und nicht darauf aufmerksam macht, daß das Versteigerungsprotokoll nur einen Vermerk über den Antrag auf Gesamtausgebot der mehreren Grundstücke ohne ihr Einzelausgebot, nicht aber über die Zustimmung der Beteiligten zu diesem Antrage enthält, und wenn er gegen ein unrichtiges Verfahren des Versteigerungsrichters beim Ausgebot nicht Erinnerung gemäß § 766 ZPO. erhebt.

16. Sorgfaltspflicht der Schiedsparteien. RG. 18. 1. 16, JW. 16, 580. Die Schiedsparteien sind nach dem Schiedsvertrage verpflichtet, alles zu tun, um den Schiedsrichtern die Fällung des Spruchs zu ermöglichen (RG. 74, 321). Sie haben daher auch den Kostenvorschuß zu leisten, dessen Hinterlegung die Schiedsrichter anordnen. Die Partei, die dies nicht tut, handelt schuldhaft und hat deshalb der anderen den Schaden zu ersetzen, der ihr daraus entsteht, daß infolge der Nichtleistung des Vorschusses die Schiedsrichter ihr Amt niederlegen.

17. Sorgfaltspflicht des Grundbuchbeteiligten. RG. 16. 3. 16, R. 16, Nr. 1855. Wer sich bei der Beurteilung einer dinglichen Belastung auf das Grundbuch verläßt, handelt regelmäßig nicht fahrlässig.

18. Sorgfaltspflicht des Hypothekengläubigers. München 29. 11. 15, SeuffA. 71, 127. Der Hypothekengläubiger ist in dem Konkurse über das Vermögen des Grundstückseigentümers nicht verpflichtet, besondere Maßregeln hinsichtlich der Zubehörstücke vorzukehren, auf den Erlös versteigerter Zubehörstücke im Prüfungstermine Ansprüche geltend und den Konkursverwalter darauf aufmerksam zu machen, was dieser hinsichtlich dieses Erlöses zu tun habe. Insbesondere gilt dies, wenn der Konkursverwalter ein Rechtsanwalt ist.

19. Sorgfaltspflicht des Hypothekenschuldners und persönlichen Schuldners. Bamberg 18. 12. 15, SeuffA. 71, 296. Der Hypothekenschuldner, der zugleich persönlicher Schuldner ist, handelt schuldhaft, wenn er gegenüber der von dem Gläubiger betriebenen Zwangsvollstreckung in das Grundstück die Vollstreckungsgegenklage mit der Behauptung erhebt, der Gläubiger sei durch Abtretung einer Forderung befriedigt, und die Einstellung der Zwangsversteigerung herbeiführt, sofern die Abtretung nicht wirksam geworden ist, und der Schuldner die Unwirksamkeit kennt oder er sich bei dem mit der Sache befaßten Notar nicht nach der Rechtswirksamkeit erkundigt hat. Aus dem persönlichen Schuldver-

hältnis, in dem er zu dem Gläubiger steht, ergibt sich für ihn die Verpflichtung, die ihm bekannten Interessen des Gläubigers zu wahren und sein Verhalten so einzurichten, daß Schädigungen von dessen Interessen möglichst vermieden werden.

20. Sorgfaltspflicht des Vollstreckungsgläubigers und Interventionsbeklagten. Hamburg 5. 7. 16, HansGZ. 16, Bbl. 277. Wenn der Vollstreckungsgläubiger nach Lage der Sache mit Recht den Argwohn haben darf, daß es sich bei der Abtretung des zu pfändenden Anspruchs des Schuldners um eine Schiebung zu dessen Gunsten handelt, dann verletzt er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht, wenn er auf den Widerspruch des Zessionars seine durch eine Vorpfändung erlangten Rechte nicht aufgibt, im Gegenteil, um sie durch Zeitablauf nicht zu verlieren, die gerichtliche Pfändung erwirkt, und wenn er es zu dem Widerspruchsprozesse kommen läßt. Die Fortsetzung einer Zwangsvollstreckung während des Widerspruchsprozesses durch Versteigerung der Pfandgegenstände wird dagegen, wenn nicht ganz besondere Umstände vorliegen, als fahrlässige Verletzung des fremden Rechts anzusehen sein. Solche besonderen Umstände liegen dann vor, wenn es sich um lebende Tiere handelt, und deshalb Futterkosten entstehen, die bei längerer Prozeßdauer den Wert der Tiere übersteigen können.

21. Sorgfaltspflicht der Eltern bei Beaufsichtigung der Kinder. a) **RG.** 30. 3. 16, WarnE. 16, 216. Die Eltern müssen darüber wachen, daß Schießwaffen und Gegenstände ähnlich gefährlicher Art, insbesondere zur Gefährdung anderer geeignete Spielgeräte, auch nicht heimlich im Besitze ihrer Kinder sind. Das Maß der aufzuwendenden Überwachung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls und der Persönlichkeit des Kindes, insbesondere danach, ob ihm der heimliche Besitz gefährlicher Gegenstände zuzutrauen ist. Solches wird regelmäßig dann nicht der Fall sein, wenn das Kind sonst gut erzogen, gehorsam und aufrichtig ist. Von Bedeutung kann auch der Umstand sein, daß dem Kinde Geldmittel zu völlig freier Verwendung überlassen worden sind.

b) **RG.** 7. 2. 16, BayRpflZ. 16, 292, WarnE. 16, 261. Von Eltern, deren Jungen Bogen und Pfeil besitzen, ist zu fordern, daß sie sie in der Handhabung des Spielzeugs unterweisen, über seine Gefahren belehren und ernstlich zur Vorsicht dabei ermahnen. Dagegen sind sie nicht verpflichtet, ihren Jungen zu verbieten, zu ihren Kameraden zu gehen, die sich mit einem im Volke nicht für gefährlich gehaltenen Spiel, wie es das mit Bogen und Pfeil im allgemeinen ist, befassen.

c) Kiel 4. 11. 15, SchlHolstAnz. 16, 39. Die Mutter eines elfjährigen Knaben, in deren Gastwirtschaft bei einem Vereinsfest ein von ihr hierzu geliehenes Luftgewehr benutzt worden ist, und die sich darüber klar ist, daß durch einen Schuß aus diesem Gewehr ungeschützte Weichteile des menschlichen Körpers verletzt werden können, ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß das Gewehr nach Beendigung des Gebrauchs nicht unbeaufsichtigt liegen bleibt, sondern entweder dem Eigentümer zurückgebracht oder in angemessener Weise einstweilen verwahrt wird. Es ist nicht genügend und daher der Mutter als Verschulden anzurechnen, wenn das Gewehr geraume Zeit, wie dem Sohne bekannt ist, in einem unverschließbaren Schranke eines dem Sohne jederzeit unbemerkt zugänglichen Tanzsaals aufgehoben wird, und zwar auch dann, wenn sich die Munition nicht bei dem Gewehre befindet, da diese ohne Schwierigkeit mit geringem Gelde, wie es auch Kindern zur Verfügung steht, und wie diese wissen, zu beschaffen ist. Ein Verbot an den Sohn, mit dem Gewehr zu schießen, entlastet die Mutter nicht, auch wenn es sich um einen wohlerzogenen und folgsamen Knaben handelt, und zumal dann nicht, wenn sie und ihre erwachsenen Hausgenossen nicht in der Lage sind, die Spiele des Sohnes genügend zu beaufsichtigen (zu vgl. auch III 13 zu § 249).

d) Stuttgart 21. 3. 16, R. 16, Nr. 1112. Ein Vater braucht seinen achtjährigen Sohn bei gewöhnlichen, an sich nicht mit irgendeiner Gefahr für andere verbundenen Spielen, wie es z. B. das Reifelspiel ist, nicht zu beaufsichtigen, nicht einmal in der Weise, daß er ihm besondere Vorsicht anbefiehlt, wenn sonst nichts vorliegt, was den Vater zu besonderer Aufsicht bei dem Spiel bestimmen muß.

22. Sorgfaltspflicht des Lehrers. a) Colmar 2. 1. 15, ElsLothJZ. 16, 22. Der Gemeindelehrer hat die ihm anvertrauten Schulkinder nicht nur zu unterrichten, sondern auch, und zwar nicht nur während der Schulstunden selbst, sondern auch während der Pausen und der dem Schulbeginn vorausgehenden Viertelstunde, zu beaufsichtigen und vor Schaden in den Schulräumen zu bewahren. Hat er den mangelhaften, mit Gefahr für die Kinder verbundenen Zustand einer Schulbank erkannt, dann darf er sich nicht damit begnügen, mehrmals zum Schreiner zu schicken und den Gemeinderat und die Schulkommission zu benachrichtigen sondern muß die Bank beiseite setzen lassen oder wenigstens den Kindern ihre Weiterbenutzung untersagen.

b) *α*. **RG.** 16. 11. 15, JW. 16, 189, R. 16, Nr. 1490, WarnE. 16, 126. Der Lehrer, welcher sieht, daß der Schüler eine Tuschfeder aufrecht in der Hand hält, darf den Schüler nicht schlagen oder eine drohende Haltung gegen ihn einnehmen. Denn dann ergibt sich bei pflichtmäßiger Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt für ihn, daß der Schüler den Kopf herabbeugen und mit ihm auf die Feder stoßen kann, und daß daher das Zuschlagen oder auch nur Ausholen zum Schlag die Gefahr einer Augenverletzung des Schülers heraufbeschwört, und er handelt fahrlässig, wenn er trotzdem in der einen oder anderen Richtung gegen den Schüler vorgeht.

β. **RG.** 10. 7. 16, JW. 16, 1272, R. 16, Nr. 2070, WarnE. 16, 318. Von einem Lehrer, der in der Zeichenstunde, um die Aufmerksamkeit eines eine Tuschfeder in der Hand haltenden Schülers durch einen aufmunternden Klaps zu erregen, eine leichte Handbewegung nach dem Kopfe dieses Schülers macht, ist nicht zu verlangen, daß er sich vorher davon überzeugt, daß der Schüler nicht etwa die Tuschfeder aufwärts nach dem Kopfe zu gerichtet hält, zumal wenn er den Schülern verboten hat, die Feder steil nach aufwärts zu halten. Auch kann ihm nicht angesonnen werden, während des Unterrichts einer großen Anzahl von Schülern an jede üble Angewohnheit jedes einzelnen Schülers jederzeit zu denken.

c) Stuttgart 26. 12. 15, R. 16, Nr. 612. Eine Fahrlässigkeit des Lehrers, der zwei sich streitenden Knaben eine Blechfigur entreißt und dabei einem dritten Knaben, der in der nächsten Bank sitzt und gerade sein Gesicht hinwendet, in das Auge stößt, liegt nicht vor. Zur Aufrechterhaltung der Schulzucht und -ordnung ist der Lehrer befugt, die Blechfigur den sie nicht gutwillig hergebenden Knaben mit Gewalt zu entreißen. Bei solchen Vorkommnissen, die ein rasches Eingreifen nahelegen, sich vorher alle Möglichkeiten zu vergegenwärtigen und Maßnahmen zu treffen, die dann vielleicht wieder die Möglichkeit anderer Gefährdung einer Person mit sich brächten, kann dem Lehrer nicht zugemutet werden.

d) **RG.** 28. 1. 16, GesuR. 17, 643, R. 16, Nr. 1114, WarnE. 16, 127. Der Lehrer, welcher seine Schüler auf einem öffentlichen Wege Fußball spielen läßt, erfüllt seine Aufsichtspflicht nicht dadurch, daß er die allgemeine Anweisung erteilt, nicht zu spielen, wenn jemand vorbeikomme. Er ist vielmehr verbunden, dem Gang des Spiels seine Aufmerksamkeit zu widmen. Bemerkt er, daß jemand das Spielfeld durchschreitet, und gebietet er dann dem Spiel keinen Einhalt, obwohl er sich bei geringer Überlegung sagen muß, daß jene Person von dem Ball getroffen und verletzt werden kann, dann handelt er fahrlässig.

23. Sorgfaltspflicht des Schulhausbesitzers. Kiel 29. 2. 16, SchlHolstAnz. 16, 81. Die Gemeinde als Besitzerin des Schulgrundstücks ist verpflichtet, eine große und schwere, an ansehnlichen Mauerhaken hängende verschiebbare Schultafel von Zeit zu Zeit auf ihre Haltbarkeit untersuchen zu lassen, da bei dem ständigen Gebrauch und der durch diesen verursachten Erschütterung mit einer Lockerung der Mauerhaken zu rechnen ist. Die hiernach erforderliche Prüfung darf sie nicht dem Schulleiter und den Lehrern überlassen, sondern muß sie in die Hand eines Bausachverständigen legen. Daß dies in anderen, insbesondere auch in staatlichen Schulanstalten ebenfalls nicht geschieht, entlastet sie nicht.

24. Sorgfaltspflicht des Verkäufers. **RG.** 19. 4. 16, LeipzZ. 16, 1025. Der Verkäufer, der eine fehlerhafte und deshalb bei der Benutzung gefährliche Gartenleiter verkauft, handelt fahrlässig auch dem Dienstboten des Käufers gegenüber, der die Leiter benutzt.

25. Sorgfaltspflicht des Bankiers. a) **RG.** 12. 11. 15, BankA. 15, 185. Der Bankier, der mit einem Kunden dergestalt in Geschäftsverbindung steht, daß er Diskontwechsel von ihm entgegennimmt, ist auf Grund des hierdurch begründeten Vertrauensverhältnisses verpflichtet, sich bei dem Kunden nach der Rechtmäßigkeit von nach Inhalt und Umfang auffallenden Wechselmaßnahmen seines Bevollmächtigten zu erkundigen. — Hierzu: Hallbauer, BankA. 15, 192.

b) **RG.** 25. 1. 16, BankA. 15, 264, JW. 16, 578, PosMSchr. 16, 37, R. 16, Nr. 405, ZBlFG. 17, 32. Eine Bank ist, da ihr Gewerbe sie ständig in die Lage bringt, sich mit dem Wechselverkehr zu befassen, verpflichtet, rechtzeitig zu prüfen, ob der Protest ordnungsmäßig bei dem Bezogenen erhoben ist, und wenn dies nicht geschehen, die Protesterhebung nur bei der Notadresse erfolgt ist, einen richtigen Protest nachholen zu lassen. Die Prüfungspflicht besteht um so mehr, wenn nicht ein rechtskundiger Notar, sondern ein Gerichtsvollzieher den Protest aufgenommen hat.

c) **RG.** 25. 1. 16, BankA. 15, 264, JW. 16, 578, PosMSchr. 16, 37. Daß der Bankier, der einen fälligen und protestierten Wechsel nicht sofort geltend macht, die kaufmännische Sorgfalt verletze, die beim Betriebe des Bankiergewerbes gefordert werden muß, läßt sich in dieser Allgemeinheit nicht sagen. Es kommt vielmehr auf die Umstände des Einzelfalles an.

d) **RG.** 9. 5. 16, R. 16, Nr. 1500. Die Bank, der von einer Großbank telegraphisch der Auftrag zum Einkauf von 1800 M. Aktien zugeht, und die unmittelbar darauf — infolge eines Versehens des Telegraphenbeamten — ein zweites Telegramm erhält, inhaltlich dessen ihr dieselbe Großbank den Einkauf von 18000 M. Aktien derselben Art aufträgt, handelt nicht fahrläsig, wenn sie ohne Rückfrage bei der Großbank die beiden Käufe ausführt; für den Geschäftsverkehr der beiden Banken hatten diese beiden Aufträge nichts Auffallendes, und die beauftragte Bank hatte, wenn sie sich nicht Schadensersatzklagen aussetzen wollte, zur sofortigen Ausführung des Auftrags zu schreiten.

e) **RG.** 31. 1. 16, BankA. 15, 345, R. 16, Nr. 632. Die Übertragung der Stelle eines Kassierers in einem Bankgeschäfte an einen 24jährigen jungen Menschen bei bescheidenem Gehalt unter unzureichenden Kontrolleinrichtungen stellt sich als grobes Verschulden des Inhabers des Geschäfts dar. Mit der Übertragung der gesamten inneren und äußeren Leitung des Geschäfts einschließlich der Beaufsichtigung der anderen Angestellten an die Prokuristen hat der Inhaber seiner Aufsichtspflicht noch nicht genügt. Er muß auch die Prokuristen beaufsichtigen, und wenn er, weil nicht banktechnisch vorgebildet, hierzu selbst nicht imstande ist, eine geeignete Person, auf die er sich unbedingt verlassen kann, damit beauftragen. Insbesondere ist er verpflichtet, wenn sich Unterschlagungen durch die Prokuristen herausstellen, die zu deren Entlassung führen, nicht nur die Konten dieser kontrollieren, sondern auch die gesamte Tätigkeit der der Aufsicht der Prokuristen unterstellt gewesenen Beamten einer fortlaufenden Prüfung unterziehen.

f) Im übrigen siehe: § 675.

26. Sorgfaltspflicht des Bankkunden. a) Hamburg 11. 6. 15, BankA. 15, 183, HansGZ. 16, Hptbl. 1, OLG. 33, 237. Ein Kaufmann, der sich im Einverständnisse mit seiner Bank Quittungsformulare hat drucken lassen, gegen welche ausschließlich Abhebungen durch ihn selbst oder durch Dritte, an die sie weiter gegeben sind, erfolgen sollen, handelt fahrlässig, wenn er diese Formulare auf einem unverschlossenen Bord im Kontor liegen läßt, und zwar um so mehr, wenn das Kontor während der Mittagszeit zwar verschlossen wird, der Schlüssel aber so liegt, daß jeder, der die Hausgelegenheit kennt, ihn mühelos an sich nehmen kann.

b) KG. 18. 11. 15, BankA. 15, 286, KGBl. 16, 18. Verlangt der Bankkunde, daß die allgemein übliche Benachrichtigung von den vorgefallenen Änderungen seines Bankkontos durch Brief mittels der Post unterbleibe, dann ist er verpflichtet, dafür zu sorgen, daß er unter allen Umständen von den etwa vorgefallenen Änderungen des Kontos auf eine andere Weise rechtzeitig Kenntnis erhält, und eine schuldhafte Unterlassung dieser

Vertragspflicht macht ihn schadensersatzpflichtig. Darin, daß die Bank auf das Verlangen des Kunden eingeht, liegt ein Verschulden der Bank nicht.

c) RG. 12. 11. 15, BankA. 15, 185. Wenn ein Geschäftsmann entdeckt, daß sein Bevollmächtigter, durch welchen er Wechsel bei seinem Bankier zur Einlösung bringen läßt, Unterschlagungen begangen hat, dann handelt er schuldhaft, wenn er dem Bevollmächtigten die Vollmacht nicht entzieht und dem Bankier keine Mitteilung macht. — Hierzu: Hallbauer, BankA. 15, 192.

27. Sorgfaltspflicht des Kaufmanns. a) RG. 21. 9. 15; 87, 141, HoldheimsMSchr. 16, 184. Nach den Gepflogenheiten und Einrichtungen des Verkehrs muß von einem Kaufmann verlangt werden, daß er bei wichtigen, großer Eile bedürftigen Geschäften, wo es sich darum handelt, in laufender Geschäftsverbindung dem anderen Teile von maßgebenden Entschließungen alsbaldige Kenntnis zu geben, sich zur Übermittlung dieser Erklärungen der Mitteilung durch Telegramm oder Fernspruch bedient. In derartigen Fällen wird der Pflicht zu sofortiger Erklärung unter Abwesenden durch briefliche Mitteilung nicht genügt.

b) RG. 18. 1. 16, R. 16, Nr. 1470, WarnE. 16, 128. Daß der Erwerber eines Handelsgeschäfts zur Erreichung der Wirksamkeit des Haftungsausschlusses (§ 25 Abs. 2 HGB.) den Weg der Eintragung in das Handelsregister und der Bekanntmachung und nicht den der Mitteilung an die Dritten wählt, bedeutet — wenigstens wenn er sich der Hilfe eines Notars bedient — keine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Beide Wege sind vom Gesetze zugelassen und als gleichwertig behandelt, und er darf darauf vertrauen, daß der Notar durch sorgsame Beratung die Erreichung des Ziels sichern wird.

28. Sorgfaltspflicht des Weinhändlers. Colmar 1. 3. 15, ElsLothJZ. 16, 164. Der Weinhändler, der Weine verschiedener Herkunft gekauft hat, ist verpflichtet, vor dem Verladen aus den Fässern der einzelnen Verkäufer Proben zu entnehmen. Der von ihm mit dem Verladen beauftragte Küfer und Weinsticher hat dafür zu sorgen, daß dem Auftraggeber der Nachweis möglich wird, von welchem der verschiedenen Verkäufer der in den einzelnen Fässern befindliche Wein herrührt.

29. Sorgfaltspflicht des Handlungsgehilfen. Naumburg 16. 12. 13, OLG. 32, 203. Es verstößt gegen die einfachsten Regeln der Vorsicht, wenn ein Handlungsgehilfe die Schlüssel zum Geschäftsraum und zur äußeren Geldschranktür dem 17jährigen Lehrling übergibt, der noch nicht zwei Jahre im Geschäft ist, mag sich dieser auch während dieser Zeit gut geführt haben.

30. Sorgfaltspflicht des Auskunfteibesitzers. München 6. 5. 16, SeuffA. 71, 136. Der Inhaber einer Auskunftei hat sich bei der Erteilung von Auskünften der strengsten Wahrhaftigkeit zu befleißigen. Er verletzt seine Pflichten gröblich, wenn er, obwohl er nie etwas Nachteiliges über den Angefragten und seinen Geschäftsbetrieb erfahren hat und in seinem Archiv sogar die besten Auskünfte über ihn vorhanden sind, die von einer keineswegs verlässigen Persönlichkeit gelieferte ungünstige Auskunft, ohne ihre Richtigkeit zu prüfen, weitergibt und sogar einer großen Bank ausantwortet.

31. Sorgfaltspflicht des Maklers. Hamburg 27. 3. 16, R. 16, Nr. 1100. Zu der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eines Hausmaklers gehört es, daß er über die Form eines Grundstücksgeschäfts, das er vermittelt, Bescheid weiß und darauf hinwirkt, daß diese Form eingehalten wird. Hat er Zweifel, so ist es seine Pflicht, sich bei einem Juristen Rat zu holen. Wenn er über diese Frage überhaupt nicht nachdenkt, so ist dies allein schon fahrlässig.

32. Sorgfaltspflicht des Geldverleihers. Karlsruhe 23. 6. 15, BadRpr. 16, 3. Der Gläubiger, der Geld auf Hypotheken ausleiht, darf sich im allgemeinen auf die Schätzung des Werts des Grundstücks durch die amtliche Schätzungsbehörde verlassen. Wird ihm aber eine Schätzung vorgelegt, die um die Hälfte höher ist, als die ein Jahr vorher von derselben Behörde erstattete, ohne daß der in der Zwischenzeit erfolgte Eintritt erheblicher werterhöhender Umstände bei dem Grundstücke ersichtlich ist, dann darf er die neue Schätzung nicht ohne weiteres als Grundlage für eine Beleihung des Grundstücks hinnehmen, sondern

muß prüfen, worauf der Unterschied zwischen der alten und neuen Schätzung beruht, und ob diese gerechtfertigt ist.

33. Sorgfaltspflicht des Wechselnehmers. Dresden 29. 9. 15, SächsOLG. 37, 285. Der Gläubiger, der zahlungshalber einen Wechsel angenommen hat, ist verpflichtet, zunächst den Versuch zu machen, aus dem Wechsel Befriedigung zu erlangen; er hat dafür besorgt zu sein, daß der Wechsel rechtzeitig vorgelegt wird und die zur Erhaltung des Wechselrechts erforderlichen Handlungen vorgenommen werden. Versäumt er dies, so hat er dafür einzustehen, wenn der Wechselschuldner zur Zeit, zu der der Wechsel hätte vorgelegt werden sollen und können, zahlungsfähig war, aber später zahlungsunfähig geworden ist.

34. Sorgfaltspflicht des Maschinenbesitzers. a) **RG.** 17. 2. 16, BayRpflZ. 16, 225, LeipzZ. 16, 1024. Wer eine Dampfmaschine als gewerblicher Unternehmer betreibt, sei es in eigener Betriebsstätte, sei es durch Vermietung an andere Personen, hat für ihre ordnungsmäßige Beschaffenheit und ihre Verkehrssicherheit zu sorgen. Wenn er selbst die erforderliche Sachkenntnis nicht besitzt, dann muß er sich bei Betriebsstörungen und Schäden der Maschine an Personen wenden, denen ausreichende Fachkunde innewohnt. Wichtige Ausbesserungen hat er einem sachverständigen Maschinentechniker zu übertragen, nicht einem gewöhnlichen Schmied. Die Anstellung eines guten und zuverlässigen Maschinisten befreit ihn nicht von seiner Pflicht, selbst für den ordnungsmäßigen Zustand der Maschine zu sorgen. Die Ausbesserung erheblicher Schäden und die Auswahl der damit zu betrauenden Persönlichkeiten darf er dem Maschinisten nur dann überlassen, wenn dieser wirklicher Maschinentechniker ist.

b) Colmar 9. 7. 16, ElsLothJZ. 16, 314. Der Dreschmaschinenbesitzer, der ein noch jugendliches und mit der Gefährlichkeit des Maschinenbetriebs offenbar wenig oder gar nicht vertrautes, von dem Bauer gestelltes Mädchen als Zureicherin auf der Maschine arbeiten läßt, ist verpflichtet, es auf die Gefahren des Betriebs aufmerksam zu machen und seine Tätigkeit sorgsam zu überwachen. Er darf auch nicht dulden, daß der von ihm gestellte Einleger die Maschine, solange sie noch im Gange ist, verläßt und das Einscharren des Abfalls dem Mädchen überläßt. Zu erhöhter Aufmerksamkeit ist er verpflichtet, wenn der Einleger kein „gelernter" Dreschmaschinenarbeiter ist, und wenn durch die Anbringung eines Plantuchs hinter der Maschine zum Zwecke des Auffangens des Abfalls der Ähren eine nicht ungefährliche Einrichtung geschaffen ist.

35. Sorgfaltspflicht des Maschinenführers. **RG.** 1. 10. 15 — JDR. 14, 21a zu § 276 — abgedruckt auch: LeipzZ. 16, 235, SeuffA. 71, 185.

36. Sorgfaltspflicht des Maschinenleihers. Kiel 7. 3. 16, SchlHolstAnz. 16, 72. Hat der Mieter einer Dreschmaschine, dem von dem Besitzer der Maschine die erforderlichen Arbeitskräfte gestellt werden, die Leitung der Arbeit insoweit sich vorbehalten, als er die Zeit der Arbeit zu bestimmen hat, dann ist es seine Sache, dafür zu sorgen, daß die Arbeit eingestellt werde, wenn sich infolge der Windstärke und des Funkenflugs die Notwendigkeit hierzu ergibt.

37. Sorgfaltspflicht des Dienstherrn. Colmar 21. 6. 15, ElsLothJZ. 16, 291. Es ist eine Erfahrungstatsache, daß auch sonst zuverlässige Personen, deren Dienst wesentlich in der Verrichtung mechanischer Arbeiten besteht, allmählich in der Erfüllung ihrer Pflicht nachlassen, und es bedarf daher einer fortlaufenden Überwachung der Tätigkeit solcher Bediensteten, wenn die Haftung des Dienstherrn aus solchen Nachlässigkeiten ausgeschlossen sein soll.

38. Sorgfaltspflicht des Arbeitgebers. GewG. Frankfurt a. M. 13. 3. 16, GewuKfmG. 21, 320. Vertragspflicht des Arbeitgebers ist es, für geordnete Rückkehrmöglichkeit der ins Ausland gesandten Arbeitskräfte besorgt zu sein. Wenn an dem ausländischen Arbeitsorte die Kriegsgefahr als unmittelbar bevorstehend anzusehen ist, dann muß der Arbeitgeber die Abreise rechtzeititg veranlassen, und er darf jedenfalls das Abreisebegehren des Arbeiters nicht dadurch verhindern, daß er sagt, wer abreise, tue das auf eigene Kosten. Er muß sich auch an maßgebender Stelle erkundigen; auf die Mit-

teilung des Bürgermeisteramts, es sei noch nirgends mobil gemacht, im Falle der notwendigen Abreise werde ein Ausweisungsbefehl ergehen, darf er sich aber verlassen. Aber auch aus der Kenntnis der inneren Verhältnisse kann sich die Verpflichtung des Arbeitgebers ergeben, die alsbaldige Rückkehr der Arbeiter anzuordnen.

39. Sorgfaltspflicht der Reinmachefrau. Hamburg 22. 10. 15, HansGZ. 16, Bbl. 22, OLG. 33, 332. Wenn eine erfahrene Reinmachefrau in mittlerem Lebensalter von einem jungen Mädchen veranlaßt wird, Fenster zu reinigen, so ist es ihre Sache, auch selbst darauf zu achten, daß die Fensterreinigung unter Anwendung der erforderlichen Vorsichtsmaßregeln stattfindet. Tut sie dies nicht, dann handelt sie schuldhaft.

40. Sorgfaltspflicht des Fuhrunternehmers. **RG.** 3. 7. 16, JW. 16, 1274, LeipzZ. 16, 1371, WarnE. 16, 319. Die Anforderungen an die Sorgfalt, mit der ein Fuhrunternehmer die in einer Großstadt zu verwendenden Tiere auswählen muß, darf nicht soweit getrieben werden, daß er nur vollkommen tugendhafte Pferde einstellen darf, denen der Fußgänger sich acht- und sorglos nähern kann. Er braucht ein Pferd, das kein Schläger ist und ohne Scheuklappen gefahren werden kann, nicht unter allen Umständen schon deshalb von der Verwendung auszuschließen, weil es einigermaßen reizbar und schreckhaft ist und seine „Mucken" hat; es kommt wesentlich auf den Grad der Schreckhaftigkeit an.

41. Sorgfaltspflicht des Unternehmers eines gewerblichen Betriebs. a) **RG.** 3. 7. 16, JW. 16, 1274, WarnE. 16, 319. Bei umfangreichen Unternehmungen darf der Unternehmer gewisse ihm obliegende Verrichtungen seinen Angestellten überlassen. Er hat aber dafür einzustehen, daß er die Angestellten mit der im Verkehr gebotenen Sorgfalt ausgewählt hat, und daß in seinem Betriebe bestimmte Einrichtungen bestehen und gehandhabt werden, nach denen die betr. Angestellten zu verfahren haben. Solche Einrichtungen zu treffen, ist regelmäßig die eigene Aufgabe des Unternehmers.

b) **RG.** 20. 3. 16, WarnE. 16, 199. Auf einen lange Zeit hindurch geübten Mißbrauch, der hätte bemerkt und beseitigt werden müssen, muß bei gehörig organisierter Aufsicht und zuverlässiger Berichterstattung durch die Betriebsbeamten die Verwaltung eines großen Gewerbebetriebs, die hierfür zu sorgen hat, in ihren Vertretern aufmerksam werden, so daß schon aus dem langen Bestehen des Mißbrauchs allein ein Verschulden der Vertreter folgt.

c) Karlsruhe 24. 2. 15, BadRpr. 16, 67. Wird ein Öltank in einem Raume aufgestellt, der durch einen das Öl aufnehmenden und direkt weiterleitenden Dohlen mit einem Bach und durch diesen mit einem fremden Fischwasser verbunden ist, so daß das auslaufende Öl in das Fischwasser gelangen und dort die Fische töten kann, so liegt hierin eine Fahrlässigkeit. Denn mit der Möglichkeit, daß das Öl aus irgendeinem Grunde einmal auslaufen könne, muß gerechnet, und deshalb müssen Vorsichtsmaßregeln getroffen werden, die das Einlaufen des Öls in die Bachläufe verhindern. Bei der vorbezeichneten Aufstellung des Öltanks trifft den ihn bedienenden Maschinisten eine Fahrlässigkeit, wenn er nach Abfüllen des Öls den Hahn nicht schließt. Er muß damit rechnen, daß das Ölstandsglas, wenn es auch dick und von einer Schutzhülle umgeben ist, einmal zerbrechen und dann das Öl, wenn der Hahn nicht geschlossen ist, auslaufen und durch den Dohlen in den Bach gelangen kann.

d) Kiel 2. 10. 15, SchlHolstAnz. 16, 13. Der Unternehmer von gewerblichen Betrieben und Anlagen, die mit besonderen Gefahren, insbesondere für Kinder, verknüpft sind, muß Vorkehrungen zur Abwendung dieser Gefahr treffen. Bei der Aufstellung einer Jauchenpumpe mit Schwungrad auf einem öffentlichen Platz genügt es aber, wenn das Schwungrad mit anderen Teilen der Maschine durch einen Bindfaden befestigt wird. Der Verwendung einer Kette mit Schloß oder der Bestellung einer Aufsichtsperson, um das Inbewegungsetzen des Schwungrads durch Unbefugte zu verhindern, bedarf es nicht.

42. Sorgfaltspflicht des Gastwirts. a) Goldscheider. Der Wirt haftet seinen Gästen vertraglich und aus unerlaubter Handlung für Unfälle in allen Räumen, anderen Personen, denen er den Eintritt in seine Räume gestattet, nur aus unerlaubter Handlung

und nur bei Unfällen in Räumen, die nicht ausschließlich für die Gäste bestimmt sind (373, 381).

α. Vertragliche Haftung. Diese bezieht sich auf die Zugänge zu den den Gästen zur Verfügung gestellten Räumen (374, 384). Die Zugänge sind ordnungsmäßig zu beleuchten (375), sie sind von Glatteis freizuhalten (376), die Treppen dürfen nicht zu glatt, dürfen nicht ausgetreten sein. Der Fußboden im Wirtschaftsraume muß sich in verkehrssicherem Zustande befinden. Die Einrichtungsgegenstände dürfen nicht schadhaft sein; eine dauernde Kontrolle muß stattfinden. Auch für die Verkehrssicherheit der Nebenräume (Aborte) und der Zugänge zu diesen ist zu sorgen (377). Die Kellertür muß von anderen Türen deutlich zu unterscheiden sein (378). Bei Unterlassung dieser Sorgfaltspflicht haftet der Wirt den Gästen vertraglich. Diese vertragliche Haftung besteht auch gegenüber Nichtmitgliedern eines Kegelklubs, der eine Kegelbahn gemietet hat und Nichtmitglieder mitbringt (378).

β. Außervertragliche Haftung. Auch hier wird für Zu- und Abgang gehaftet. Es besteht eine Pflicht zur Beleuchtung der Zugänge und eine Streupflicht bei Glatteis (387), und im übrigen gilt dasselbe, wie bei der vertraglichen Haftung. Bei der Kegelbahn ist ein Verkehr für das Publikum nicht nur im Vorraum, sondern auch auf der Anlaufstelle eröffnet (389). — Die Rechtsprechung des RG. ist überall angeführt.

b) Rostock 15. 12. 15, MecklZ. 35, 33. Der Inhaber einer Gastwirtschaft hat für die Sicherheit des Verkehrs seiner Gäste Sorge zu tragen, insbesondere auch für einen ordnungsmäßigen Zugang zum Wirtschaftsgrundstücke zu sorgen. Ist der Zugang in der Weise beschafft, daß der vor ihm befindliche Chausseegraben in einer gewissen Breite zugeschüttet und eingeebnet ist, dann hat der Gastwirt bei nächtlichem Dunkel in der Nähe der an beiden Seiten der Einebnung befindlichen Grabenköpfe, der in den Chausseegraben abfallenden Stellen, je eine Laterne anzubringen, und zwar auch dann, wenn die Einebnung des Chausseegrabens verhältnismäßig breit ist, falls ein besonderer Zugangsweg nicht abgegrenzt und eingefriedigt ist. Eine solche Sorgfaltspflicht ist auch von einem ländlichen Gastwirt zu verlangen, und dies gilt erst recht, wenn es sich um einen, wenn auch erst in der Entwicklung begriffenen Badeort handelt, und namentlich an einem Abend, an dem der Gastwirt für die Kurgäste eine Reunion veranstaltet. Er hat auch den Platz vor dem Gasthause zu beleuchten.

c) **RG.** 12. 7. 16, R. 16, Nr. 1492. Der Gastwirt ist verpflichtet, für die Verkehrssicherheit des Vorplatzes vor seiner Wirtschaft, über den der ordnungsmäßige Zugang zu dieser führt, zu sorgen, ihn insbesondere bei Glatteis zu bestreuen, auch wenn der Vorplatz nicht in seinem Eigentum steht.

d) **RG.** 17. 12. 15, R. 16, Nr. 228. Die Pflicht des Gastwirts, für den verkehrssicheren Zustand des Hausflurs in der Gastwirtschaft zu sorgen, besteht bis zum Fortgehen der letzten Gäste, und zwar nicht nur den Gästen gegenüber. Sie beruht darauf, daß er in seinen Räumen einen Verkehr nicht nur für seine Gäste, sondern auch für solche Personen eröffnet hat, welche die Gäste abholen wollen oder ihnen etwas zu bringen oder zu bestellen haben.

e) **RG.** 11. 2. 16, GruchotsBeitr. 60, 856, LeipzZ. 16, 876, R. 16, Nr. 1858. Der Gastaufnahmevertrag verpflichtet den Wirt zur Gewährung eines verkehrssicheren Ausgangs aus den Wirtschaftsräumen, da zu den den Gästen zur Benutzung überlassenen Räumen auch der Raum gehört, der den notwendigen und ordnungsmäßigen Ausgang aus den Wirtschaftsräumen bildet. Den Wirt trifft also ein Verschulden, wenn die zu der Wirtschaft führende Treppe sich in verkehrsgefährlichem Zustande befindet. Dies ist der Fall, wenn die Treppe aus glattem Marmor besteht, ungewöhnliche Steigungsverhältnisse aufweist, mit einem Läufer nicht bedeckt ist und an einer Stelle eine Wendung mit schmalen Stufen und geringem Auftritt hat. Wenn der Wirt auch ohne Zuziehung des Hauseigentümers die Marmorstufen nicht rauh zu machen braucht, so muß er doch einen Läufer, Linoleum oder dgl. legen.

f) Karlsruhe 8. 1. 16, BadRpr. 16, 132. Wenn sich die Pflicht des Gastwirts zur

verkehrssicheren Instandhaltung seiner dem allgemeinen Verkehr gewidmeten Räume auch auf die Bedürfnisanstalten und ihre Zugänge erstrecken sollte, so besteht eine solche Pflicht jedenfalls dann nicht mehr, wenn die Wirtschaft dem öffentlichen Verkehr überhaupt nicht mehr erschlossen ist, und das ist nicht der Fall, wenn sich nach Entfernung aller übrigen Gäste und nach wiederholtem Feierabendbieten nur noch zwei Personen in ihr aufhalten, anderen dagegen der Zutritt jedenfalls verweigert worden wäre. Auch braucht der Wirt unter den angegebenen Umständen nicht mehr mit der ganz entfernten, keineswegs vorauszusehenden Möglichkeit zu rechnen, daß der eine der beiden Zurückgebliebenen noch den Versuch unternehmen könnte, in aller Eile durch den unbeleuchteten Hausflur auf den dunklen Abort sich zu begeben.

g) **RG.** 2. 7. 15; 87, 128, HansGZ. 16, Bbl. 244, LeipzZ. 16, 55. Die Verpflichtung des Gastwirts, dafür zu sorgen, daß der Gast in den Wirtschaftsräumen sich ungefährdet bewegen kann, beschränkt sich in der Regel auf diejenigen Räume, die zur Benutzung des Gastes bestimmt sind. Deshalb hat der Wirt dem Gast nicht für den Schaden einzustehen, den dieser bei dem Betreten eines nach der Aufschrift erkennbar nur für Damen bestimmten Orts erleidet. Daß ihm bei dem Eingang zu dem für Herren bestimmten Raume die gleiche Gefahr drohte, ist belanglos.

h) *α.* **RG.** 27. 6. 16 (15. 12. 15), R. 16, Nr. 2069, WarnE. 16, 396. Der Gastwirt hat dafür zu sorgen, daß die Gäste durch sachgemäße Benutzung der für ihren Gebrauch in der Gastwirtschaft bestimmten Stühle nicht in Gefahr kommen. Die Stühle müssen gelegentlich darauf geprüft werden, ob sie schadhaft sind, und die schadhaften müssen aus der Wirtschaft entfernt werden. Diese Prüfung darf nicht als Nebengeschäft bei dem mehrmals in der Woche stattfindenden Aufstellen der Stühle auf die Tische und Abnehmen von diesen betrieben werden, sondern es haben zeitweilige eigens zur Feststellung etwaiger Mängel vorgenommene Untersuchungen stattzufinden. Bei starker Abnutzung der Stühle durch lebhaften Wirtschaftsbetrieb genügt die jährlich bloß einmalige Prüfung durch einen Fachmann nicht.

β. **RG.** 10. 3. 16, GesuR. 17, 430, LeipzZ. 16, 1186, R. 16, Nr. 822, WarnE. 16, 161. Der Gastwirt hat dafür zu sorgen, daß die Gäste durch sachgemäße Benutzung der für ihren Gebrauch bestimmten Stühle nicht in Gefahr kommen. Er darf ihnen daher keine Stühle zur Verfügung stellen, die nach ihrer Bauart keinen hohen Grad von Festigkeit haben (z. B. zusammenklappbare Gartenstühle mit Holzlattensitz und eisernem Untergestell, bei denen die zusammenklappbaren Teile an der Kreuzungsstelle durch einen Niet zusammengehalten werden), außerdem aber den Einwirkungen des Rosts gerade auf für die Haltbarkeit und Festigkeit besonders in Betracht kommende Teile, die Nieten, ausgesetzt, und bei denen die an den Nieten vorkommenden Schäden für den Laien überhaupt nicht oder nur sehr schwer zu erkennen sind. Wenn sich jedesmal bei der Prüfung der Gebrauchsfähigkeit der Stühle durch die Kellner Schäden herausstellen, namentlich eine Erneuerung der Nieten sich als notwendig erweist, dann muß er den Gründen der Ausbesserungsbedürftigkeit nötigenfalls durch Nachfrage bei einem Sachverständigen, nachgehen. Unterläßt er dies und bleiben die Stühle im Betriebe, so handelt er schuldhaft, auch wenn er die Stühle in kürzeren Zwischenräumen durch die Kellner nachsehen und prüfen läßt und vor dem Beginn des Betriebs eine Untersuchung der Stühle durch einen Sachverständigen stattfand.

i) **RG.** 10. 3. 16, LeipzZ. 16, 1186, R. 16, Nr. 821, WarnE. 16, 161. Die Verpflichtung des Gastwirts, die zum Betriebe der Gastwirtschaft dienenden Räume in verkehrssicherem Zustande zu erhalten, besteht nicht nur den Gästen, sondern gelegentlich auch anderen Personen gegenüber die diese Räume erlaubterweise besuchen, z. B. solchen, die Gäste abholen wollen. Sie bezieht sich auch auf die Stühle der Wirtschaft, da damit gerechnet werden muß, daß gelegentlich auch solche Dritte die Stühle zum Sitzen benutzen.

43. Sorgfaltspflicht des Gasthofpförtners. Hamburg 2. 6. 16, HansGZ. 16, Bbl. 229, R. 16, Nr. 1488. Der Portier eines Gasthofs handelt fahrlässig, wenn er bei Ankunft eines Reisenden nicht feststellt, ob im Wagen noch Gepäckstücke des Reisenden

liegen. Er darf sich nicht darauf beschränken, einen Blick durch die aufgezogenen Scheiben in das Innere des Wagens zu werfen, sondern er muß die Türe öffnen und genau nachsehen.

44. Sorgfaltspflicht des Gastes. **RG.** 17. 3. 16, R. 16, Nr. 906. Darin, daß ein Gast in einer Gastwirtschaft einen unbeleuchteten Raum betritt, ohne zuvor bei dem Wirt Beleuchtung zu verlangen, kann ein Verschulden liegen. Ob dies der Fall ist, hängt von den Umständen, insbesondere auch der Örtlichkeit ab: von dem Wege, der aus dem Gastzimmer zur Unfallstelle führt, von dem Grade der Dunkelheit und davon, ob der Gast darauf mehr oder weniger vorbereitet war.

45. Sorgfaltspflicht auf der Reise. Hamburg 2. 6. 16, HansGZ. 16, Bbl. 229, R. 16, Nr. 1488. Es verstößt gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, eine Tasche mit Schmucksachen im Werte von 10000 M. ebenso zu behandeln, wie ein gewöhnliches Reisegepäck. Der Reisende darf sie nicht in einem beliebigen auf ihn wartenden Wagen, dessen Führer er nicht kennt, und dessen Nummer er sich nicht gemerkt hat, liegen lassen. Vielmehr muß er sie bei dem Verlassen des Wagens vor einem Gasthofe mitnehmen oder den Gasthofbesitzer oder sein Personal unter ausdrücklichem Hinweis auf ihren hohen Wert zur Bewachung auffordern oder sie ihnen zur Bewahrung übergeben. Erteilt er dann den Auftrag, sein Gepäck in den Gasthof zu schaffen, dann hat er darauf hinzuweisen, daß sich in dem Wagen eine Tasche mit außergewöhnlichem Inhalte befinde.

46. Sorgfaltspflicht der Gemeinde als Theaterunternehmerin. Colmar 28. 9. 15, ElsLothJZ. 16, 332. Die Gemeinde, die als Inhaberin des städtischen Theaters für die Verkehrssicherheit der Zugänge zu dem Theater zu sorgen hat, ist nicht verpflichtet, selbst wenn man den Begriff des Zugangs nicht auf die Teile des Theateranwesens beschränkt, sondern darunter auch die anstoßenden, im Eigentum oder doch unter der Herrschaftsgewalt der Gemeinde stehenden begangenen Flächen miteinbegreift, sämtliche an sich mögliche Zugänge den Theaterbesuchern jederzeit bereit zu stellen. Ihre Verpflichtung findet vielmehr in dem Verkehrsbedürfnisse ihre Begrenzung.

47. Sorgfaltspflicht des Theaterdirektors. Königsberg 19. 11. 14, DJZ. 16, 828. Der Theaterdirektor muß das Betreten einer zu schwachen als Brücke dienenden Theaterdekoration etwa durch Wegnahme des Laufbretts oder durch geeignete Sperre verhindern. Das Verbot, die Brücke zu betreten, ist nicht ausreichend; er muß damit rechnen, daß einer der Mitspieler im Eifer des Spiels an das Verbot nicht denkt und doch auf die Brücke tritt.

48. Sorgfaltspflicht des Theaterarbeiters. Darmstadt 14. 7. 15, HessRspr. 17, 50. Der Theaterarbeiter, der bemerkt, daß sich der Schauspieler nach dem Betreten des Fußtritts des Versenkungsapparats nicht genügend bückt, wenn die Versenkungsklappe herabgelassen wird, muß den Kopf des Schauspielers, nötigenfalls durch Herunterdrücken, decken und die Klappe auffangen.

49. Sorgfaltspflicht des Kraftwagenbesitzers. a) **RG.** 30. 11. 14, FrankfRdsch. 49, 104. Ist dem Kraftwagenbesitzer bekannt, daß sein Kraftwagenführer in früheren Fällen übermäßig schnell gefahren, wegen Übertretung des KraftFahrG. bestraft ist, einen Hund überfahren und einen Zusammenstoß mit einem Fuhrwerke gehabt hat, dann genügt es nicht, wenn er den Führer verwarnt, sondern er hat durchgreifende Maßnahmen eintreten zu lassen.

b) Siehe im übrigen unten zu § 7 KraftFahrG.

50. Sorgfaltspflicht des Kraftwagenführers. a) Stuttgart 20. 5. 15, WürttJ. 27, 140. Der Lenker eines Kraftwagens hat die selbstverständliche Pflicht, im Interesse der Sicherheit sowohl des Straßenverkehrs als der Insassen des Wagens sich stets im Vollbesitz der Fähigkeit zur ordnungsmäßigen Lenkung seines Fahrzeugs zu erhalten. Wenn er sich durch eigenes vorausgegangenes Verhalten — fehlende Nachtruhe, alkoholische Getränke — in einen Zustand versetzt hat, vermöge dessen er jene Fähigkeit nicht mehr besitzt, dann fällt ihm grobe Fahrlässigkeit zur Last.

b) Siehe im übrigen unten zu § 7 KraftFahrG.

51. Sorgfaltspflicht bei Bauausführungen. a) Des Architekten. Dresden 9. 7. 14, SächsOLG. 37, 280. Dem Architekten kann kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn er bei der Aufstellung des Entwurfs eines Umbaues von einem der dabei möglichen Standpunkte ausgeht. Es ist ihm nicht zuzumuten, alle möglichen Lösungen in Betracht zu ziehen und dem Bauherrn vorzulegen, sondern er hat nach bestem Wissen zu erwägen, welche Lösung ihm unter Berücksichtigung aller Verhältnisse und unter Abwägung der Nachteile und Vorteile, die mit jeder verbunden sind, als die vorteilhafteste erscheint. Sache des Bauherrn ist es, seine Wünsche von vornherein oder nach Vorlegung des Entwurfs zu äußern; er muß sich bemühen, sich in den Entwurf hineinzudenken und ihn nötigenfalls von dem Architekten sich erläutern zu lassen. Es ist nicht Sache des bauleitenden Architekten, ständig die Ausführungsarbeiten zu überwachen. Er hat den bauausführenden Baumeister zu kontrollieren, ob dieser allenthalben seinen Vertragspflichten nachkommt, ihm die erforderlichen Anweisungen zu erteilen und zu prüfen, ob diesen entsprochen wird; dazu ist es aber nicht erforderlich, daß er täglich persönlich auf dem Bau erscheint; es genügt, wenn er sich bei der Vornahme wichtigerer Arbeiten selbst von der Art der Ausführung überzeugt; die einfacheren Arbeiten kann er durch hierzu befähigte Angestellte prüfen lassen.

b) Des Bauunternehmers. α. **RG.** 4. 11. 15, R. 16, Nr. 641. Der Unternehmer eines an einer öffentlichen Straße zu errichtenden Bauwerks genügt der von ihm zu erfordernden Sorgfalt dadurch allein nicht, daß er die polizeilichen Anordnungen befolgt und sich innerhalb der Üblichkeit hält. Er muß nach Lage des besonderen Falls und nach Maßgabe seiner Sachkunde erwägen, ob nicht weitergehende Maßregeln zur Abwendung von Schaden nötig sind. Doch kann für die Frage, ob in einer nicht genügenden Verbreitung eines über der Straße am Baugerüst angebrachten Schutzdaches ein Verschulden liegt, für den Regelfall den polizeilichen Vorschriften und der in Fachkreisen herrschenden Übung Beachtung nicht versagt werden.

β. **RG.** 3. 4. 16, WarnE. 16, 255. Die baupolizeiliche Genehmigung entlastet den Bauherrn nur deshalb, weil die Behörde sie nicht erteilt, ohne den Bauplan darauf geprüft zu haben, ob die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten sind, und insofern schließt sie die Anerkennung ein, daß dies der Fall ist. Dagegen kann die Erklärung, daß die Genehmigung nicht erforderlich sei, nur dahin verstanden werden, daß nach Auffassung der Behörde die Voraussetzungen nicht vorliegen, von denen die Genehmigungspflicht abhängt, und wenn ein derartiger Bescheid erteilt ist, hat der Bauherr keine Veranlassung zu meinen, daß auch im übrigen eine Prüfung des Bauplans stattgefunden habe.

γ. Colmar 13. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 321. Der Bauunternehmer muß, auch wenn er einen Bauführer bestellt hat, sich, wenn auch nicht alltäglich, so doch des öfteren von der Verkehrssicherheit der Bauausführung persönlich überzeugen, auch wenn er nicht an dem Orte des Baues selbst wohnt. Er muß die Baustelle auch nach Arbeitsschluß gelegentlich besichtigen. Daß sich der Besteller (Eisenbahnverwaltung) eine gewisse Oberleitung über den Bau vorbehalten hat, entlastet ihn nicht. Von der Verpflichtung zur Beleuchtung der Baustelle wird er auch durch die Verpflichtung der Stadt zur Beleuchtung ihrer Straßen nicht frei. Ihm liegt auch die Pflicht ob, sich davon zu überzeugen, ob der Bauführer seine Obliegenheiten in zuverlässiger Weise erfüllt. Seine Aufsichtspflicht hat sich auch auf die Verrichtungen einfachster Art zu erstrecken.

δ. Colmar 21. 6. 15, ElsLothJZ. 16, 291. Der Unternehmer von Kanalisationsarbeiten ist verpflichtet, diese so auszuführen, daß daraus keine Gefahr für andere entstehen kann. Einen Graben, den er an einem Orte ausheben läßt, an dem Menschen verkehren, darf er nicht unverwahrt, namentlich auch nicht ohne Beleuchtung bei Dunkelheit, lassen.

ε. Stuttgart 3. 12. 15, WürttJ. 27, 273. Das städtische Tiefbauamt, dem nach dem Ortsbaustatut die Herstellung der Hauskanäle und die Ausführung der etwa notwendig werdenden Änderungen an ihnen obliegen, ist verpflichtet, bei der Verlegung eines Hauskanals die alte Öffnung im Straßenkanal so zu verschließen, daß durch sie kein Wasser nach dem Hausgrundstück hin austreten und dort Schaden bringen kann. Bei Inangriffnahme

einer neuen Hauskanalanlage an Stelle einer alten muß nach dem Verbleib der letzteren geforscht und für deren Unschädlichmachung gesorgt werden. Auch wenn die Herstellung der neuen Anlage durch andere Beamte bewirkt wird, als diejenigen, die zur Zeit des Abgängigwerdens der alten vorhanden waren, haben jene sich von der Unschädlichmachung der letzteren, namentlich der ordnungsmäßigen Verschließung der alten Mündung im Straßenkanal, zu überzeugen.

c) Des Bauführers. Colmar 13. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 321. Der Bauführer hat die Pflicht, stets für die Verkehrssicherheit bei der Baustelle zu sorgen; daß er „hier und da" einmal nachsieht, ob die Poliere seinen Anordnungen Folge leisten, reicht nicht aus.

52. Sorgfaltspflicht bei Errichtung eines Werks. **RG.** 24. 1. 16, LeipzZ. 16, 1240. Der Satz, daß der Grundstücksbesitzer, der nicht selbst Sachverständiger ist, bei der Errichtung eines Werks seiner Sorgfaltspflicht regelmäßig genügt, wenn er einen tüchtigen Sachverständigen betraut (**RG.** 76, 263, WarnE. 09, 278), gilt eben nur regelmäßig, nicht auch dann, wenn derjenige, der das Werk errichten läßt, mag ihm auch die erforderliche Sachkunde abgehen, doch in der Lage ist, eine von dem Werk Dritten drohende Gefahr zu erkennen.

53. Sorgfaltspflicht des Halters einer baulichen Anlage. BayObLG. 22. 1. 15, OLG. 33, 206. Kann eine Anlage nur unter Hinzutritt noch unbestimmter künftiger Ereignisse möglicherweise einmal die angrenzenden Grundstücke gefährden, dann gereicht die Unterlassung von Sicherungsmaßregeln dem Unternehmer nur dann zur Fahrlässigkeit, wenn ihm die hinzutretenden Ereignisse in einer Weise und in einem Grade erkennbar sind, daß er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die entsprechenden Maßnahmen zu treffen vermag.

54. Sorgfaltspflicht des Hausbesitzers. a) **RG.** 9. 7. 15, LeipzZ. 16, 57. Der Eigentümer eines Hauses ist verpflichtet, das Gebäude in einem ordnungsmäßigen, die Gefährdung anderer Personen ausschließenden Zustande zu erhalten. Er muß sich daher von der Ordnungsmäßigkeit des Zustandes überzeugen und eine Untersuchung jedenfalls dann vornehmen lassen, wenn Anlaß besteht, mit dem Vorhandensein einer Gefahr zu rechnen. Veranlaßt er nach einem Mauerdurchbruch nicht eine Untersuchung der in unmittelbarer Nähe angebrachten Beleuchtungskörper auf ihre Haltbarkeit, dann handelt er fahrlässig. Seine Haftung wird dadurch, daß er das Grundstück verpachtet hat, nicht berührt.

b) **RG.** 18. 10. 15, JW. 16, 190, LeipzZ. 16, 544, 1487, WarnE. 16, 125. Der Besitzer eines Gebäudes ist verpflichtet, von Zeit zu Zeit Untersuchungen vornehmen zu lassen, um etwaige Anzeichen drohender Ablösungen von Gebäudeteilen feststellen und geeignete Vorkehrungen zur Abwendung der Gefahr treffen zu können. In welchen Zwischenräumen und auf welche Weise solche Untersuchungen vorzunehmen sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Wird das Gebäude als Wirtschaft und zur Abhaltung von Tanzvergnügungen benutzt, was den Verkehr zahlreicher Menschen in den Räumlichkeiten und eine Beeinträchtigung der Haltbarkeit des Putzes durch Erschütterung des Gebäudes zur Folge hatte, dann sind erhöhte Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Besitzers zu stellen (JW. 04, 91, 487; 07, 45). Vorliegend genügte die äußerliche Besichtigung der Wände nicht, um eine etwaige Lockerung des Putzes festzustellen, es bedurfte weiterer Maßregeln, z. B. des Abklopfens der Wände mit einem Hammer. Daß der Besitzer dies in seiner etwa zweijährigen Besitzzeit unterließ, gereicht ihm um so mehr zum Verschulden, als die während dieser Zeit von ihm vorgenommenen Malerarbeiten einen Anlaß und günstige Gelegenheit geboten hätten, auch solche weitergehenden Maßregeln zu treffen.

c) **RG.** 26. 3. 15, ElsLothJZ. 16, 186. Der Hausbesitzer, insbesondere wenn er im Hause selbst wohnt, kann sich zu seiner Entschuldigung auf die Nichtanzeige von Mängeln durch seine Mieter nur in solchen Fällen berufen, bei denen es sich um plötzlich eintretende Mängel handelt, nicht aber, wenn Mängel in Frage stehen, die schon seit längerer Zeit

bestanden haben, und die deshalb bei einer periodischen Revision des Gebäudes, wie sie jeder Hausbesitzer von Zeit zu Zeit vornehmen lassen muß, sicher entdeckt worden wären.

d) Dresden 8. 11. 15, SeuffA. 71, 355. Zur mangelfreien Unterhaltung eines Gebäudes gehören diejenigen Maßnahmen, die nötig sind, um das Gebäude und dessen einzelne Teile, wozu die Fenster gehören, in einem dem Gebrauchszweck dienenden und etwaigen Gefahren vorbeugenden Zustande zu erhalten. Dieser Voraussetzung ist nicht genügt, wenn Fensterflügel mit großflächigen Glasscheiben, zumal wenn sie nach der Straßenseite zu angebracht sind, jeder Sicherung entbehren, die das geöffnete Fenster vor dem Zuschlagen schützt.

e) **RG.** 7. 7. 16, LeipzZ. 16, 1307, WarnE. 16, 355. Der Hauseigentümer, der die Beseitigung eines von dem Mieter gerügten Mangels einem geeigneten Handwerksmeister überträgt, hat seiner Pflicht genügt. Er braucht nicht die von diesem hergestellte Arbeit einer besonderen Prüfung durch einen weiteren Sachverständigen unterziehen zu lassen, sondern darf annehmen, daß der Mieter, wenn der Mangel durch die Ausbesserung nicht behoben ist, oder weitere Mängel sich zeigen, Anzeige nach § 545 Abs. 1 erstatten wird.

f) **RG.** 27. 6. 16, GruchotsBeitr. 60, 1012, WarnE. 16, 397. Der Eigentümer eines städtischen Hauses, der darin einen Verkehr eröffnet, hat für die Beleuchtung der Zugänge und Treppen zu sorgen, solange sie während der Dunkelheit einem regelmäßigen Verkehre dienen.

g) Rostock 11. 5. 16, MecklZ. 35, 37. Der Hauseigentümer ist verpflichtet, bei eintretender Dunkelheit die Treppe zu den oberen Stockwerken, in denen Mieter wohnen, genügend zu beleuchten, und zwar um so mehr, wenn die Treppenanlage nicht auch in der Dunkelheit bei einiger Vorsicht mit Sicherheit benutzt werden kann, sondern gewisse Gefahren bietet.

h) **RG.** 20. 9. 15, LeipzZ. 16, 475. Der Hauseigentümer, der die Stellung eines Hausverwalters einer Person überträgt, die bisher solche Geschäfte nicht besorgt hat, ist verpflichtet, sie über die einzelnen Aufgaben zu unterweisen, die ihr hinsichtlich der Verkehrssicherheit des Gebäudes und seiner Zugänge obliegen, z. B. über die Handhabung und Beaufsichtigung der Beleuchtung, die Ausübung der Streupflicht bei Glatteis, das Verhalten bei eintretenden Bauschäden. Die Unterlassung einer solchen Unterweisung begründet ein Verschulden.

i) **RG.** 4. 10. 15, LeipzZ. 16, 475, R. 16, Nr. 451. Der Hausbesitzer, der vor seinem Hause über einer verkehrsreichen Straße eine auf- und abziehbare elektrische Lampe hängen hat, hat dieser Anlage ein erhöhtes Maß von Sorgfalt zu widmen mit Rücksicht darauf, daß die Lampe sich oberhalb einer vielbegangenen Straße befindet und dem schädlichen Ausflusse der Witterung ausgesetzt ist. Hat er in 15 Monaten seit der Herstellung keine Untersuchungen der Anlage vorgenommen, auch nicht bei Personen, die mit ihr zu tun hatten, Erkundigungen über sie eingezogen, dann trifft ihn ein Verschulden.

k) **RG.** 17. 2. 16, R. 16, Nr. 903. Wenn ein Haus durch die Schadhaftigkeit einer benachbarten Schleusenanlage beschädigt worden ist, und die Sachlage und die zur Wiederherstellung des Hauses und Vermeidung weiteren Schadens notwendigen Ausgaben noch unübersehbar sind, dann ist dem Eigentümer des Hauses nicht zuzumuten, daß er alles aufbietet, sogar Schulden macht, um die Wiederherstellung des Hauses zu ermöglichen.

l) **RG.** 7. 7. 16, LeipzZ. 16, 1307, WarnE. 16, 355. Der Erwerber eines Hauses ist nicht verpflichtet, alle Dielen der Fußböden, auch da, wo sich Mängel nicht zeigen, aufnehmen zu lassen, um festzustellen, ob sie nicht mit äußerlich nicht erkennbaren Mängeln behaftet sind, und ob sich etwa ein Hohlraum unter einigen von ihnen befindet; er braucht auch das ganze Haus nicht darauf untersuchen zu lassen, ob bei dessen Errichtung nicht ein Fehler begangen worden ist.

55. Sorgfaltspflicht des Vermieters. a) **RG.** 14. 12. 15, BayRpflZ. 16, 111. Wenn bei dem Abschlusse des Mietvertrags von der Treppenbeleuchtung nicht die Rede ist, der Vermieter sie also stillschweigend übernimmt, dann bestimmt sich der Umfang seiner

Pflicht nicht nach seiner dem Mieter unbekannten bisherigen Gepflogenheit, sondern nach § 242 nach dem, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, und das ist eine derartige Beleuchtung, wie sie unter Berücksichtigung der örtlichen Verkehrsverhältnisse im Interesse der Verkehrssicherheit erforderlich ist. An dieser Verpflichtung ändert auch die Tatsache nichts, daß der Mieter in der kurzen Zeit, in der er die Mietswohnung innegehabt hat, keine andere Beleuchtung verlangt hat.

b) Siehe auch unten II 69b.

c) Im übrigen siehe: § 535 II 1.

56. Sorgfaltspflicht des Mieters. a) **RG.** 28. 4. 16, JW. 16, 903, WarnE. 16, 213. Das Unterlassen einer Kündigung trotz eines Mangels der Mietswohnung, der unter Umständen Gefahr bringen kann, stellt sich als ein Verschulden des Mieters nicht dar, wenn ihm die Mittel zu einem Umzug fehlen, oder wenn er Darlehnsschuldner des Vermieters ist und sich daher nur in Anbetracht seiner ungünstigen Vermögensverhältnisse in bezug auf die Kündigung Zurückhaltung auferlegen muß, oder wenn er durch den Umzug einen Untermieter verloren haben würde, der ihm besonders rücksichtsvoll entgegengekommen ist.

b) BayObLG. 7. 3. 16, R. 16, Nr. 904. Der Inhaber einer mit baulichen Mängeln behafteten Wohnung ist nicht verpflichtet, sich den Unbequemlichkeiten und Störungen einer teilweisen Ausbesserung zu unterziehen, wenn der Erfolg doch unsicher und eine dauernde Abhilfe dadurch auf keinen Fall zu erzielen ist.

57. Sorgfaltspflicht des Kellerbesitzers. Hamburg 14. 2. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 133. Der Gewerbetreibende, der einen Keller benutzt, dessen Einfallschacht durch zwei in der Oberfläche des Bürgersteigs einer Straße liegende Klapptüren abgeschlossen wird, ist verpflichtet, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, die die Vorübergehenden vor der mit der Einrichtung des Schachts verbundenen Gefahr schützen. Eine Anweisung an die Angestellten seines Lieferanten, die Ware in den Keller zu schaffen haben, dafür, es solle stets einer von diesen die Öffnung des Schachts bewachen, ist nicht ausreichend. Auch die Anweisung an den eigenen Angestellten, die Klapptüren des Schachts nicht vom Keller, sondern oben von dem Bürgersteig aus zu öffnen, reicht allein nicht aus; es muß hinzukommen, daß der Angestellte auch bei Ausführung dieser seiner Obliegenheit beaufsichtigt wird.

58. Sorgfaltspflicht der Bergwerksverwaltung. **RG.** 28.10.15, LeipzZ. 16, 544, R. 16, Nr. 640. Die Bergwerksverwaltung, die betriebsfremde Personen im Bergwerke zu ihrer Belehrung zuläßt, hat bei der Führung für deren körperliche Sicherheit angemessene Sorge zu tragen. Sie hat Anordnungen zu treffen, daß die Standorte der Sprengstoffkisten nicht mit brennenden Fackeln oder offenem Lichte betreten werden. Daß diese Achtsamkeit mit einer gewissen Selbstverständlichkeit geboten ist, enthebt sie der Verpflichtung, diese Anweisungen zu geben, nicht.

59. Sorgfaltspflicht der Eisenbahnverwaltung. a) **RG.** 20. 9. 15, R. 16, Nr. 20. Grundsätzlich ist zu verlangen, daß die Eisenbahnverwaltung auch mit den Besonderheiten kleinerer Teile ihrer Strecken, die für die Betriebssicherheit erheblich sind, vertraut ist. Doch können im einzelnen Falle die Umstände auf einer kurzen Strecke so eigenartig sein, daß keine Fahrlässigkeit darin zu finden ist, wenn die in ihnen liegende Gefahr auch von den zuständigen höheren Beamten nicht erkannt worden ist.

b) Hamburg 18. 3. 14, OLG. 32, 174. Ein Verschulden der Eisenbahn liegt noch nicht darin, daß das Herausfallen glimmender Kohlenstückchen aus dem Aschenkasten einer vorüberfahrenden Lokomotive möglich gewesen ist, und daß die Schutzdecke, mit der die in einem offenen Wagen beförderte Ware bedeckt war, sich so gelockert hat, daß ein Kohlenstück zwischen Bordwand und Decke auf den Wagenboden fallen konnte.

c) **RG.** 26. 1. 16, HessRspr. 17, 33, JW. 16, 586, R. 16, Nr. 1469. Der Eisenbahnverwaltung kann nicht zugemutet werden, ältere Wagen, die noch gebrauchsfähig sind, allein aus dem Grunde von weiterer Verwendung im Beförderungsbetriebe auszuschließen, weil ihre Einrichtungen einem früheren Stande der Technik entsprechen und der Vervoll-

kommnung entbehren, die dem neueren Betriebsmaterial eigen ist. Indessen ist die fortdauernde Verwendung solcher alter Wagen mit alten und fehlerhaften Einrichtungen, wenn die letzteren im Verkehr für Personen und Sachen gefährlich werden können, wenigstens dann als schuldhaft anzusehen, wenn die Beseitigung des Sicherheitsmangels ohne erhebliche Kosten und technische Schwierigkeiten erreicht werden kann, so daß die Wagen selbst alsdann weiter verwendungsfähig bleiben.

d) **RG.** 19. 10. 16, WarnE. 16, 505. Der Transportunternehmer hat für die Sicherung des Fahrgasts zu sorgen vom Antritt der Reise bis zu ihrer Beendigung; die ordnungsmäßige Beschaffenheit der Einrichtungen der Transportmittel hat er aus dem Vertrage zu vertreten; es ist dabei gleichgültig, ob unmittelbar während der Beförderungsbewegung oder auch nur während der Reise und des Aufenthalts in den von dem Beförderungsunternehmer dem Reisenden zur Verfügung gestellten Beförderungsvorrichtungen eine Beschädigung eines zu befördernden Reisenden eintritt. Es ist Sache des Beförderungsunternehmers, daß er die Einrichtungsstücke der Wagen so sicher befestigt, daß sie nicht schon durch heftige Bewegungen — z. B. der Tiere, für deren Verwahrung auf dem Transport, der Wagen bestimmt ist — aus der Befestigung gelöst werden.

e) **RG.** 18. 2. 16, GruchotsBeitr. 60, 848, HessRspr. 17, 65, JW. 16, 737 LeipzZ. 16, 814. Die Eisenbahnverwaltung hat, wenn der Fußboden eines Teils des Wartesaals frisch geölt wird, die Pflicht, dafür zu sorgen, daß bis zum genügenden Eintrocknen des Öls der Verkehr des Publikums an der betreffenden Stelle durch geeignete Absperrungsmaßregeln verhindert wird. Darüber hinaus Anordnungen und Maßnahmen zu treffen, um zu verhüten, daß die Absperrung durch unberufene Dritte, insbesondere durch den Pächter der in dem Wartesaal betriebenen Bahnhofswirtschaft oder dessen Bedienstete, vorzeitig aufgehoben werde, ist sie nicht zu treffen verpflichtet. Denn da es sich nur um einen ganz vorübergehenden Zustand der Gefährdung des Publikums und um eine infolgedessen bewirkte Absperrung von nur kurzer Dauer handelt, braucht sie nicht mit der entfernten und außerhalb der Berechnung eines vernünftigen Menschen liegenden Möglichkeit zu rechnen, daß die Sperre von einem Unbefugten beseitigt werde.

f) **RG.** 17. 12. 15, LeipzZ. 16, 607. Die Verpflichtung der Eisenbahnverwaltung geht nicht weiter, als dahin, innerhalb der Grenzen der Möglichkeit das zur Abwendung eines gefahrdrohenden Zustandes der Bahnhofstreppe Erforderliche vorzukehren. Es kann ihr nicht zugemutet werden während eines Schneetreibens fortgesetzt die Treppe immer wieder auf allen Punkten von neuem zu bestreuen.

g) *α.* **RG.** 1. 2. 16, HoldheimsMSchr. 16, 154. Die Eisenbahnverwaltung hat alles zu gestatten, um dem Empfänger des Frachtguts, der das Ausladen zu besorgen hat, sowie den hierzu von ihm zugezogenen Personen das Ausladen in ordnungsmäßiger, zweckentsprechender Weise zu ermöglichen.

β. **RG.** 15. (25.) 5. 16, LeipzZ. 16, 1245, R. 16, Nr. 1887, WarnE. 16, 416. Die Eisenbahnverwaltung hat dem Empfänger von Frachtgütern, die von diesem abzuholen sind, zu und von dem Güterboden oder dem Entladeplatz verkehrssichere Zu- und Abgangswege zu gewähren (**RG.** 73, 148). Wenn sie einen Böschungsgraben jenseits der Gleise als Entladeplatz für schwere Güter benutzt, dann hat sie für einen die gefahrlose Beförderung dieser Stücke gewährleistenden Weg vom Graben zum Bahnsteig zu sorgen.

h) München 29. 12. 15, LeipzZ. 16, 703, OLG. 32, 180, SeuffA. 71, 197. Die Geltendmachung eines Pfandrechts an dem Inhalte eines Viehwagens durch die Eisenbahnverwaltung, wenn der Begleiter nicht auf dem Beförderungsschein angegeben ist und eine Fahrkarte zu lösen unterläßt, stellt sich als ein grobes Verschulden bei Erfüllung des Frachtvertrags auch dann nicht dar, wenn das Pfandrecht in Wirklichkeit nicht besteht, da diese Frage in der Rechtsprechung und Rechtslehre noch nicht erörtert ist und die Vorschriften der EVO. verschiedene Deutungen zulassen.

i) München 29. 12. 15, LeipzZ. 16, 703, OLG. 32, 180, SeuffA. 71, 197. Nicht jede Verzögerung seitens der Eisenbahn stellt ein Verschulden dar; die Eigenart des Fracht-

betriebs der Bahn, insbesondere die gebotene Eile, läßt manches, was an sich Verschulden wäre, noch entschuldbar erscheinen.

60. Sorgfaltspflicht des Eisenbahnfahrgasts. **RG.** 8. 11. 15, WarnE. 16, 25. Den Fahrgast der Eisenbahn, der sich beim Aussteigen der zum Festhalten hierbei bestimmten, am Wagen angebrachten Schutzstangen nicht bedient, trifft regelmäßig eigenes Verschulden, wenn er nicht zu rechtfertigen vermag, warum er diese nächstliegende und gewöhnlichste Vorsichtsmaßregel unterlassen habe.

61. Sorgfaltspflicht des Frachtgutempfängers. **RG.** 1. 2. 16, HoldheimsMSchr. 16, 154. Der Empfänger von Frachtgut ist verpflichtet, das Ausladen des Guts unter Beachtung der zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung des Verkehrs erlassenen Vorschriften, sowie unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorzunehmen. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung liegt nicht vor, wenn er während des Ausladens das unter den Wagen fallende Obst auflesen läßt. Denn da die Gleise nicht nur dazu dienen, daß darauf die Wagen fahren, sondern auch dazu, daß die darauf abfahrenden und ankommenden Wagen be- bzw. entladen werden, muß die Benutzung des Raums unter dem Wagen dem Absender und Empfänger des Frachtguts, dem das Aufladen oder Abladen obliegt, soweit gestattet sein, als es zur ordnungsmäßigen, zweckentsprechenden Besorgung nach der Natur der Sache und der Verkehrsanschauung notwendig erscheint.

62. Sorgfaltspflicht des Straßenbahnwagenführers. Colmar 23. 12. 14, ElsLothJZ. 16, 15. Ein Verschulden des Straßenbahnwagenführers liegt nicht darin, daß er die Vorbeifahrt an einem in einem Abstand von 30 bis 50 cm vom Gleise stehenden bespannten Wagen unternimmt. Er muß dann aber auf das Verhalten des Pferdes achten und die Fahrt angemessen verlangsamen, um bei einer plötzlichen Veränderung in der Stellung des Pferdes den Straßenbahnwagen auf geringe Entfernung zum Stehen bringen zu können.

63. Sorgfaltspflicht des Schiffers. **RG.** 6. 10. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 21. Den ortsunkundigen Kapitän eines im Strom geschleppten Seeschiffs trifft kein Verschulden, wenn er sich der Führung des Schleppers anvertraut und dessen Kapitän die Entscheidung darüber überläßt, ob und wann ein Stromlotse anzunehmen ist. Ebensowenig handelt er schuldhaft, wenn er die Navigierung nur im allgemeinen an der Hand der Karte nachprüft und erst einschreitet, wenn er den Fehler des Schleppers klar erkannt hat.

64. Sorgfaltspflicht des Reichs und der Bundesstaaten hinsichtlich des Schutzes und der Sicherung des Publikums. **RG.** 21. 6. 15, HessRspr. 16, 288. Das Reich und die Bundesstaaten haben, auch wo Akte der öffentlichen Gewalt in Frage stehen, für den Schutz und die Sicherung des Publikums dieselben Verkehrsverpflichtungen, wie die Privatpersonen, nur mit der Einschränkung, daß dadurch die Ausführung der höheren staatlichen Zwecken dienenden Handlungen nicht beeinträchtigt werden darf.

65. Sorgfaltspflicht dessen, der an einem Orte einen Verkehr eröffnet, bezüglich der Verkehrssicherheit. a) **RG.** 12. 7. 16, LeipzZ. 16, 1371, R. 16, Nr. 1492. Der Schwerpunkt der Frage, ob eine Sorgfaltspflicht für die Verkehrssicherheit eines Ortes bestehe, liegt nicht in dem Eigentumsrecht als solchem; die gleiche Pflicht kann auch für den aus anderen Gründen Verfügungsberechtigten bestehen. Entscheidend ist, ob der Betreffende vermöge seiner tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen zu der Sache bei der Verfügung über sie und in ihrem Gebrauch eine Sorgfalt im Rechtsverkehr Dritten gegenüber anzuwenden hat (**RG.** 54, 56).

b) α. Hartmann, Haftung des Staates und der Gemeinden für Verkehrssicherheit auf öffentlichen Wegen, PrVerwBl. 37, 565. Das Eigentum an einer öffentlichen Sache ist ein öffentliches Eigentum, das seinen Inhalt nicht aus dem Zivilrecht, sondern aus dem öffentlichen Recht empfängt. Übergibt eine juristische Person des öffentlichen Rechts eine Sache dem öffentlichen Verkehr durch Widmung, so ist das ein rein öffentlich-rechtlicher Akt, der keine einzige privatwirtschaftliche Seite hat. Die Beziehungen, die sich hieraus zu dem einzelnen ergeben, sind lediglich nach öffentlichem Recht zu beurteilen. Im öffent-

lichen Eigentum erscheint der Staat nicht als Fiskus, d. h. als Träger privater Rechte und Verbindlichkeiten, sondern als Inhaber der öffentlichen Gewalt. Um das öffentliche Eigentum zu schützen, hat er die Polizeigewalt. Überall ist es die Anstaltspolizei, die über die Unversehrtheit und Benutzbarkeit der öffentlichen Sache zu wachen und sie nicht nur gegen Störungen von dritter Seite zu schützen, sondern auch darauf zu achten hat, daß sie in einem gebrauchsfähigen Zustand verbleibt. Verletzen die polizeilichen Organe ihre Verpflichtung, dann haften sie dem geschädigten Dritten persönlich nach § 839. Der Staat und die Gemeinde haften nur dann, wenn der Landesgesetzgeber von dem im Art. 77 EGBGB. ausgesprochenen Vorbehalt Gebrauch gemacht hat. Haben nicht polizeiliche Organe, sondern Beamte der Wegebauverwaltung ihre Pflicht verletzt, dann gilt nach preußischem Recht dasselbe. Die öffentlichen Wege sind polizeiliche Anstalten, die zur Verfügung der Polizei stehen, die Wegebaulast ist eine polizeiliche Last der Gemeinde. Deshalb ist die Verwaltung dieser öffentlichen Anstalten, wozu auch die Unterhaltung der Wege gehört, obrigkeitlicher Natur. Der Staat und die Selbstverwaltungskörper handeln obrigkeitlich nicht nur dann, wenn sie Befehls- oder Zwangsgewalt ausüben, sondern auch dann, wenn sie ihren Angehörigen kraft gesetzlicher Anordnung Schutz und Fürsorge angedeihen lassen. Die Unterhaltung der öffentlichen Wege durch Organe des Staats oder der Selbstverwaltungskörper ist als obrigkeitliche Tätigkeit anzusehen, zumal diese Unterhaltung in der Hauptsache nur einen dem öffentlichen Gebrauch dienlichen Zustand bezweckt, fast ganz in der Unterhaltung für den Gemeingebrauch aufgeht und somit etwas ganz anderes als privatwirtschaftliche Eigentumsverwaltung ist. Die rein zivilrechtliche Auffassung, die die juristische Person des öffentlichen Rechts für Beschädigungen infolge mangelhafter Beschaffenheit und Instandhaltung eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Wegs privatrechtlich verantwortlich macht — vgl. **RG.** 54, 53 — ist abzulehnen. Zwischen dieser und der hier vertretenen Auffassung besteht da, wo die Landesgesetzgebung von dem Vorbehalt des Art. 77 Gebrauch gemacht hat, der praktische Unterschied im wesentlichen nur darin, daß vor Anstellung der Entschädigungsklage eine Vorentscheidung des obersten Verwaltungsgerichtshofs bzw. des Reichsgerichts darüber eingeholt sein muß, ob der Beamte der Wegebauverwaltung seine Amtsbefugnisse überschritten oder eine ihm obliegende Amtshandlung unterlassen hat.

β. **RG.** 12. 7. 15, BayRpflZ. 16, 12. Wenn der Staat, der eine öffentliche Landstraße zum Sportbetriebe mit Rennschlitten freigibt, nicht nur Eigentümer der Straße, sondern auch Inhaber der Polizeigewalt ist, dann muß er nicht nur geeignete Vorkehrungen treffen, um den Sport nur in einer solchen Weise zuzulassen, daß Leben und Gesundheit der auf der Landstraße verkehrenden Personen gegen Unfälle nach Möglichkeit geschützt werden (JW. 11, 758, DJZ. 13, 167), sondern er hat auch dafür zu sorgen, daß die von ihm getroffenen Anordnungen und Verbote beachtet werden, und zwar nicht nur im Interesse der Fußgänger, sondern auch der Sportteilnehmer selbst.

c) **RG.** 3. 1. 16, R. 16, Nr. 932. Der wegeunterhaltungspflichtige Kreis wird seiner Verpflichtung zur Sorge für die Verkehrssicherheit der Wege nicht dadurch enthoben, daß er die Gemeinde, in deren Bezirk der Weg liegt, zu „Hand- und Spanndiensten“ verpflichtet.

d) Colmar 28. 9. 15, ElsLothZ. 16, 332. Mit der Zweckbestimmung, nach der eine Straße dem öffentlichen Verkehr dienen soll, übernimmt die Gemeinde die privatrechtliche Verantwortlichkeit dafür, sie in einem Zustande zu unterhalten, daß Privatrechtsgüter, wie das Leben und der Körper, nicht verletzt werden. Diese Unterhaltspflicht wird durch eine etwaige öffentliche Aufsichtspflicht der Polizeibehörde nicht abgeschwächt. Einen öffentlichen Platz braucht die Gemeinde bei Schneefall nicht ganz zu bestreuen; es genügt, wenn die Bürgersteige gestreut und außerdem einige Querwege über den Platz durch Streuung von Sand hergestellt sind.

e) Rostock 17. 2. 16, MecklZ. 34, 280. Wer auf einem zu seinem Grundstücke gehörigen, neben der Landstraße herlaufenden Fußsteige den Verkehr durch Fußgänger und Radfahrer zuläßt in dem Bewußtsein, daß das Publikum den Fußsteig für einen öffentlichen hält,

ist verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, daß der Zustand des Fußsteigs die Sicherheit des ihn benutzenden Publikums nicht gefährdet, und daß insbesondere nicht losgelöste Teile der Einfriedigung des anstoßenden Ackers in dem Fußsteige liegen.

f) **RG.** 10. 12. 15, JW. 16, 263, R. 16, Nr. 230. Auch die Eröffnung eines nur beschränkten Verkehrs verpflichtet zur Herstellung eines verkehrssicheren Zustandes. Deshalb trifft diese Verpflichtung auch denjenigen, der auf einer Ausstellung jedem Besucher das Betreten eines von ihm errichteten Gebäudes gegen ein Eintrittsgeld gestattet hat.

g) **RG.** 9. 5. 16, WarnE. 16, 252. Wird die Besichtigung einer Luftschiffhalle dem Publikum gestattet, dann muß für die Überdeckung des Laufschienenschachts jedenfalls insoweit gesorgt werden, daß genügend gefahrlose Übergänge vorhanden sind. Es verstößt gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wenn das Absperrungsseil fallen gelassen wird, ehe für die erforderliche Bedeckung des Schachts gesorgt ist. Wenn das Seil nur infolge des Drängens der Besucher gefallen ist, dann kann ein Verschulden darin liegen, daß gegen diese bei einem Besuche von mehreren hundert Personen naheliegende Gefahr keine Vorkehrungen getroffen sind.

66. Sorgfaltspflicht bei dem Verkehr auf der Straße. a) **RG.** 28. 10. 15, R. 16, Nr. 238. Im allgemeinen muß derjenige, der die Fahrbahn betritt, nach beiden Seiten Umschau halten, ob ein Fuhrwerk herankommt, namentlich auch dann, wenn er den Bürgersteig verläßt, um die Fahrbahn zu überqueren. Doch ist es nicht fahrlässig, wenn jemand auf der linken Seite der Straße, auf der nach den Verkehrsvorschriften nur von vorn ein Fuhrwerk hätte herankommen können, auf den Fahrdamm tritt, ohne rückwärts zu blicken.

b) **RG.** 3. 7. 16, LeipzZ. 16, 1371, WarnE. 16, 319. Wer auf dem Bürgersteige einer Großstadt zwischen zwei aus einer Toreinfahrt im Abstande von etwa zwei Metern herausgeführten Pferden hindurchgeht, verletzt die einem Fußgänger gebotene Verkehrssorgfalt, die er gegenüber dem Fußverkehr in einer Großstadt aufzuwenden hat; denn im Fußgänger- und Fuhrverkehr besteht das Rechtsgebot, daß aufeinander Rücksicht genommen werden muß (JW. 14, 353). Etwas anderes könnte nur gelten, wenn besondere Umstände vorlägen, die das dichte Herangehen an die Pferde mehr oder weniger entschuldigten.

c) Hamburg 14. 2. 16, HansGZ. 16, Bbl. 133. Auf dem Bürgersteige, zumal demjenigen einer ersten Geschäftsstraße, muß man gehen und an ein Schaufenster herantreten dürfen, ohne befürchten zu müssen, in eine sich plötzlich unmittelbar vor den Füßen auftuende Öffnung zu fallen. Ein Verschulden des Vorübergehenden liegt daher nicht darin, daß er nicht auf den Boden vor seinen Füßen, sondern in ein Schaufenster oder auf die andere Straßenseite sieht.

67. Sorgfaltspflicht beim Sportbetriebe auf der Straße. a) **RG.** 12. 7. 15, BayRpflZ. 16, 12. *α*. Es ist bedenklich, das übermäßig schnelle Fahren mit einem Lenkschlitten auf einer Landstraße deshalb als nicht schuldhaft anzusehen, weil es sich um die Ausübung des Sports handle, und dieser gerade im schnellen Herabfahren bestehe; denn die öffentliche Landstraße ist in erster Linie nicht zu sportlichen Zwecken, sondern zum Verkehr für Wagen und Fußgänger bestimmt.

β. Wer eine für den Fahr- und Fußgängerverkehr bestimmte Landstraße zum Sportbetriebe mittels Lenkschlittens benutzen will, muß sich vor der Benutzung danach erkundigen, unter welchen Bedingungen, in welcher Art und zu welcher Zeit dieser Sportbetrieb auf der Landstraße gestattet ist. Die Unterlassung dieser Erkundigung stellt sich als Fahrlässigkeit dar. Allein daraus, daß er die Straße zum Fahren mit dem Schlitten benutzt, kann ihm noch kein Vorwurf gemacht werden, wenn das Fahren mit Schlitten auf ihr nicht verboten ist.

b) Siehe auch oben II 65b*β*.

68. Sorgfaltspflicht bei Sprengungen. a) **RG.** 21. 6. 15, HessRspr. 16, 288. Wird ein an zwei verkehrsreichen Straßen gelegner, mindestens unter Duldung der Militärbehörde für den allgemeinen Verkehr benutzter Exerzierplatz ausnahmsweise zu Sprengübungen verwendet, dann erfordert die besondere Gefährlichkeit dieser Übungen auch

besondere Sorgfalt bei der Aufräumung des Platzes und diese besondere Anordnungen der militärischen Behörde, der die Verfügung über den Platz zusteht.

b) Hamburg 27. 11. 15, HansGZ. 16, Bbl. 161. Wenn der mit der Sprengung betraute Pionieroffizier erklärt, es handle sich nur um sog. Erschütterungssprengungen, bei denen die Steine des Fundaments nur gelöst, aber nicht unmittelbar gesprengt werden sollen, und es kämen demnach nur ganz schwache Ladungen in Betracht, eine Gefahr für die Umgebung und die Vorübergehenden sei ausgeschlossen, dann liegt ein Verschulden der Polizeibehörde nicht darin, daß sie die Vornahme der Sprengung an einer verkehrsreichen Stelle bei Tage gestattet. Es genügt, wenn angeordnet wird, daß die Sprengstollen derartig abgedeckt werden, daß Sprengstücke nicht umherfliegen können, und entsprechende Anordnungen an die lokalen Polizeibeamten hinsichtlich der erforderlichen Absperrung erteilt werden. Wenn diese Absperrung noch erheblich weiter bemessen wird, als der Pionieroffizier für erforderlich erklärt, dann kann ein Verschulden des aufsichtführenden Polizeibeamten nicht angenommen werden.

69. Sorgfaltspflicht des Jägers. Beispiele der Haftung für Schußverletzungen der Jäger: *Dickel, Forstzivilrecht, 346 ff., ferner 630 ff. und Hinweis auf die „Hauptregeln" bei Treibjagden; maßgebend ist nicht unter allen Umständen der Jägerbrauch, sondern die erforderliche Vorsicht.

70. Sorgfaltspflicht bei der Überlassung von Schutzmaßregeln an Dritte. a) **RG.** 24. 3. 16, BayRpflZ. 16, 259, LeipzZ. 16, 1186. Die allgemeine Pflicht der Aufsicht, die die für die Erfüllung verantwortliche Person aufzuwenden hat, wenn sie die Ausführung der gebotenen Schutzmaßnahmen zur Sicherung des Lebens und der Gesundheit anderer einer dritten Person überläßt, ist nicht nur dann gegeben, wenn diese dritte Person für die Ausführung der Schutzmaßnahmen nicht das gleiche Verständnis hat, wie die für die Erfüllung verantwortliche Person, oder wenn sich Zweifel an der Zuverlässigkeit des Angestellten regen, sie besteht vielmehr in jedem Fall, in dem die für die Erfüllung verantwortliche Person die Schutzmaßnahmen Dritten überläßt; denn sie gründet sich gerade auf die Überlassung dieser Schutzmaßnahmen an einen Dritten. Natürlich wird sich Maß und Umfang dieser Überwachungstätigkeit nach den Umständen, insbesondere nach der Zuverlässigkeit und Erfahrenheit des Dritten, richten.

b) **RG.** 27. 6. 16, DJZ. 16, 1077, GruchotsBeitr. 60, 1012, LeipzZ. 16, 1239, R. 16, Nr. 1293, WarnE. 16, 397. Derjenige, den die Verantwortung für die Verkehrssicherungspflicht trifft, muß, wenn er die zu diesem Zwecke erforderlichen Maßnahmen einem Dritten überläßt, eine stetige, je nach den Umständen des Falls mehr oder weniger häufig zu wiederholende Aufsichtstätigkeit entfalten. Diese Pflicht liegt im Falle der Übertragung der Treppenbeleuchtung auf die Mieter dem Vermieter ob.

71. Sorgfaltspflicht des Schadensersatzberechtigten. **RG.** 21. 12. 15; 87, 412, 419, R. 16, Nr. 404. Der Schadensersatzberechtigte handelt schuldhaft, wenn er einen Prozeß gegen einen Dritten anstellt, den er bei gehöriger Erwägung als aussichtslos erkennen muß.

72. Sorgfaltspflicht des Versicherten. Posen III 17. 10. 16, PosMSchr. 16, 96. Der Versicherte handelt nicht fahrlässig, wenn er sich, um Gefahr abzuwenden, durchgehenden Pferden entgegenwirft.

III. Beweislast.

1. **RG.** (ohne Datum), HansGZ. 16, Hptbl. 4. Der Prima-facie-Beweis hat nicht die Bedeutung einer gesetzlichen Vermutung des Verschuldens, die nur durch einen vollen Gegenbeweis zu beseitigen wäre, sondern es genügt, daß der auf Schadensersatz in Anspruch Genommene Umstände darlegt und glaubhaft macht, welche den gegen ihn vorliegenden Verdacht eines Verschuldens zu entkräften geeignet sind, so daß sich die Wahrscheinlichkeit eines Hergangs ergibt, der ein Verschulden nicht bedingt, mag auch die Möglichkeit eines solchen nicht ausgeschlossen sein.

2. RG. 23. 10. 15, R. 16, Nr. 59. Wenn in der den Schaden verursachenden Handlung selbst sich ein Mangel an Vorsicht offenbart, dann ist der Nachweis eines besonderen Verschuldens nicht erforderlich, vielmehr hat dann der Schädiger seine Schuldlosigkeit darzutun.

3. Salinger, Zur Frage des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, LeipzZ. 16, 295. Das BGB. kennt — abgesehen von den Fällen der Unmöglichkeit der Leistung und des Verzugs, §§ 282, 285 — keine Vermutung für ein Verschulden des Vertragsschuldners im Falle der Vertragsverletzung. Grundsätzlich hat daher derjenige, der Schadensersatz wegen Vertragsverletzung verlangt, ein Verschulden des Gegners darzulegen und zu beweisen.

4. RG. 4. 7. 16, WarnE. 16, 363. Der von RG. 78, 434, JW. 13, 32 aufgestellte Grundsatz, daß die Unmöglichkeit der Feststellung der Ursache einer Verletzung des Kranken bei einer Operation nicht zu Lasten des Arztes gehe, daß es vielmehr genüge, wenn der Arzt dartue, daß ein eingetretener ungünstiger Erfolg auch ohne sein Verschulden eingetreten sein könne, daß nach dem klargelegten Sachverhalt ein positiver Anhalt für sein Verschulden nicht gegeben sei, paßt nicht auf einen Fall, in dem der Verstoß des Arztes gegen die Regeln der ärztlichen Wissenschaft und der ursächliche Zusammenhang zwischen ihm und dem Schaden nachweisbar ist.

5. Goldscheider, 379. Grundsätzlich hat der klagende Gast das Verschulden des Wirtes zu beweisen. Läßt sich aber nach den Umständen des Falls der Schaden zunächst nicht anders erklären als durch mangelnde Sorgfaltspflicht des Wirts, dann kehrt sich die Beweislast um; der Wirt hat zu beweisen, daß ihn kein Verschulden trifft.

6. Hamburg 18. 10. 15, OLG. 32, 98. Wird die Unrichtigkeit einer von dem Handelsmakler mitgeteilten Schlußnote festgestellt, dann muß zunächst angenommen werden, daß der Makler bei Aufstellung der Schlußnote schuldhaft gehandelt hat, solange er nicht seinerseits nachweist, daß ein solches Verschulden nicht vorliegt.

7. RG. 24. 3. 16, R. 16, Nr. 908, WarnE. 16, 159. Steht fest, daß die Treppe, auf der jemand gefallen ist, kurz vor dem Unfall in einem ordnungswidrigen, ihren Gebrauch gefährdenden Zustand sich befand, dann ist es Sache desjenigen, der für den ordnungsmäßigen Zustand verantwortlich ist, zu beweisen, daß er und seine Hilfspersonen alles taten, was bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zur Beseitigung der Gefahr geschehen mußte.

8. RG. 15. 5. 16, WarnE. 16, 416. Hat sich in einem Betriebe — z. B. dem der Eisenbahnverwaltung — seit Jahren eine mißbräuchliche Gepflogenheit eingenistet, dann ist es Sache der auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Verwaltung, sich überall zu entlasten und nachzuweisen, daß ihren Vertretern trotz gehöriger Aufsicht die jahrelange Ordnungswidrigkeit ohne Verschulden entgangen ist. Stehen aber nur vereinzelte Fälle von Ordnungswidrigkeiten in Frage, die sich in einer Reihe von Jahren zugetragen haben, dann muß derjenige, der den Schadensersatzanspruch erhebt, beweisen, daß sie zur Kenntnis der Vertreter der Verwaltung gelangt sind oder bei sachgemäßer Einrichtung des Dienstes hätten gelangen müssen, und daß die Verwaltung zur Abstellung der Unregelmäßigkeiten nicht das Erforderliche veranlaßt hat.

9. RG. 19. 10. 16, WarnE. 16, 505. Beim Beförderungsvertrage hat der Reisende, der unterwegs verletzt wird, den Nachweis zu führen, daß der Unfall durch einen Beförderungsvorgang oder eine Beförderungseinrichtung verursacht worden ist, daß eine Einrichtung des Wagens in dem er sich befand, versagte, ein Einrichtungsstück sich aus seiner Befestigung löste und den Schaden anrichtete; ob der Anstoß dazu von außen kam, etwa durch eine Rangierbewegung, oder ob er im Inneren des Wagens selbst zu suchen ist, ist gleichgültig. Ist dieser Nachweis erbracht, dann hat der Beförderungsunternehmer zu beweisen, daß die Einrichtung des Wagens und ihre Befestigung gut und sicher angebracht war, daß nicht ein Mangel oder eine Schadhaftigkeit der Einrichtung bestand, und der Wagen ordnungsmäßigen Nachprüfungen auf den sicheren Zustand seiner Teile unterworfen

wurde, so daß er ohne Verschulden ist, wenn trotzdem ein Unfall durch Loslösung einer Einrichtung sich ereignet hat.

10. **RG.** 2. 5. 16, LeipzZ. 16 1484. Wird bei einem durch einen Reitverein veranstalteten Rennen ein durch Lösung einer Eintrittskarte berechtigter Zuschauer durch ein ausbrechendes Pferd verletzt, dann hat der Verein, um sich von der Haftung für den Schaden zu befreien, darzutun und zu beweisen, daß er die zum Schutze der Besucher der Rennbahn notwendigen Vorkehrungen getroffen hat.

11. **RG.** 20. 3. 16, WarnE. 16, 199. Die Duldung eines offenbaren Mißbrauchs, der längere Zeit bestand und hätte bemerkt und beseitigt werden müssen, begründet die Annahme des Verschuldens der Vertreter des betr. Gewerbetreibenden; deshalb hat dieser darzutun, daß ein Verschulden seiner Vertreter nicht vorliegt.

12. **RG.** 20. 1. 16, PosMSchr. 16, 25. Ist das von einer Stadtgemeinde an einen Schlächter gerichtete Verbot der Benutzung des städtischen Schlachthauses rechtswidrig, dann ist es Sache der Stadtgemeinde darzulegen, daß und inwiefern ihre Vertreter kein Verschulden trifft, als sie dies Verbot erließen. Hat ihnen das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gefehlt, so ist damit nur die Vorsätzlichkeit ihres objektiv rechtswidrigen Tuns ausgeräumt, nicht aber steht damit auch fest, daß sie nicht fahrlässig gehandelt haben.

13. a) **RG.** 23. 10. 15, BayRpflZ. 16 91 FrankfRdsch. 49, 208, R. 16, Nr. 59, SeuffA. 71, 149. Wenn die Schadensersatzpflicht aus einem Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 herzuleiten ist, dann begründet das bewußte Unterlassen der gebotenen oder die Ausführung der verbotenen Handlung zunächst regelmäßig die tatsächliche Folgerung eines Verschuldens, so daß dem in Anspruch Genommenen der Entlastungsbeweis obliegt (WarnE. 10, 343; 12, 21); zu vgl. Ib.

b) Colmar 21. 6. 15, ElsLothJZ. 16, 291. Die Zuwiderhandlung gegen ein Schutzgesetz muß zunächst als eine schuldhafte angesehen werden, wenn nicht der Zuwiderhandelnde den Ausschluß seines Verschuldens begründende besondere Umstände beweist.

IV. Ausschluß der Haftung.

Stuttgart 20. 5. 15, WürttJ. 27, 140. Bei einer Gefälligkeitsfahrt ist an sich nicht ohne weiteres zu unterstellen, daß der Fahrgast dem Kraftwagenlenker die Haftung für jedes Verschulden erlassen will. Dagegen ist dies anzunehmen, wenn der Fahrgast erkennt, daß der Wagenlenker infolge fehlender Nachtruhe und des Genusses alkoholischer Getränke in einem Zustand sich befindet, vermöge dessen er zur ordnungsmäßigen Lenkung des Kraftwagens unfähig ist, und sich trotzdem dem Kraftwagen anvertraut.

V. Öffentliches Recht.

Friedrichs, 44. Die §§ 276 bis 278 sind auch in öffentlichen Angelegenheiten und auf die Erfüllung von Verbindlichkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verhältnissen anwendbar, auch wenn der Rechtsweg nicht zulässig ist.

§ 278.

Schrifttum: Riehl, Die Arglist beim Vertragsschluß unter besonderer Berücksichtigung der Arglist der Vertreter, GruchotsBeitr. 60, 790, 897.

1. Riehl behandelt im Anschlusse an die Haftung des Geschäftsherrn für eigene Arglist — vgl. § 463 — seine Haftung für die Arglist der Vertragsabschlußgehilfen, d. h. aller bei dem Vertrage beteiligten Hilfspersonen, mögen sie Vertretungsvollmacht besitzen oder nicht, mag die Vertretungsmacht auf Gesetz oder Vollmacht beruhen (901, 902), während ausgeschieden werden die Vertragserfüllungsgehilfen, die Vertragsausnutzungsgehilfen, die Bedingungserfüllungsgehilfen, die nur zu tatsächlichen Verrichtungen angestellten Betriebsgehilfen und die gesetzlichen Vertreter der juristischen Personen, die die Geschäftsherrn selbst sind (902—906), und er stellt zunächst diese Haftung in ihrer geschichtlichen Entwicklung dar (906—913). Für die Vertragsabschlußgehilfen ohne Vertretungsmacht (Geschäftsvermittler) haftet der Geschäftsherr mit der Anfechtungs- und Bereiche-

rungsklage gemäß § 123, falls die Gehilfen nicht Dritte im Sinne des § 123 Abs. 2 sind; Dritter ist aber derjenige, der an dem Geschäfte nicht beteiligt ist (914—917). Mit der Deliktsklage auf Schadensersatz haftet der Geschäftsherr, falls er sich an dem Betruge des Gehilfen in irgendeiner Weise beteiligt hat; ist er dagegen unbeteiligt und schuldlos, dann haftet er an sich nicht, doch kann seine Haftung nach § 831 eintreten, da der Abschluß und die Vermittlung des Vertrags sich als Verrichtung im Sinne dieser Vorschrift darstellen. Der schadensersatzpflichtige Geschäftsherr muß das Vermögen des betrogenen Gegners wieder in den Zustand bringen, in dem es sich vor dem Vertragsschlusse befunden hat (sog. negatives Vertragsinteresse, besser: Vertrauensinteresse, Schadensersatz wegen Verleitung zum Vertragsschlusse). Im Falle des § 831, der ein Fahrlässigkeitsdelikt ist, kann der Schadensersatzklage das eigene Verschulden nach § 254 entgegengesetzt werden. Bei einer aus Fahrlässigkeit von dem Gehilfen gesagten Unwahrheit können nur Anfechtung wegen Irrtums und Bereicherungsklage in Frage kommen (917—920). Die Arglist des Vertragsabschlußgehilfen mit Vertretungsmacht kann sich in einer doppelten Weise betätigen, einmal bei den Vorverhandlungen durch Abgabe falscher Wissenserklärungen und weiter durch argListiges Eingehen von Verbindlichkeiten. Im ersten Falle gilt bezüglich der Haftung des Geschäftsherrn dasselbe, was bei den Vertragsabschlußgehilfen ohne Vertretungsmacht gilt; der Ansicht des Reichsgerichts, daß für die arglistig falsche Vorspiegelung von den Eigenschaften des Vertragsgegenstands durch den Gehilfen so einzustehen sei, als wenn es sich um eine vertragliche Zusicherung handle, ist nicht beizutreten. Im zweiten Falle hat der Gegner die Wahl, ob er sich der außervertraglichen Klagen, der Anfechtungs-, Bereicherungs-, Deliktsklage, bedienen, oder ob er mit der Vertragsklage Erfüllung, nötigenfalls Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen will; die Rechtslage ist dieselbe, wie wenn der Geschäftsherr selbst der Arglist bei Übernahme von Vertragspflichten sich schuldig macht. Voraussetzung ist hierbei allerdings, daß der Gehilfe sich im Rahmen seiner Vollmacht hält (920—923). Zwischen den Vertragsabschlußgehilfen mit Vertretungsmacht und denen ohne Vertretungsmacht stehen die Vertragsabschlußgehilfen mit Vertragsergänzungsvollmacht, die zwar nicht befugt sind, Rechtsgeschäfte zum Abschluß zu bringen, die aber für den Fall, daß der Vertrag zustande kommt, ihn durch Nebenabreden ergänzen können, welche für den Geschäftsherrn, wenn er sich zu dem Abschluß entschließt, verbindlich sind, auch wenn er von ihnen keine Kenntnis erlangt hatte. Ob eine solche Vollmacht erteilt ist oder nicht, darf nur von der Frage abhängig gemacht werden, ob gemäß § 167 der Geschäftsherr dem Gegenkontrahenten oder dem Vermittler die Erteilung der Vollmacht durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung mitgeteilt hat, und eine stillschweigende Erklärung kann nur angenommen werden, wenn die Handlung ausdrückliche Willenserklärung ersetzen soll, einen bestimmten Sinn mit Sicherheit erkennen läßt. Abzulehnen ist dagegen die Annahme eines stillschweigenden Vertrags des Inhalts, daß der Geschäftsherr für etwaiges Verschulden des Abschlußgehilfen ohne Vertretungsmacht aufkommen wolle, den er beauftragt hat, die Verhandlungen zu führen und den Vertrag so weit vorzubereiten, daß er selbst nur ja oder nein zu sagen hat, ebenso ist abzulehnen der Begriff der „Verhandlungsmacht" mit der allein an die Tatsache der Erteilung einer Vollmacht des oben angegebenen Inhalts geknüpften Rechtsfolge, daß der Geschäftsherr alle Abmachungen des Vermittlers gegen sich gelten lassen müsse, möge er Kenntnis von ihnen erhalten haben oder nicht (929—930). Der unredliche Vertragsabschlußgehilfe selbst haftet dem Gegenkontrahenten nach § 826, § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 263 StrGB. Wenn bewiesen werden kann, daß es ohne den Betrug zu einem dem Gegenkontrahenten günstigeren Vertrage gekommen wäre, haftet er auf den Unterschied, der sich bei der Vergleichung des Vermögensstandes des Gegners ergibt, wie er sich zufolge des tatsächlich abgeschlossenen Vertrags gestaltet hat, und dem, wie er sich entwickelt hätte, wenn der imaginäre Vertrag geschlossen sein würde, anderenfalls haftet er auf das sog. Vertrauensinteresse, nicht das Erfüllungsinteresse. Hat der Gehilfe nur fahrlässig gehandelt, dann ist ein Anspruch gegen ihn nicht gegeben (930, 931). Die Anstellung der Anfechtungs- und Bereiche-

rungsklage gegen den Geschäftsherrn hindert nicht die Erhebung der Deliktsklage gegen den Abschlußgehilfen auf Erstattung des Verlusts des Gegners, wohl aber auf Erstattung der Differenz zwischen dem tatsächlich abgeschlossenen und dem imaginären Vertrage. Neben der Klage des Geschäftsherrn auf Grund des § 831 kann gegen den Gehilfen die nach §§ 826, 823 Abs. 2 erhoben werden, wenn beide auf das Vertrauensinteresse gerichtet werden. Die Schadensersatzansprüche gegen den Gehilfen werden nicht dadurch beeinträchtigt, daß dem Geschäftsherrn gegenüber mit der Vertragsklage vorgegangen wird; doch hat der Gehilfe das Vermögen des Gegners nur insoweit aufzufüllen, als es nach Durchführung der Vertragsklage gegenüber dem Stande vor dem Vertragsschlusse noch gemindert ist (931—936).

2. Königsberg 14. 1. 15, DJZ. 16, 1090. Bei Anwendung des § 618 auf das Beamtenverhältnis haftet der Fiskus für das Verschulden des Inventarwarts der Behörde, der der geschädigte Beamte angehört.

3. Stuttgart 1. 2. 16, R. 16, Nr. 1265. Der Empfänger des Frachtguts haftet der Eisenbahn für ein Verschulden seiner Hilfspersonen auf Grund des § 278. Wenn er durch die Annahme des Guts und des Frachtbriefs zwar auch nicht in den Frachtvertrag eintritt, sondern dadurch selbständige Verbindlichkeiten kraft Gesetzes für ihn entstehen, so handelt es sich doch um ein Verhältnis obligatorischer Natur, das ihn verpflichtet, das Ausladen unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorzunehmen.

4. Hamburg 2. 6. 16, HansGZ. 16, Bbl. 229, R. 16, Nr. 1488. Der Gasthofsbesitzer haftet für das Verschulden des Gasthofsportiers, da dieser sein Erfüllungsgehilfe bei der Bedienung der Gäste ist.

5. Goldscheider, 377, GruchotsBeitr. 60, 377ff. Der Wirt haftet dem Gaste dafür, daß ihn seine Angestellten beim Bedienen nicht fahrlässig schädigen, sei es, daß die Schädigung durch den den Gast bedienenden Kellner oder durch einen anderen Kellner herbeigeführt wird. Jeder Kellner befindet sich in Erfüllung des Wirtshausvertrags, der den Aufenthalt im Raume ohne Gefahr für Eigentum und Gesundheit gestattet, gegenüber dem Gaste. Auch für die Gehilfen, deren er sich zur Erfüllung seiner übrigen Vertragspflichten bedient, haftet der Wirt nach § 278.

6. Hamburg 9. 12. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 125, R. 16, Nr. 406, SeuffA. 71, 186. Ein Kohlenhändler haftet nicht nach § 278 für das betrügerische Verhalten seiner Angestellten, die bei Ablieferung der Kohlen den Käufer durch falsches Wiegen täuschen und dadurch zur Zahlung eines größeren Betrags bestimmen, als er in Wirklichkeit schuldet. Denn diese Verfehlungen bilden den Tatbestand selbständiger unerlaubter Handlungen, die mit der Vertragserfüllung nur äußerlich zusammenhängen. Die Haftung für solche nur mittelbare Folgen des Verschuldens von Erfüllungsgehilfen regelt sich nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Haftung für mittelbar verursachten Schaden überhaupt. Der hiernach erforderliche adäquate Zusammenhang zwischen dem durch das Tun der Angestellten angerichteten Schaden und ihrer Verwendung durch den Geschäftsherrn zum Zwecke der Vertragserfüllung ist aber nicht gegeben, wenn der Geschäftsherr von dem Treiben der Angestellten keine Kennfnis hatte und unter normalen Verhältnissen nicht damit zu rechnen brauchte.

7. **RG.** 9. 5. 16, WarnE. 16, 252. Der Unternehmer, der den Besuch einer Luftschiffhalle gegen Eintrittsgeld gestattet, haftet auf Grund des § 278 für das Verschulden seiner Angestellten, da er kraft Vertrags verpflichtet ist, die zur Sicherung der Besucher erforderlichen Maßregeln zu treffen.

8. **RG.** 5. 11. 15; 87, 276, GesuR. 17, 261, JW. 16, 117, LeipzZ. 16, 38, R. 16, Nr. 39. Ein Angestellter, dem sein Dienstherr den Mitgebrauch der von ihm ermieteten Räume zur Verrichtung von Arbeiten überläßt, wird dadurch zugleich mit der Erfüllung der dem Mieter obliegenden Vertragspflicht betraut, die Mietsache schonend und pfleglich zu benutzen. Im Falle einer schuldhaften Verletzung dieser Pflicht durch den Angestellten haftet der Mieter dem Vermieter aus § 278 aber nur dann, wenn das pflichtwidrige Ver-

halten des Angestellten in ursächlichem Zusammenhange mit der ihm aufgetragenen Arbeitsleistung steht, also nur für solche Verstöße, die der Angestellte im Rahmen der Tätigkeit begeht, zu deren Ausübung ihm der Mitgebrauch an der Mietsache eingeräumt war. Zuwiderhandlungen, die sich der Angestellte nur bei Gelegenheit der Dienstleistung in den Mieträumen zuschulden kommen läßt — z. B. Wegwerfen eines noch glühenden Zündholzes beim Zigarrettenrauchen —, hat der Mieter nicht zu vertreten.

9. **RG.** 19. 10. 15, BayRpflZ. 16, 69, HansGZ. 16, Hptbl. 12. Der Mieter einer Schute haftet für das Verschulden der Arbeiter, die er mit dem Beladen der Schute beauftragt, da er sich der Arbeiter bei dem Beladen der Schute und folglich auch bei der Erfüllung der ihm dem Vermieter gegenüber obliegenden Verpflichtung bedient, bei dem Beladen die Mietsache sorgfältig zu behandeln.

10. **RG.** 5. 11. 15, WarnE. 16, 16. Die Stadtgemeinde haftet für das Verschulden der im Stadtkrankenhause angestellten Oberschwester, wenn ein in diesem untergebrachter Kranker infolge Fahrlässigkeit desselben Schaden erleidet.

11. Stuttgart 3. 12. 15, WürttJ. 27, 273. Wenn ein Hausbesitzer auf Grund der auf einem Ortsstatut beruhenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtung das städtische Tiefbauamt mit der Vornahme von Arbeiten am Hauskanal beauftragt, dann entsteht zwischen ihm und der Stadt ein privatrechtliches Vertragsverhältnis, vermöge dessen diese verpflichtet ist, das übernommene Werk mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auszuführen und Schädigungen des Auftraggebers zu vermeiden, und die Stadt hat dann für das Verschulden des Angestellten ihres Tiefbauamts einzustehen.

12. a) Naumburg 16. 12. 13, OLG. 32, 203. Der Versicherungsnehmer haftet der Versicherungsgesellschaft gegenüber für das Verschulden der Hilfspersonen, deren Mitwirkung er sich bei der Geschäftsleitung bedient.

b) Werneburg, Die Haftung des Versicherungsnehmers für das Verschulden seiner Hilfspersonen, ThürBl. 62, 252. § 278 ist bei allen Pflichten des Versicherungsnehmers anzuwenden, mit alleiniger Ausnahme bei der Verpflichtung, den Schadensersatzanspruch innerhalb einer bestimmten Frist geltend zu machen. Dabei muß es sich aber stets um die Erfüllung wirklicher Pflichten handeln; für solche Personen, die nur körperliche Leistungen für ihn ausführen, ist der Versicherungsnehmer nicht nach § 278 verantwortlich, sondern hier kann nur § 831 Platz greifen.

13. KG. 5. 11. 14 — JDR. 14, II 13 zu § 278 — betr. Einziehung eines im Auslande fälligen Wechsels durch eine Bank, abgedruckt auch: JW. 16, 60.

14. **RG.** 4. 3. 15 — JDR. 14, II 12 zu § 278 — betr. Haftung des wegen Geisteskrankheit Entmündigten für das Verschulden seines Vormunds, abgedruckt auch: SeuffA. 71, 100.

15. Josef, Erfüllungsgehilfen bei Vorverhandlungen? R. 16, 473. Nur wer sich zur Erfüllung einer Schuld, d. h. einer erzwingbaren Verbindlichkeit eines Gehilfen bedient, hat dessen Verschulden zu vertreten. Hierum handelt es sich nicht bei Vorverhandlungen, die erst die Entstehung einer solchen Verbindlichkeit vorbereiten, ermöglichen wollen, z. B. bei Vorzeigung der zu verkaufenden Ware, der zu vermietenden Wohnung; hierzu besteht jedenfalls keine erzwingbare Verpflichtung, und deshalb ist auf Verschulden des Gehilfen bei Erfüllung von Abkommen dieser letzteren Art § 278 nicht anwendbar (a. A. **RG.** 78, 239).

16. Lazar, 39ff. Schuldhafte Vorbereitung durch einen Gehilfen. Der Schuldner hat grundsätzlich auch für das Verschulden der Gehilfen bei Vorbereitungshandlungen aufzukommen. Nur für solche Vorbereitungshandlungen seiner Hilfspersonen, die ganz allgemeiner Natur und ohne Beziehung auf das in Frage stehende Schuldverhältnis sind, ist ihm eine Haftung nicht aufzuerlegen (39—45). Er haftet auch für solche Personen, die lediglich bei den zur Einleitung eines Vertrags erforderlichen Handlungen mit dem Gläubiger in Berührung treten (45—48).

17. Hamburg 23. 12. 15, HansGZ. 16, Bbl. 113. § 278 betrifft Schuldverhältnisse des bürgerlichen Rechts. Er kann daher auf öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten nur angewendet werden, wenn diese zugleich bestimmte vertragliche Beziehungen betreffen, so daß wenigstens eine entsprechende Anwendung gerechtfertigt erscheinen würde. Er kann aber auch nicht auf Verbindlichkeiten Anwendung finden, die zwar aus den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts entspringen, die aber lediglich ohne Beziehung auf ein bestimmtes Schuldverhältnis der Allgemeinheit gegenüber bestehen und sich erst durch Zuwiderhandlung gegen diese allgemeine Pflicht auf eine einzelne Person konkretisieren.

18. Zu vgl. **RG.** 20. 1. 16, Erl. 1 zu § 5 EisenbVerkO.

§ 279.

I. 1. Lehmann, Die Kriegsbeschlagnahme, Jena 1916. Die Erfüllung einer Gattungsschuld wird infolge der Beschlagnahme unmöglich und ist von keinem Teile zu vertreten: bei allgemeiner Beschlagnahme der ganzen in Betracht kommenden Gattung, bei Beschlagnahme aller Vorräte des Lieferanten im Falle einer begrenzten Gattungsschuld, bei Vornahme so vieler Sonderbeschlagnahmen, daß dem Lieferanten die Beschaffung der Ware auf freiem Markt billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann, wobei auch die Preissteigerung berücksichtigt werden darf. In anderen Fällen der Gattungsschuld befreit die Beschlagnahme den Verkäufer nicht, selbst wenn sie ihm die Beschaffung erheblich erschwert (38, 39).

2. a) Hamburg 23. 5. 14, OLG. 33, 208. Ist die Gattungsschuld in der Weise beschränkt, daß der Fabrikant nur eigene Erzeugnisse zu liefern hat, und daß er diese erst herstellen muß, dann wird die ihm obliegende Leistung unmöglich, wenn seine Fabrik durch Brand zerstört und von ihm nicht wieder errichtet wird. Darauf, aus welchen Gründen er sich entschließt, von der Herstellung einer neuen Fabrik abzusehen, und ob diese Gründe von seinem oder anderer Interessenten Standpunkte Billigung verdienen, kommt es nicht an.

b) Dresden 18. 5. 16, SächRpflA. 16, 320. Die Möglichkeit, „aus der Gattung" zu leisten, entfällt, wenn das Schuldverhältnis sich auf Waren beschränkt, die der Verkäufer in seiner eigenen Fabrik herstellt, und eine Herstellung der Waren in dieser Fabrik nicht mehr möglich ist. Diese Unmöglichkeit der Herstellung ist nicht erst dann anzunehmen, wenn die dazu nötigen Rohstoffe allenthalben untergegangen oder aus anderem Grunde schlechthin nicht mehr zu beschaffen sind, sondern schon dann, wenn ihre Beschaffung mit so außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist, daß letztere nach der Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleich geachtet werden. Als solche sind derartige Preissteigerungen anzusehen, daß danach die Beschaffung der Rohstoffe zum Zwecke der Vertragserfüllung zu einer das wirtschaftliche Bestehen des Verkäufers gefährdenden Schädigung führen mußte.

c) **RG.** 23. 6. 16, JW. 16, 1188, WarnE. 16, 299. Die Ausführung, daß, wenn Gegenstand des Kaufs nicht Ware irgendwelcher Herkunft, sondern die in dem Betriebe des Verkäufers hergestellte, gewisse Besonderheiten aufweisende Ware ist, die dem Verkäufer obliegende Leistung unmöglich geworden ist, wenn er keine eigene Ware mehr am Lager hat und infolge militärischer Beschlagnahme keine Rohstoffe mehr erhält, wird gebilligt.

3. **RG.** 19. 10. 15, LeipzZ. 16, 222. § 279 greift überall Platz, wo der Grund für die Nichtbewirkung einer Leistung darin liegt, daß dem Schuldner die zu ihrer Beschaffung erforderlichen Geldmittel fehlen (**RG.** 75, 335).

4. KG. 21. 12. 15, OLG. 33, 209. Die Anordnung des Oberbefehlshabers an den Fabrikanten, die die Befriedigung der Privataufträge vor den Aufträgen der Heeresverwaltung verbietet, stellt einen besonderen Umstand, der die Anwendung des § 279 ausschlösse, nicht dar.

5. a) München 10. 11. 15, SeuffA. 71, 220. § 279 hat nur dispositive Bedeutung. Deshalb ist eine sog. „Freizeichnungsklausel" zulässig, d. h. eine Klausel des Inhalts, daß es trotz des Vorliegens einer Gattungsschuld bei den allgemeinen Regeln der §§ 275, 276, 285

verbleiben, der Schuldner also nicht in Verzug kommen, vielmehr in der Verpflichtung zur Lieferung frei sein soll, wenn ihm ohne sein Verschulden die Leistung unmöglich wird.

b) Siehe im übrigen auch bei § 275.

II. Friedrichs, 43. § 279 gilt auch bei Geldleistungen an den Staat und die Gemeinden.

§ 280.

Friedrichs, 43. Für die Entscheidung der Frage, ob bei Unmöglichwerden von auf dem öffentlichen Recht beruhenden Sachleistungen und Diensten der Schuldner Schadensersatz wegen Verschuldens zu leisten hat, und ob und unter welchen Voraussetzungen er den Anspruch auf die Gegenleistung behält, werden die allgemeinen Vorschriften des BGB. einen Anhalt bieten, unter Umständen auch die besonderen Regeln über dasjenige Vertragsverhältnis, welches dem in Rede stehenden öffentlichen Rechtsverhältnis am nächsten kommt.

§ 281.

Schrifttum: Korsch, Der Anspruch auf das Surrogat (Ersatzanspruch), namentlich mit Rücksicht auf die Kriegsverhältnisse, AZivPr. 114, 1ff.

I. 1. Korsch. Die Bestimmungen über den Ersatzanspruch rechtfertigen keine verallgemeinernde Rechtsanwendung, vielmehr ist für jedes einzelne Forderungsrecht der Richtlinie von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte folgend und das berechtigte schutzbedürftige Interesse berücksichtigend zu prüfen, ob ein Ersatzanspruch überhaupt gegeben ist, und wo die Grenze zwischen Ersatzanspruch und ungerechtfertigter Bereicherung liegt. Soweit es hiernach zur Ersatzgewährung kommt, ergibt sich ein gegenseitiger Interessenausgleich; der Ersatzanspruch ist nicht bloß durch das Ereignis selbst, sondern auch durch einen wirklichen Schaden bedingt. Der die Gefahr tragende Verkäufer geht, soweit es der Einzelfall erfordert, des ihm zuwachsenden Vorteils ganz oder teilweise zugunsten des Käufers verlustig. Bei anderen Rechtsverhältnissen ist der Grundgedanke, daß der Erwerb des Vorteils im Zusammenhange steht mit der Tragung der Gefahr, gemildert durch die ratio bonae fidei et aequitatis, in der Regel maßgebend (1—10).

2. Gattungsschulden. a) Breslau 6. 3. 16, BreslauAK. 16, 65, LeipzZ. 16, 1501, OLG. 33, 211. § 281 ist auch auf Gattungsschulden anwendbar. Er steht in einem Titel, der die allgemeinen Vorschriften über die Verpflichtung zur Leistung enthält, und in dem sich auch Vorschriften über Gattungsschulden (§§ 243, 279) finden. Auch dem Begriffe der Gattungsschuld widerspricht die Anwendung des § 281 nicht; einmal tritt der Zeitpunkt ein, in dem der geschuldete Gegenstand aus der Gattung herausgehoben wird; dies kann schon vor Bewirkung der Leistung sein; läßt sich erkennen, welcher Teil der Gattung für die Leistung in Betracht kommt, dann läßt sich auch bestimmen, ob für den geschuldeten Gegenstand ein Ersatz erlangt ist, oder ein Anspruch auf einen solchen besteht.

b) Celle 27. 3. 16, LeipzZ. 16, 1057, R. 16, 502. § 281 bezieht sich auch auf Gattungsschulden.

c) Naumburg 7. 4. 16, DJZ. 16, 643. § 281 ist auf Gattungsschulden nicht anwendbar. Die Anwendung ist nicht angebracht gegenüber den Schwierigkeiten, die sich z. B. ergeben, wenn, was häufig der Fall ist, aus der Gattung an mehrere Käufer eine den Vorrat des Verkäufers übersteigende Menge geschuldet wird, und diese Leistungen noch zu verschiedener Zeit fällig werden.

d) **RG.** 13. 7. 16, JW. 16, 1333, WarnE. 16, 338. § 281 war vorliegend nicht anwendbar, weil eine Unmöglichkeit der Leistung nicht eingetreten war, da die auf Grund des Kriegsleistungsgesetzes erfolgte Beschlagnahme der Militärbehörde, auch soweit der Verkäufer auf Grund derselben an die Beschaffungsstelle geliefert hat, den Lieferungsanspruch des Käufers unberührt gelassen hat. Eine andere Beurteilung käme nur etwa dann in Frage, wenn zur Zeit der Beschlagnahme schon Konzentration des Schuldverhältnisses bezüglich der später tatsächlich an die Beschaffungsstelle gelieferten Ware eingetreten gewesen wäre.

e) **RG.** 30. 10. 16; 88, 287, JW. 16, 1529. § 281 gilt nicht für gewöhnliche Gattungsschulden. Für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist es entscheidend, daß der Schuldner denselben Gegenstand geschuldet haben muß, für den er Ersatz verlangte. Während der Ersatz immer für bestimmte, konkrete Sachen gewährt wird, kann man aber bei einer noch nicht nach § 243 Abs. 2 individualisierten Gattungsschuld nicht sagen, jene später ersetzten Sachen seien geschuldet gewesen. Die Identität ist hier begrifflich ausgeschlossen Auch eine entsprechende Anwendung des § 281 im Falle der Kriegsbeschlagnahme der geschuldeten Gattung ist nicht angängig.

3. v. Dassel, Zur Anwendung des § 281 auf Beschlagnahmen, JW. 16, 1398. Für den Anspruch aus § 281 ist es gleichgültig, ob und wer den Umstand, auf dem die Unmöglichkeit beruht, zu vertreten hat. Diese Vorschrift führt lediglich das Surrogationsprinzip für gewisse Fälle der Unmöglichkeit ein und läßt im übrigen die vertraglichen Rechte beider Parteien unberührt. Insbesondere ist für die Anwendung des § 254, der nur für Schadensersatzansprüche gilt, kein Raum. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Käufer oder Verkäufer sich um die Befreiung der Ware von der Beschlagnahme bemühen mußte und dies unterlassen hat. Eine solche Verpflichtung ist übrigens nicht anzuerkennen.

II. Kriegsrecht. 1. Anwendbarkeit im Falle der Beschlagnahme, Veräußerungsverbot wird bejaht. a) Celle 27. 3. 16, LeipzZ. 16, 1057, R. 16, 502. Der Mehrerlös, den der Verkäufer bei dem Verkaufe der beschagnahmten Ware an die Verwertungsgesellschaft erzielt, fällt unter § 281. Der bei diesem Verkaufe erzielte Preis ist jedenfalls die mittelbare Folge der Beschlagnahme. Er ist auch ein Ersatz für den geschuldeten Gegenstand, da es sich um einen Zwangsverkauf, um eine Art Enteignung handelt, die Entschädigungsgelder für einen enteigneten Gegenstand aber einen Ersatz für diesen bilden.

b) Hamburg 1. 2. 16, JW. 16, 444, LeipzZ. 16, 625, OLG. 32, 316, R. 16, 401, Nr. 627. Wird dem Verkäufer die Lieferung der Ware infolge von Kriegsbeschlagnahme unmöglich, dann kann der Käufer den dem Verkäufer bei der Beschlagnahme bezahlten Preis von ihm verlangen, er muß sich aber hiervon den nach dem Kaufvertrage von ihm zu entrichtenden Kaufpreis abziehen lassen.

c) Breslau 6. 3. 16, Breslau AK. 16, 55, LeipzZ. 16, 1501, OLG. 33, 211. Wenn der Verkäufer infolge militärischen Veräußerungsverbots nicht mehr an den Käufer liefern kann, dann ist dieser berechtigt, das, was von der Verwertungsstelle, an die der Verkäufer liefert, für die Leistung an diese gewährt wird, als Ersatz für den ihm geschuldeten Gegenstand zu verlangen. Ersatz kann auch in einem von anderer Seite geleisteten Entgelt bestehen. Diesen Ersatz erhält der Verkäufer auch auf Grund des Umstands, der die Leistung unmöglich macht. Zwar wird dem Verkäufer durch das Verbot nicht ohne weiteres ein Entgelt für seine Ware gewährt, aber es genügt, wenn die Erlangung des Ersatzes und der die Leistung unmöglich machende Umstand in ursächlichem Zusammenhange stehen, und dieser ist vorhanden, da in dem Verbote die Veräußerung an die Verwertungsstelle gegen Entgelt vorgesehen, in ihm also bereits die Wurzel des Entschädigungsanspruchs enthalten war. Die Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 281 bei Gattungsschulden, daß erkennbar ist, welcher Teil der Gattung für die Leistung an den Käufer in Betracht kommt, ist gegeben, wenn die Beteiligten beim Vertragsschlusse darüber einig waren, daß der Teil der Gattung, aus der der Verkäufer die Leistung an den Käufer zu wählen hatte, sein eigenes Erzeugnis ist, und sein gesamtes eigenes Erzeugnis von dem Verbote betroffen wird.

d) KG. 27. 5. 16, OLG. 33, 213. Der Verkäufer, der die Ware auf Grund des Höchstpreisgesetzes der Verwertungsgesellschaft überläßt, muß den bei diesem Kaufgeschäft erzielten Mehrerlös seinem Käufer herauszahlen. Dies Kaufgeschäft ist kein freier, auf der freien Entschlußfähigkeit des Verkäufers beruhender Verkauf, sondern der Verkäufer gibt unter dem Druck der ihm drohenden Enteignung das freiwillig, was ihm sonst zwangs-

weise genommen werden würde; ein solcher Zwangsverkauf steht aber wirtschaftlich in jeder Beziehung einer Enteignung gleich.

e) Posen 18. 1. 16, PosMSchr. 16, 14. Der Viehkäufer hat Anspruch auf den Mehrpreis, den der Verkäufer infolge der Hergabe des Viehs an die Militärbehörde gezahlt hat. Dies gilt nicht nur für die Enteignungsentschädigung, bei der der Erwerb des Ersatzanspruchs mit der Enteignung, die die Unmöglichkeit zur Lieferung herbeigeführt hat, unzweifelhaft im Zusammenhange von Ursache und Folge steht, sondern auch für die militärische Requisitionsentschädigung. Daß über die Höhe der Entschädigung eine gütliche Vereinbarung getroffen wird, ändert an ihrer Eigenschaft als Ersatzleistung nichts.

f) LG. Karlsruhe 31. 3. 15, JW. 16, 447, R. 16, 245. Im Falle der durch die Kriegsbeschlagnahme bewirkten Unmöglichkeit der dem Verkäufer obliegenden Leistung kann der Käufer die Vergütung beanspruchen, die die Militärbehörde an den Verkäufer bezahlt.

g) LG. Greiz 4. 1. 16, JW. 16, 354, R. 16, 199. Der Käufer einer beschlagnahmten Ware hat das Recht auf Herausgabe des durch die Lieferung des Verkäufers an die Militärverwaltung erzielten Mehrerlöses. Der erzielte Kaufpreis ist Ersatz für den geschuldeten Gegenstand. Der Ersatzgegenstand ist auch infolge der Beschlagnahme erlangt worden. Die Veräußerung an die Militärverwaltung allein unterbricht den Zusammenhang zwischen der Beschlagnahme und dem erlangten Erlöse nicht, da die abgeschlossenen Verkäufe unmittelbar auf die Beschlagnahme zurückzuführen sind. Daß der die Leistung unmöglich machende Umstand die ausschließliche Ursache für den erlangten Ersatz ist, ist nicht erforderlich.

h) LG. Posen 13. 3. 16, PosMSchr. 16, 87. Sind die verkauften Kartoffelflocken nach Abschluß des Vertrags auf Grund der VO. v. 25. Februar 1915 (RGBl. 118) beschlagnahmt, so muß der Verkäufer den von der Trockenkartoffelverwertungsgesellschaft gezahlten Mehrpreis dem Käufer herausgeben.

i) Lehmann, Die Kriegsbeschlagnahme, Jena 1916. Der Käufer hat im Falle der Unmöglichkeit an Stelle des weggefallenen Anspruchs auf die Leistung selber einen Anspruch auf Herausgabe der seinem Lieferanten gewährten Enteignungsentschädigung oder des ihm gezahlten Übernahmepreises. Die Enteignungsentschädigung ist ein infolge der Beschlagnahme erlangter Ersatz, und der Enteignung steht eine unter dem Druck der Verfügungsbeschränkung und der drohenden Enteignung mit obrigkeitlicher Preisfestsetzung stehende freiwillige Veräußerung wirtschaftlich gleich, so daß auch der hierbei erzielte Preis als Ersatz anzusehen ist. Dasselbe muß auch gelten, wenn die Beschlagnahmepraxis der Behörden eine freie Preisbildung, wirklichen Wettbewerb, nicht ausschließt, und im Falle des aus einem freiwillig abgeschlossenen Heereslieferungsvertrags erwachsenen Entgeltanspruchs; auch hier ist die Interessenlage in den entscheidenden wirtschaftlichen Punkten die gleiche, wie in den anderen Fällen; entscheidend ist, daß der Schuldner, der sich auf den befreienden Umstand beruft, dem Gläubiger auch die auf Grund desselben erlangten Vorteile gut bringen muß, die er ohne diesen nicht erlangt hätte, mag er auch den Umstand selbst herbeigeführt, die erzielten Vorteile durch seine geschäftliche Tätigkeit mitvermittelt haben; im Verhältnis zum Gläubiger hat er sich bezüglich des geschuldeten Gegenstandes bereits gebunden, und deshalb würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn er sein leistungsvereitelndes Verhalten auf der einen Seite zur Befreiung benutzen, auf der anderen den dadurch erzielten Gewinn behalten dürfte. Die Anforderungen an die Identität des befreienden und vorteilhaften Umstandes sind aus unbefangener wirtschaftlicher Betrachtung zu gewinnen; der Heereslieferungsvertrag und seine Erfüllung stellen aber wirtschaftlich eine Einheit dar. Wenn die Kaufpreisforderung auch in juristisch-technischem Sinne ein Ersatz oder Ersatzanspruch nicht ist, so hindert das nicht; denn das Gesetz hat auch hier den weiteren wirtschaftlichen Sinn im Auge, der die für einen aufgegebenen Gegenstand erlangten Gegenwerte mitumfaßt (38—48).

k) Werneburg, Zur Anwendbarkeit des § 281 bei Unmöglichkeit der Leistung wegen Beschlagnahme, LeipzZ. 16, 1086. Die Anwendbarkeit ist gegen Hamburg 1. 12. 15

— unten II 2a — zu bejahen. § 281, der nur von einem Ersatze und Ersatzanspruche, nicht aber von einem Schadensersatze spricht, und für den deshalb die für die Schadensersatzlehre aufgestellten Verursachungsgrundsätze nicht in Betracht kommen, verlangt keinen adäquaten Zusammenhang zwischen der Unmöglichkeit der Leistung und dem Erwerb des Vorteils. Es genügt, daß die Entstehung des Ersatzanspruchs eine notwendige Folge des die Unmöglichkeit veranlassenden Umstands ist, daß ohne diesen Umstand der Vorteilserwerb nicht eingetreten wäre. Derselbe Umstand, der die Leistung unmöglich macht, löst aber auch den Erwerb des Vorteils mit innerer juristischer Notwendigkeit aus; die Beschlagnahme ist Zwangsverkauf, steht im Ergebnisse einer Enteignung gleich; Ursache für das Entstehen des Ersatzanspruchs ist dieselbe Beschlagnahme, die dem Verkäufer die Leistung unmöglich macht. Der Kaufpreis, den der Verkäufer bei dem Zwangsverkauf erzielt, ist aber auch Ersatz für seine unmöglich gewordene Leistung.

2. Die Anwendbarkeit wird verneint. a) Hamburg (I. Sen.) 1. 12. 15, DJZ. 16, 738, HansGZ. 16, Hptbl. 42, JW. 16, 351, LeipzZ. 16, 626, OLG. 33, 210, R. 16, 92, 199, 460. Der Käufer einer beschlagnahmten Ware kann von dem Verkäufer nicht Erstattung des Gewinns verlangen, den dieser durch den Verkauf der Ware an die Militärverwaltung erzielt hat. Die von dem Verkäufer hierbei erreichten Mehrpreise sind nicht die adäquate Folge der Beschlagnahme, sondern nachträglich getätigter Abschlüsse mit der Militärbehörde. Der erzielte Kaufpreis ist aber auch nicht Ersatz, sondern Äquivalent. Unter Ersatz alles das zu verstehen, was wirtschaftlich an die Stelle des geschuldeten Gegenstands getreten ist, verbietet der Sprachgebrauch des BGB., der zwischen dem „Ersatz" eines zu einer Vermögensmasse gehörigen Gegenstands und dem „Erwerb" durch ein auf diese sich beziehendes Recht unterscheidet (vgl. §§ 1370, 1473 Abs. 1, 1524 Abs. 1, 1638 Abs. 2, 2111 Abs. 1, 2374).

b) Dresden 29. 3. 16, DJZ. 16, 908, SächsRpflA. 16, 242. Die bei der Weiterveräußerung beschlagnahmter Vorräte an die Heeresverwaltung erzielten Mehrpreise sind nicht „infolge" der Beschlagnahme erzielt, da sie nicht die adäquate Folge der nur die Bedeutung eines Veräußerungsverbots habenden Beschlagnahme, sondern nachträglich getätigter Abschlüsse mit der zum Ankaufe nicht verpflichteten Militärbehörde sind. Sie sind auch kein „Ersatz" für den geschuldeten Gegenstand. Darunter kann der Kaufpreis nicht verstanden werden. Daß er wirtschaftlich an die Stelle des geschuldeten Gegenstands getreten ist, genügt noch nicht, um ihn als „Ersatz" anzusehen.

c) Korsch a. a. O. Bei der Enteignung und der Kriegsbeschlagnahme ist der geschuldete Gegenstand nur das veranlassende, das preiserzeugende Element ist dagegen die Tätigkeit des Schuldners, deshalb gehen die Enteignungssummen und die Übernahmepreise aus Beschlagnahmen den Gläubiger nichts an (10—15).

d) Grabner, Das Schicksal des Mehrpreises bei der Beschlagnahme, SächsRpflA. 16, 169. Der Mehrpreis, den der Verkäufer bei der Beschlagnahme von der Behörde erhält, ist kein Ersatz, sondern Gewinn. Ersatz tritt an Stelle einer Sache, Gewinn tritt neben eine Sache oder einen Ersatz. Nur soweit der Beschlagnahmepreis den ersten Kaufpreis deckt, liegt Ersatz vor, und kommen §§ 281, 323 Abs. 2 zur Anwendung. Den Gewinn kann aber der Käufer weder auf Grund dieser Bestimmungen, noch auf Grund einer besonderen Vorschrift des Kaufrechts verlangen, insbesondere steht § 446 Abs. 1 Satz 2 einer solchen Annahme entgegen.

3. v. Dassel, Zur Anwendung des § 281 auf Beschlagnahmen, JW. 16, 1398. Hat der Verkäufer seine ganze Jahreserzeugung verkauft und nach der Beschlagnahme den Rest derselben in Teilmengen zu verschiedenen Preisen an die Bezugsvereinigung, zu deren Gunsten die Beschlagnahme erfolgt ist, abgegeben, und sind diese Preise teils höher, teils geringer, als der vereinbarte Kaufpreis, dann kann der Käufer nicht lediglich die Mehrpreise für die teurer verkauften Mengen beanspruchen, ohne die geringeren Preise in Abzug zu bringen. Denn da der von dem Verkäufer geschuldete Gegenstand die ganze Jahresmenge

war, kann als Ersatz im Sinne des § 281 nur der Geldbetrag in Frage kommen, den er insgesamt für die an die Bezugsvereinigung gelieferte Menge erhalten hat.

§ 282.

Friedrichs, 47. Die Vorschriften der §§ 282—292 sind auch auf den Anspruch auf Rückzahlung öffentlicher Abgaben, einerlei ob der Rechtsweg gegeben ist oder nicht, anwendbar, sofern die Abgaben keiner besonderen Veranlagung bedürfen. Wo die Abgabenpflicht erst durch die Veranlagung durch die Behörde entsteht, entsteht der Anspruch auf Rückzahlung erst mit der Aufhebung der Veranlagung; von da ab kann ein Verzug der Behörde eintreten. In Preußen hat der Abgabenpflichtige keine Verzugszinsen zu zahlen.

§ 283.

RG. 19. 2. 16, JW. 16, 831, R. 16, Nr. 1471. Angesichts des § 283 müssen alle Geschehnisse, die an sich geeignet wären, die Schadensersatzforderung rechtlich zu beeinflussen, insoweit außer Betracht bleiben, als sie in die Zeit vor Schluß der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung fallen, auf welche das rechtskräftig gewordene Urteil ergangen ist. Ist durch dies Urteil der Einwand des eigenen Verschuldens des Klägers aus § 254 für unbegründet erklärt worden, dann kann dem auf Grund des § 283 Abs. 1 erhobenen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung auf Grund des gleichen Tatbestands der Einwand des eigenen Verschuldens nicht entgegengesetzt werden. Denn die durch das Urteil des Vorprozesses geschaffene Rechtskraft erstreckt sich auch auf den gemäß § 283 an die Stelle des Anspruchs auf die ursprüngliche Leistung getretenen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

§ 284.

1. **RG.** 18. 11. 15, LeipzZ. 16, 382. Der Verkäufer gerät durch seine endgültige und bestimmte Erklärung, nicht leisten zu können, auch dann, wenn er vorleistungspflichtig ist, ohne weiteres und ohne daß es einer Tätigkeit des Käufers bedarf, in Verzug. Der Vertragsteil, der sich von seiner Verpflichtung lossagt, setzt sich dadurch selbst in Verzug.

2. Stuttgart 23. 5. 16, R. 16, Nr. 1267. Verlangt der Gläubiger von dem Schuldner, der an seinem Wohnsitz eine Ware zu übergeben verpflichtet ist, die Übersendung der Ware, dann liegt eine ungültige und deshalb wirkungslose Mahnung vor. Um eine Zuvielforderung, die unter Umständen den Verzug begründen könnte, handelt es sich nicht.

3. Oertmann, Noch einmal die Einwirkung von Höchstpreisen auf laufende Verträge, JW. 16, 247. Der Käufer gerät nicht dadurch allein in Verzug, daß er die Auszahlung des vor Eintritt desselben abgesandten Kaufpreises durch gegenteilige Anweisung an die Post hintanhält, um das Geschäft der Einwirkung des Höchstpreises zu unterwerfen. Von einer „Selbstmahnung des Schuldners" (Zitelmann, Festschrift f. Krüger, 282ff.) kann hier nicht gesprochen werden.

4. Kiel 27. 5. 15, SchlHolstAnz. 16, 154. Die Festsetzung der Erfüllungszeit kann durch Festsetzung eines Zeitpunkts, eines Kalendertags (Termins) oder auch eines Zeitraums (Frist) erfolgen. Der letzte Tag der Frist ist dann der Tag, an dem spätestens die Leistung erfolgen muß. Einer Mahnung bedarf es nicht mehr; denn der Verkäufer weiß, wann er spätestens zu liefern hat.

5. Heine, Verzug des inländischen Schuldners einer Auslandsforderung unter der Herrschaft der BRVO. v. 7. 8. 14, LeipzZ. 16, 216. Die BRVO., die lediglich prozeßrechtlichen Charakter hat, schließt den Verzug des Schuldners nicht aus.

6. Werneburg, Der Prämienzahlungsverzug des Versicherungsnehmers unter Berücksichtigung der Kriegslage, HoldheimsMSchr. 16, 147. Eine Mahnung des Versicherers liegt von selbst in der Fristbestimmung nach § 39 VVG. Voraussetzung des Verzugs des Versicherungsnehmers ist im Falle des § 30 VVG. weiter, daß ihm von dem Versicherer eine schriftliche Anzeige gemäß dieser Vorschrift gemacht wird.

7. Über Leistungsverzug des Käufers nach österreichischem Recht: Adler, Über den Einfluß des Kriegs auf Lieferungsverträge, GrünhutsZ. 42, 137 ff.

8. *Klein, ÖstZBl. 34, 564/5 schlägt vor, in das Ungar. ABGB. folgende Bestimmung aufzunehmen: „Der Mahnung steht die Selbstmahnung des Schuldners gleich."

§ 285.

1. RG. 18. 1. 16, DJZ. 16, 340, LeipzZ. 16, 750, R. 16, Nr. 621. Macht der Zwischenhändler beim Vertragsschlusse den Vorbehalt des rechtzeitigen Eingangs des Rohstoffs und des Nichteintretens etwaiger Schwierigkeiten in der Fabrikation, und geht der Käufer hierauf ein, dann stellt dieser Vorbehalt eine von dem Zwischenhändler „weiter gegebene" und von dem Käufer als solche erkannte und gutgeheißene „Fabrikationsklausel" (Freizeichnungsklausel des Fabrikanten) dar. In der Weitergabe des Vorbehalts des Fabrikanten liegt die unzweideutige Erklärung des Zwischenhändlers, daß er, gleich seinem Lieferanten, nur zur Lieferung einer aus dessen Fabrik herrührenden Ware verpflichtet und auch von der Erfüllung dieser Verpflichtung so lange befreit sein will, wie der Lieferant wegen nicht rechtzeitigen Eingangs des Rohstoffs oder wegen etwaiger Schwierigkeiten in der Fabrikation nicht an ihn zu liefern braucht. Der Zwischenhändler gerät daher, nicht in Verzug, wenn sein Fabrikant wegen nicht rechtzeitigen Eingangs des Rohstoffs und wegen Schwierigkeiten in der Herstellung der Ware zur Weiterlieferung noch nicht imstande gewesen ist. Die Annahme, er habe sich die Ware binnen angemessener Zeit beschaffen und liefern müssen, ist nicht zutreffend.

2. RG. 29. 2. 16, LeipzZ. 16, 1292. Den mit der Zinszahlung in Rückstand geratenen Schuldner trifft kein Verschulden, wenn es sich um einen geringen Betrag für eine kürzere Zeit als ein Vierteljahr handelt, er diesen mit den demnächst fälligen Vierteljahrszinsen an den Gläubiger abführen will und dies für richtig hält, und er aus dem Verhalten des Gläubigers, der ihn nicht mahnt, annehmen darf, daß dieser auf die Mitbezahlung der Zinsen erst mit den nächsten Vierteljahrszinsen rechnet.

3. Oertmann, Noch einmal die Einwirkung von Höchstpreisen auf laufende Verträge, JW. 16, 247. Die Nichtzahlung des Kaufpreises ist auch dann von dem Käufer zu vertreten, wenn er die Ware zur Weiterveräußerung bestellt hatte und nun, an den inzwischen eingeführten Höchstpreis gebunden, schlecht abschneidet.

4. RG. 22. 12. 15, R. 16, Nr. 647. Durch Unterlassung der Hinterlegung, wenn der Aufenthaltsort des Gläubigers unbekannt ist, kommt der Schuldner nicht in Verzug, da § 372 ihm nur ein Recht gewährt, keine Verpflichtung für ihn begründet (RG. 61, 250), und deshalb aus dem Umstande, daß er diese Erfüllungsart nicht gewählt hat, gegen ihn keine Pflichtverletzung hergeleitet werden darf.

5. Hamburg 16. 6. 14, OLG. 33, 207. Derjenige, der eine Auflassung zu erteilen hat, hat sich bezüglich der hierfür erforderlichen Ausweispapiere so einzurichten, daß er den weitgehendsten Anforderungen des Grundbuchamts genügt. Doch kann ein Verschulden verneint werden, wenn er sich von dem mit den einschlägigen Verhältnissen genau bekannten Notar hat beraten lassen und dessen Rat gefolgt ist.

6. Werneburg, Der Prämienzahlungsverzug des Versicherungsnehmers, HoldheimsMSchr. 16, 147. Bloßes Unvermögen zur Leistung, also Mangel an flüssigen Geldern, begründet nicht ein Nichtverschulden auf seiten des Versicherungsnehmers (vgl. RG. 75, 335).

§ 286.

1. a) LG. I Berlin 9. 11. 15, KGBl. 16, 9. Bei gegenseitigen Verträgen ist § 286 Abs. 1 nur mit der aus § 326 Abs. 1 ersichtlichen Maßgabe anwendbar, daß, sofern nicht der Fall des § 326 Abs. 2 vorliegt, der Schadensersatzanspruch an die vorgängige, mit der vorgeschriebenen Erklärung verbundene Bestimmung einer angemessenen Frist und an den fruchtlosen Ablauf dieser Frist geknüpft ist.

b) Über das Verhältnis des § 286 zu § 326 siehe weiter: § 326, I 1.

2. Oertmann, Noch einmal die Einwirkung von Höchstpreisen auf laufende Verträge, JW. 16, 247. Für den Gläubiger (Verkäufer) ist auch das ein Schaden, daß das Geschäft infolge der Nichtleistung des Schuldners in der Schwebe geblieben und somit der Einwirkung des Höchstpreises ausgesetzt werden ist (VO. 11. 11. 15). Siehe auch: § 433, II 4.

3. Heine, Verzug des inländischen Schuldners einer Auslandsforderung unter der Herrschaft der BRVO. v. 7. 8. 14, LeipzZ. 16, 216. Gerät der inländische Schuldner durch Nichtzahlung einer vor Kriegsausbruch fällig gewordenen, in Schweizer Währung ausgedrückten Geldschuld in Verzug, dann hat er dem Gläubiger Ersatz des Schadens zu leisten, der dem Gläubiger dadurch erwachsen ist, daß infolge des Kriegs der Kurs des Schweizer Franken gestiegen ist. Es handelt sich bei dieser Kursdifferenz um entgangenen Gewinn d. h. um einen solchen, der nach den besonderen Umständen, die hier in dem Kriegsausbruch und der Neutralität der Schweiz zu erblicken sind, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Daher ist § 252 anwendbar.

4. Hamburg 20. 11. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 25, R. 16, Nr. 201. Hat der Schuldner bereits vor der Fälligkeit die Erfüllung geweigert, dann ist die Schadensberechnung doch erst auf den Zeitpunkt des Eintritts des Verzugs abzustellen. Denn für die ihm vorausgehende Zeit begründet der Verzug einen Schadensersatzanspruch nicht (RG. 70, 132).

5. Stuttgart 18. 4. 16, R. 16, Nr. 910. Zum ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Schaden des Gläubigers und dem Verzug des Schuldners genügt es nicht, daß ohne den Verzug der Schaden nicht eingetreten wäre.

6. Hamburg 24. 11. 15, R. 16, 80. Auch der Schaden, der dem Käufer dadurch entsteht, daß er infolge des Kriegs die gekaufte Ware nicht so verwerten kann, wie im Frieden, steht im ursächlichen Zusammenhange mit dem bereits vor Ausbruch des Kriegs eingetretenen Verzuge des Verkäufers in der Lieferung der Ware und ist von diesem zu ersetzen.

Zweiter Titel. Verzug des Gläubigers.

§ 293.

1. Lazar, 66, 71. Annahmeverzug und Vorbereitung zur Leistung. Befindet sich der Gläubiger in Annahmeverzug, dann schuldet er stets Ersatz für die Vorbereitungen des Schuldners.

2. *Dickel, Forstzivilrecht 374 nennt den Gläubigerverzug, da er nicht Verschulden voraussetzt: „Verspätung“.

3. Über den Gläubigerverzug des Käufers nach österreichischem Recht: Adler, Über den Einfluß des Kriegs auf Lieferungsverträge, GrünhutsZ. 42, 137ff.

§ 297.

RG. 20. 11. 15, SchlHolstAnz. 16, 11. Der Käufer eines Grundstücks hat vor der Auflassung keinen Anspruch darauf, daß der Verkäufer die von ihm nicht zu übernehmenden Hypotheken beseitigt, und er hat daher auch kein Recht, wegen der noch nicht erfolgten Wegschaffung der Hypotheken vom Auflassungstermin wegzubleiben, falls er nicht behaupten und beweisen kann, daß der Verkäufer zur rechtzeitigen Wegschaffung außerstande sei. Hierfür hat er die Beweislast (**RG.** 50, 261).

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags.

§ 306.

I. 1. a) **RG.** 10. 5. 16, R. 16, Nr. 1859. §§ 306, 307 beziehen sich nicht auf die subjektive Unmöglichkeit, das Unvermögen des Schuldners zur Leistung, sondern haben eine objektive Unmöglichkeit, eine Unmöglichkeit für jedermann, zur Voraussetzung (**RG.** 69, 356; 81, 61; JW. 05, 171). Sie sind deshalb nicht anwendbar, wenn die Unmöglichkeit zur Errichtung eines Wohnhauses in bestimmter Zeit nur darauf beruhen soll,

daß wegen der schlechten Beschaffenheit des Baugrunds das vorhandene Kapital und das von einem Dritten zur Verfügung gestellte Baugeld zur Fertigstellung des Hauses innerhalb der Frist nicht ausreichten.

b) **RG.** 7. 4. 16, R. 16, Nr. 1268. Der Werkvertrag über den Bau eines Wohnhauses, dessen Errichtung ohne Ansiedlungsgenehmigung verboten ist, ist auf eine objektiv rechtlich unmögliche Leistung gerichtet, wenn schon beim Abschlusse des Vertrags die Genehmigung endgültig versagt ist. Dagegen liegt eine solche Unmöglichkeit nicht vor, wenn für diesen Zeitpunkt nur ungewiß ist, ob die Ansiedlungsgenehmigung zu erlangen ist, sie also noch beschafft werden kann.

2. **RG.** 9. 5. 16, R. 16, Nr. 1472, WarnE. 16, 255. Der Pachtvertrag, durch den das Rudern auf einem See in Preußen verpachtet wird, ist als auf eine unmögliche Leistung gerichtet nichtig, da das Rudern Gemeingebrauch ist.

3. a) **RG.** 27. 11. 15, JW. 16, 271, R. 16, Nr. 23, WarnE. 16, 71. Ein Lizenzvertrag, der über ein nachträglich wegen Nichtneuheit für ungültig erklärtes Gebrauchsmuster abgeschlossen ist, ist nicht als von Anfang an nichtig zu behandeln.

b) München 16. 1. 15, OLG. 33, 262. Ein Kaufvertrag über ein Gebrauchsmuster hat einen unmöglichen Inhalt nur dann, wenn das Gebrauchsmuster von Anfang an überhaupt nicht schutzfähig ist, weil es keinen schutzfähigen Gedanken, keine neue Anordnung usw. enthält, die dem Gebrauchszweck dienen kann. Nur in diesem Falle ist § 306 anwendbar, nicht aber, wenn das Muster an sich eintragungsfähig war und nur nachträglich wegen Verletzung der Rechte Dritter wieder zu löschen ist (**RG.** 68, 292; 78, 12). Denn dann ist es wenigstens tatsächlich geschützt und insofern ein wirtschaftliches Gut, dessen Gewährung eine mögliche Vertragsleistung bildet.

II. Kriegsrecht. LG. Königsberg 10. 2. 16, JW. 16, 871. Ein Mietvertrag ist nicht deshalb nichtig, weil vor seinem Abschlusse, ohne daß ein allgemeines Zuzugsverbot bestanden hätte, der Gouverneur der Festung ein Gesuch des Mieters um Gestattung des Zuzugs abschlägig beschieden hat. Eine objektive, für jedermann bestehende Unmöglichkeit, die Wohnung zu beziehen, die für die Anwendung des § 306 vorausgesetzt wird, liegt nicht vor, sondern nur eine subjektive, die an der Gültigkeit des Vertrags nichts ändert.

§ 307.

RG. 10. 5. 16, R. 16, Nr. 1859. Unter der objektiven Unmöglichkeit, die § 307 voraussetzt, — vgl. § 306, I 1a, — ist dauernde Unmöglichkeit zu verstehen (vgl. JW. 05, 388).

§ 311.

Dresden 18. 11. 15, SächsOLG. 37, 308. Die Vorschrift des § 518 Abs. 2 ist auf Verträge über Schenkung eines Vermögens nicht ausgedehnt.

§ 313.

Schrifttum: Oertmann, Heilung der Formungültigkeit nach § 313 Satz 2 BGB., ZBlFG. 16, 598.

I. Allgemeine Bedeutung.

1. **RG.** 22. 1. 16, BayRpflZ. 16, 151, LeipzZ. 16, 535. § 313 beschränkt den Grundstückseigentümer nur hinsichtlich der Form, nicht hinsichtlich des Inhalts des abzuschließenden Vertrags; er bestimmt nichts darüber, welchen Inhalt ein Vertrag oder ein Vertragsangebot haben muß, um rechtswirksam zu sein. Aus ihm ergibt sich nicht, daß ein Verkaufsangebot, das das Grundstück nicht bestimmt bezeichnet, unwirksam wäre.

2. BayObLG. 21. 2. 16, LeipzZ. 16, 825, ZBlFG. 17, 29. Wenn der übereinstimmende Wille der Vertragschließenden auf die übergebene und in Besitz genommne Fläche gerichtet ist, über den Gegenstand des Kaufgeschäfts also ein Irrtum nicht obwaltet, dann ist die irrtümliche unrichtige Bezeichnung des Gegenstands in der Urkunde unschädlich und beeinträchtigt die Gültigkeit des Kaufvertrags nicht (vgl. JW. 04, 58).

II. Formzwang.

1. RG. 2. 6. 16, LeipzZ. 16, 1173, WarnE. 16, 453. Ein Gesellschaftsvertrag, der auf die gemeinschaftliche Weiterveräußerung bereits im Eigentum der Gesellschafter stehender Grundstücke gerichtet ist, unterliegt der Formvorschrift, da sich in ihm die Verpflichtung der Gesellschafter, das Eigentum auf die Gesellschaft oder einen Dritten zu übertragen, nur aus dem Vertrage selbst herleiten läßt.

2. Hamburg 14. 7. 16, HansGZ. 16, Beibl. 305, JW. 16, 1549. Der Vertrag, durch den sich der Eigentümer von Grundstücken gegen eine Gegenleistung verpflichtet, das Eigentum an den Grundstücken, den Weisungen einer zum Zwecke der Verwaltung und Verwertung desselben gegründeten Gesellschaft entsprechend, an von dieser zu bestimmende dritte Personen zu übertragen, unterliegt der Form des § 313.

3. Colmar 5. 3. 15, ElsLothJZ. 16, 168, ZBlFG. 17, 30. Enthält ein Gelegenheitsgesellschaftsvertrag die Vereinbarung, daß ein Gesellschafter dem anderen gegenüber zur Weiterveräußerung eines ihm gehörigen Grundstücks verpflichtet sein soll, dann unterliegt der ganze Vertrag der Form des § 313; anderenfalls ist er seinem ganzen Inhalt nach nichtig. Auch die Vereinbarung, daß jemand an der Verwertung eines Grundstücks zu einem gewissen Anteile beteiligt bleiben soll, bedarf der Form des § 313, da durch sie eine, wenn auch nur unter gewissen Umständen eintretende Verpflichtung zur Veräußerung des Grundstücks begründet werden soll.

4. München 20. 6. 16, LeipzZ. 16, 1202. Eine Vereinbarung, die Verschaffung des Eigentums an einem in einer Zwangsversteigerung anzusteigernden Grundstücke bezweckt, bedarf der Form des § 313.

5. RG. 19. 6. 15, JW. 16, 391/395. Zur Gültigkeit eines Vertrags, der die bedingte Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke begründet, bedarf es der Form des § 313.

6. RG. 26. 6. 16, LeipzZ. 16, 1308. Für die Anwendbarkeit des § 313 ist es unwesentlich, ob die Verpflichtung übernommen wird, das Grundstück dem Vertragsgegner oder einem Dritten zu übertragen (RG. 50, 165; 81, 50). Daher bedarf ein Ausstattungsvertrag der Eltern zugunsten ihrer verlobten Kinder, in dem der Vater des Bräutigams die Zahlung einer Geldsumme verspricht gegen das Versprechen der Mutter der Braut, dieser den Gutshof zu übertragen, der Form des § 313.

7. RG. 8. 1. 16, LeipzZ. 16, 739, ZBlFG. 17, 30. Der Vertrag, durch den sich der eine Teil dem anderen gegenüber verpflichtet, von seinem Gelände gewisse Parzellen als Straßen- und Platzland an die Gemeinde lasten- und kostenfrei aufzulassen, sobald diese ein diesbezügliches Ersuchen an ihn stellen wird, bedarf der Form des § 313.

8. RG. 2. 10. 15, LeipzZ. 16, 221, ZBlFG. 16, 617. Die Erklärung des Käufers, er erkenne das Bestehen der Restkaufpreisschuld aus dem Verkaufe des Grundstücks des Verkäufers an, bedarf zu ihrer Gültigkeit der Form des § 313, da dem Formzwang alle Bestandteile des die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke betreffenden Vertrags, also auch die Übernahme der Gegenleistung durch den anderen Teil, unterstehen.

9. RG. 30. 5. 16, R. 16, Nr. 1860. Der Vertrag, durch den sich ein Teilhaber einer Gemeinschaft an Grundstücken verpflichtet, dem anderen bezüglich des Grundstücks, dessen Alleineigentümer er später werden soll, schon vor der Umschreibung eine Generalvollmacht auszustellen, die ihn in die Lage setzen soll, über das Grundstück wie ein Eigentümer zu verfügen, es zu belasten, zu veräußern, über die Kaufpreise und die von den Käufern zu bestellenden Hypotheken zu verfügen, ist auf die Veräußerung des Miteigentumsanteils des einen Teilhabers an dem Grundstücke gerichtet (vgl. RG. 76, 183; 79, 212; 81, 49) und bedarf daher der Form des § 313.

10. BayObLG. 21. 2. 16, R. 16, Nr. 912. Aus der Kenntnis der Tatsache, daß von einem Dritten Eigentumsansprüche auf das Grundstück erhoben werden, ist auf den

Mangel des Willens der Vertragschließenden, Eigentum zu übertragen und zu erwerben, nicht mit Notwendigkeit zu schließen.

III. Kein Formzwang.

1. RG. 19. 6. 15, JW. 16, 391. Wenn das Berufungsgericht angenommen hat, es liege ein sofort wirksamer Kaufvertrag nicht vor, obwohl sich der Kläger zu einer Anzahlung auf den Kaufpreis, zur Entrichtung von Zinsen von der Kaufsumme und zur Zahlung der Grundlasten verpflichtet hat, unter gewissen Voraussetzungen der Kaufpreisrest fällig und vollstreckbar sein sollte, der Kläger sich in den Besitz des Grundstücks gesetzt, dies als sein Eigentum gebucht und es zu verpachten gesucht, und der Beklagte die Veräußerung des Grundstücks bekannt gegeben und die Anzahlung des Klägers als Gewinn verrechnet hat, so ist dies nach Lage der Sache nicht zu beanstanden.

2. RG. 19.5 16, BayNotZ. 16, 397, WarnE. 16, 352. Ein Vertrag, durch den sich mehrere zu einer Gesellschaft zusammentun, um durch Erwerb und Parzellierung des Grundstücks eines Dritten gemeinschaftlichen Gewinn zu erzielen, ist an die in § 313 bestimmte Form nicht gebunden (RG. 68, 260, JW. 09, 160, 656, 722, LeipzZ. 09, 764; 11, 215).

3. RG. 2. 6. 16, LeipzZ. 16, 1173, WarnE. 16, 453. Ein auf den Erwerb von Grundstückseigentum zum Zwecke der Weiterveräußerung gerichteter Gesellschaftsvertrag bedarf der Form des § 313 selbst dann nicht, wenn dieser Zweck im Vertrage dadurch zum Ausdruck gelangt, daß die Verpflichtung zur Weiterveräußerung besonders erwähnt wird; denn hier ist die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums lediglich die gesetzliche Folge (§§ 713, 667) des dem Vertrage entsprechend vorgenommenen Eigentumserwerbs (RG. 54, 75; GruchotsBeitr. 52, 660, WarnE. 08, 20; JW. 09, 160, 656, 722).

4. München 20. 6. 16, LeipzZ. 16, 1202. Wenn vereinbart ist, daß die eine Vertragspartei für den Übergang des Eigentums an einem in einer Zwangsversteigerung anzusteigernden Grundstück „zu sorgen" habe, dann bildet nicht der Eigentumsübergang, sondern eine Geschäftsbesorgung den Gegenstand des Vertrags (RG. 54, 78; 77, 132).

5. RG. 11. 2. 16, DNotV. 16, 625. Die Abtretung des durch einen Grundstücksveräußerungsvertrag begründeten schuldrechtlichen Anspruchs auf Auflassung bedarf nicht der Form des § 313 (RG. 53, 268), um so weniger bedarf es dieser Form bei dem vertraglichen Angebot über die Abtretung solcher Rechte.

6. RG. 29. 4. 16, R. 16, Nr. 1269. Neben einem formgerechten Grundstücksveräußerungsvertrag kann ein zwar mit Bezug auf den bevorstehenden Kaufvertrag abgeschlossener, aber selbständig neben ihm stehender Vertrag bestehen, z. B. ein Gewährvertrag dahin, daß der Verkäufer dafür einzustehen hat, daß auf das verkaufte Grundstück Straßenbaukosten nur in bestimmter Höhe entfallen. Ein solcher Vertrag unterliegt dann der Form des § 313 nicht.

IV. Umfang des Formzwangs. Nebenabreden und Nachträge.

1. RG. 19. 6. 15, JW. 16, 391/395. Zur Gültigkeit der vertragsmäßigen Übernahme der Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke ist erforderlich, daß die Vertragserklärungen von beiden Vertragschließenden in der Form des § 313 abgegeben werden, also auch die von dem Käufer zu erklärende Annahme der Verpflichtungsübernahme. Eine solche Erklärung muß jedoch nicht notwendig das Wort „annehmen" enthalten. Vielmehr genügt auch eine sonstige in der Vertragsurkunde abgegebene Erklärung, wenn sie erkennbar den Willen des Erklärenden zum Ausdruck bringt, die von dem Vertragsgegner abgegebene Vertragserklärung anzunehmen.

2. RG. 27. 5. 16, R. 16, Nr. 1861, WarnE. 16, 392. Dem Formzwang unterliegen die sämtlichen Abreden, die nach der Ansicht der Parteien einen Bestandteil des die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück begründenden Ver-

tragsverhältnisses ausmachen sollen, insbesondere auch die Vereinbarungen über die Art und Weise der Belegung und Tilgung des Kaufpreises, und zwar auch dann, wenn durch Abreden, die nach dem Abschlusse des Vertrags, aber vor Erfüllung der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung getroffen werden, eine Abänderung der ursprünglich getroffenen Vereinbarungen dieser Art vereinbart wird (**RG.** 51, 180; 65, 390; 76, 33, JW. 04, 55, 07, 508, WarnE. 09, 69; 11, 356).

3. **RG.** 3. 6. 16, LeipzZ. 16, 1293. Eine vertragsmäßige Zusicherung, die wesentlicher Bestandteil des Kaufvertrags sein würde, bedarf der Form des § 313. Enthält die notarielle Urkunde von einer solchen nichts, dann hat die Annahme einer vertragsmäßigen Zusicherung zur Voraussetzung, daß festgestellt wird, daß das in dieser Hinsicht mündlich Vereinbarte neben den Bestimmungen in der Urkunde gelten soll. Der Mangel der Form kann durch die spätere Auflassung geheilt werden, vorausgesetzt, daß noch zu dieser Zeit unter den Vertragschließenden Willensübereinstimmung über die Zusicherung besteht.

4. Hamburg 22. 5. 16, HansGZ. 16, BBl. 208. Auch nachträgliche Abänderungen eines Grundstücksveräußerungsvertrags bedürfen der gerichtlichen oder notariellen Form.

V. Wirkung der Beobachtung der Form.

RG. 22. 1. 16, BayRpflZ. 16, 151, LeipzZ. 16, 535, R. 16, Nr. 810, ZBlFG. 17, 31. Ein gehörig beurkundeter Vertrag, durch den sich der Grundstückseigentümer zur Veräußerung an eine von dem anderen Vertragsteile zu benennende dritte Person verpflichtet, ist an sich rechtswirksam. Allerdings würde eine Bindung des Eigentümers den guten Sitten widersprechen und der Wirksamkeit entbehren, wenn das Angebot den Inhalt haben würde, daß der Vertrag ohne Rücksicht auf dessen Wesen und Zweck mit jedem beliebigen zu bezeichnenden Dritten zustande kommen sollte; aber regelmäßig wird eine Auslegung nach §§ 133, 157 dazu führen, daß als Vertragsgegner nur eine Person angenommen zu werden braucht, die nach Wesen und Zweck des Vertrags dafür in Betracht kommen kann.

VI. Satz 2.

1. **RG.** 29. 1. 16, LeipzZ. 16, 813, R. 16, Nr. 911. Die Auflassung bzw. deren Entgegennahme, die vom Gesetze als Erklärung aufgefaßt wird, den Vertrag so, wie er abgeschlossen ist, erfüllen zu wollen, und vom Gegner so verstanden werden darf, hat in Verbindung mit der Eintragung im Grundbuche heilende Kraft hinsichtlich des gesamten Vertragsinhalts, über den eine Willenseinigung zustande gekommen ist. Auf den inneren Willen der bei der Auflassung Beteiligten kommt es nicht an, und deshalb auch nicht darauf, ob sie von den durch Bevollmächtigte vereinbarten Bedingungen keine Kenntnis haben. Einer besonderen Feststellung, daß die Parteien an den Vertragsbedingungen zur Zeit der Auflassung festhalten wollen, bedarf es nur in solchen Fällen, wo es sich um formlos erweiterte Nebenabreden eines formgerecht abgeschlossenen Vertrags handelt, nicht aber, wenn Vereinbarungen in Frage stehen, die in die den Inhalt des gesamten Vertrags wiedergebende schriftliche Vertragsurkunde aufgenommen worden sind.

2. München 10. 2. 16, OLG. 33, 216, SeuffA. 71, 221. Wohl muß zur Heilung nach § 313 Satz 2 noch die Eintragung im Grundbuche hinzutreten. Diese selbst aber ist ein äußerlicher, in vieler Hinsicht vom Willen der Beteiligten losgelöster Vorgang. Die dingliche Bindung erfolgt mit der Auflassung. In diesem Augenblick muß der Wille der Beteiligten übereinstimmend dahin gehen, den Vertrag seinem ganzen Inhalt nach zur Ausführung zu bringen. Ein späterer einseitiger Widerruf hindert die Heilung nicht und kann nicht mehr berücksichtigt werden.

3. Hamburg 22. 5. 16, HansGZ. 16, Bbl. 208. Eine Vermutung dafür, daß der Inhalt einer nachträglichen Vereinbarung zu einem Grundstücksveräußerungsvertrag zur Zeit der Auflassung auch gewollt ist, besteht nicht (WarnE. 09, 319).

4. **RG.** 26. 10. 15, BayRpflZ. 16, 32, R. 16, Nr. 24. Der Formmangel wird nicht dadurch geheilt, daß zunächst mit der Eintragung der Kaufgeldshypothek der Besitztitel

für den Käufer im bayrischen Hypothekenbuch berichtigt und später bei Anlegung des Grundbuchs der Erwerber als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuche eingetragen wird.

5. RG. 29. 1. 16, LeipzZ. 16 813, R. 16, Nr. 914, ZBlFG. 17 30. Durch die Auflassung und Eintragung wird nur der Mangel der in § 313 vorgesehenen Form geheilt, nicht auch der Mangel einer Form, die durch andere Gesetze, z. B. § 56 Nr. 8 Preuß. StädteO., vorgeschrieben ist.

6. Oertmann, Die Heilung des ohne Beobachtung der Form geschlossenen Grundstücksveräußerungsvertrags ist nicht Bestätigung eines nichtigen Geschäfts. Auch aus dem Gesichtspunkte der Erfüllung ist die Heilwirkung nicht abzuleiten. Weiter ist die Annahme einer natürlichen Verbindlichkeit als Wirkung des formlosen Veräußerungsvertrags und einer haftungslosen Schuld nicht zutreffend, und auch die Auffassung, es gebe zwei Arten von Grundstücksveräußerungsverträgen, formale, für die die Form Geltungserfordernis sei, und formlose, bei denen zum formlosen Vertrage auch Auflassung in Verbindung mit Eintragung hinzutreten müsse, damit der Vertrag volle Wirksamkeit äußere, mangels dieses weiteren Erfordernisses aber unwirksam sei, befriedigt nicht. Richtig ist vielmehr folgendes: Der formlose Vertrag ist nicht nichtig, sondern nur unvollständig und daher noch unwirksam, er ist aber ein ergänzungsfähiges rechtsgeschäftliches Tatbestandsstück. Um vollwirksam zu werden, bedarf es nur der Ergänzung durch das noch fehlende, aber als nachholbar erachtete gleichartige formale Tatbestandsstück des Eigentumsübertragungsaktes. Kommt dies hinzu, dann wird der alte formlose Vertrag gültig. Der dingliche Übereignungsakt ist eine Rechtsbedingung für die Wirksamkeit des formlosen Veräußerungsvertrags; er verhält sich zu ihm so, wie die Genehmigung zu den — nicht lediglich vorteilhaften — Verträgen der Geschäftsbeschränkten (§ 108) oder zu den Verfügungen der Nichtberechtigten (§§ 184, 185).

§ 315.

1. **RG.** 18. 1. 16, LeipzZ. 16, 674. Eine Vereinbarung, nach der unter neuen Verhältnissen (Fusion) bei Steigerung der Betriebsüberschüsse die mit dem Geschäftsführer bestehende Tantiemevereinbarung durch eine neue zu ersetzen ist, darf so verstanden werden, daß die Gesellschaft und, wenn sie es nicht tut, der Richter den neuen Prozentsatz der Tantieme nach billigem Ermessen bestimmen soll.

2. Beispiele, insbes. aus der preuß. Jagdordn. *Dickel, Forstzivilrecht, 191.

§ 317.

1. **RG.** 23. 3. 15, GruchotsBeitr. 60, 154. Ist in einem Kartellvertrage bestimmt, daß bei mangelnder Verständigung der Parteien über eine Änderung der Verkaufspreise der Streitfall Schiedsrichtern zu unterbreiten sei, dann sind die als „Schiedsrichter" Bezeichneten", soweit es sich um die Festsetzung der Verkaufspreise handelt, Schiedsgutachter, Dritte im Sinne der §§ 317ff.

2. **RG.** 18. 6. 15 — FDR. 14, 1a zu § 317 —, betr. Verpflichtungen des Schiedsgutachters und seine Nichtverpflichtung zur Unterschrift eines von seiner Ansicht abweichenden Gutachtens der anderen Schiedsgutachter, abgedruckt auch: **RG.** 87, 191, SeuffA. 71, 309.

3. Hamburg 17. 3. 15 — FDR. 14, 2 zu § 317 —, betr. Anwendbarkeit der §§ 317ff. auf die Ansprüche eines Survoyers, abgedruckt auch: OLG. 33, 217.

4. *Über Gesetzgebungsfragen: Klein, ÖstZBl. 34, 199/200.

§ 319.

I. Anwendungsgebiet.

1. **RG.** 20. 6. 16, WarnE. 16, 405. § 319 bezieht sich auch auf Schiedsgutachten, durch die nicht die Leistung selbst, sondern nur eine Voraussetzung des Anspruchs, nämlich der Betrag des entstandenen Schadens, bestimmt werden soll.

2. **RG.** 30. 9. 15, R. 16, Nr. 25. § 319 ist nicht anwendbar auf einen Vertrag, durch

den eine Gemeinde sich verpflichtet, dem Eisenbahnfiskus das zu einem Bahnbau notwendige Land unentgeltlich zu verschaffen, die nähere Bestimmung des Umfangs der erforderlichen Grundfläche aber dem Eisenbahnminister überlassen wird. Dieser ist kein Dritter im Sinne dieser Bestimmung. Der Vertrag ist mit dem Preußischen Staat geschlossen. Wenn sich der Staat bei dem Vertragsschluß einerseits und bei der Bestimmung der Vertragsleistung andererseits verschiedener Organe bedient, so wird dadurch an der Identität des Vertrags- und des Bestimmungsberechtigten nichts geändert.

II. Offenbare Unbilligkeit.

1. **RG.** 19. 11. 15, R. 16, Nr. 915—918; LeipzZ. 16, 675. Offenbar unbillig ist eine Schätzung nur dann, wenn ihre Unrichtigkeit sich dem Blick eines sachkundigen und unbefangenen Beurteilers sofort aufdrängt. Die Unbilligkeit braucht sich zwar nicht aus der Schätzung selbst ohne weiteres zu ergeben, vielmehr ist auch eine Beweisführung zulässig; immer aber muß das Ergebnis der Beweisaufnahme derartig sein, daß die Unrichtigkeit der Schätzung, und zwar auf deren Zeitpunkt gesehen, sogleich klar in die Augen springt (**RG.** 69, 168, WarnE. 09, 70, 366; 11, 357; 13, 420). Der Beweis der offenbaren Unrichtigkeit der Schätzung wird nicht schon dadurch erbracht, daß andere Sachverständige als die Schiedsgutachter zu einer niedrigeren Schätzung kommen, oder daß der Gegner die Übernahme zum Schätzungspreise verweigert.

2. **RG.** 20. 6. 16, WarnE. 16, 405. Die bloße Tatsache, daß die Abschätzung unrichtig ausgefallen ist, erfüllt den Begriff der offenbaren Unbilligkeit noch nicht. Dazu gehört vielmehr eine handgreifliche Unrichtigkeit, von der sich, sei es auch erst auf Grund der Ergebnisse einer Beweisaufnahme, sagen läßt, daß sie sich, auf den Zeitpunkt der Abschätzung gesehen, dem Blick eines sachkundigen und unbefangenen Beurteilers sofort aufdrängen muß.

III. Abs. 2.

1. *In Übereinstimmung mit Krainz-Ehrenzweig[5], System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, II 1 (1915) S. 9, Text zu Note 4 und Note 4 erhebt *Klein, ÖstZBl. 34, 199/200 bei Besprechung des Ungar. Entw. Bedenken gegen BGB. § 319 Abs. 2: „Soll der Dritte die Bestimmung nach freiem Belieben treffen . . .“ in Verbindung mit BGB. § 317. — Der Sinn des Vorbehalts kann nie der sein, daß eine offenbar unbillige Festsetzung verbindlich sein soll.

2. *Über Gesetzgebungsfragen: Klein, ÖstZBl. 34, 199, 200.

Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag.

§ 320.

1. München 17. 3. 16, LeipzZ. 16, 895. Begrifflich ist es nicht ausgeschlossen, daß zwei Verträge in ein derartiges Abhängigkeitsverhältnis voneinander gebracht werden, daß ein neuer selbständiger gegenseitiger Vertrag entsteht; als Leistung ist in diesem Falle der Abschluß des ersten Vertrags und als der mit der Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg der Abschluß des zweiten Vertrags zu betrachten. Hierzu genügt aber nicht, daß eine Partei von der Erwartung ausgeht, es werde zum Abschluß des weiteren Vertrags kommen, sondern es muß der Zweck, daß der zweite Vertrag abgeschlossen werde, durch die Vereinbarung zum Inhalte des Rechtsgeschäfts gemacht werden.

2. **RG.** 23. 5. 16; 88, 254, JW. 16, 1115, LeipzZ. 16, 1005, R. 16, Nr. 1082. Der Verkäufer, der seine Kaufpreisforderung für den bereits gelieferten Teil der von ihm sukzessive zu liefernden Ware zu Sicherungszwecken abgetreten hat, ist trotz dieser Abtretung berechtigt, wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 320 vorliegen, weitere Lieferung zu verweigern, bis der Käufer den Preis der früheren Lieferungen an den Zessionar zahlt. Das Leistungsverweigerungsrecht geht nicht auf diesen über, erlischt auch nicht durch die Abtretung, sondern bleibt so lange bestehen, als der Zessionar keine ihm entgegenstehende Verfügung über die Forderung (z. B. durch Stundung) trifft.

§ 321.

1. RG. 11. 11. 15, BauersZ. 23, 114, R. 16, 20, WarnE. 16, 7. Die Folgen so allgemein wirkender Ereignisse, wie rückgängige Konjunktur, Handelskrisen und der jetzige Krieg reichen für den Tatbestand der §§ 321, 610 nicht aus, wofern nicht im einzelnen Falle die Verhältnisse des Schuldners von ihnen besonders betroffen werden und dadurch gefährdet erscheinen. Daß dies zutrifft, muß mit Tatsachen belegt werden.

2. LG. Gießen 18. 1. 16, HessRspr. 17, 84. Eine Zahlungsstockung begründet eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse im Sinne des § 321 dann, wenn sie zu einer Erschütterung des Kredits des Gegners des Vorleistungspflichtigen geführt hat. Ob dies der Fall ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falls ab. Es muß nicht schon deshalb zutreffen, weil der Gegner des Vorleistungspflichtigen in einem früheren Verfahren einem anderen Gläubiger gegenüber eine Fristbestimmung gemäß § 1 BRVO. v. 7. 8. 14 erwirkt hat.

3. Darmstadt 11. 2. 16, HessRspr. 17, 8. § 321 gewährt dem Vorleistungspflichtigen bei nachträglicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Gegners nur eine Einrede gegenüber dessen Anspruch. Will er aber selbst Erfüllung verlangen, dann muß er erst seiner Vorleistungspflicht nachkommen, wie es der Vertrag erfordert (RG. 53, 62).

4. Dresden 9. 7. 14 — JDR. 1 zu § 321 — abgedruckt auch: OLG. 33, 220.

§ 323.

1. Karlsruhe 4. 12. 15, BadRpr. 16, 86. § 323 setzt nicht voraus, daß die Unmöglichkeit eine immerwährende sein müsse; es genügt vielmehr, daß der Wegfall der Unmöglichkeit sich nicht für einen Zeitpunkt voraussehen läßt, in welchem die nachträgliche Leistung die Erreichung der Vertragszwecke als möglich erscheinen läßt. Diese Voraussetzung trifft zu, wenn alle Bestände der verkauften Warenart von der Militärverwaltung — voraussichtlich für die Dauer des Kriegs — beschlagnahmt worden sind, der Käufer, weil er Weiterverkäufer ist, Freigabe von der Beschlagnahme nicht erlangen kann, und seinem Abnehmer, der zu den „Verbrauchern" gehört, die Ware nicht unentbehrlich ist, weil er sich für seinen Bedarf durch andere Abschlüsse gedeckt hat.

2. RG. 7. 3. 16, SchlHolstAnz. 16, 98. Kauft jemand nach Kriegsausbruch eine Schiffsladung in Kenntnis des Umstands, daß dem Verkäufer das Konnossement noch nicht ausgehändigt ist, sondern daß dies noch in den Händen von dessen englischen Lieferanten sich befindet, und wird die Ladung infolge dieses Mangels im Rechte des Verkäufers beiden Parteien entzogen, dann ist die dem Verkäufer obliegende Leistung infolge eines Umstands unmöglich geworden, den weder der Verkäufer noch der Käufer zu vertreten hat.

3. Adler, Kriegsunmöglichkeit, Fob-Klausel und Versendungspflicht des Verkäufers, JW. 16, 1106. Da der Fob-Ort nicht Leistungsort für den Verkäufer ist, so gerät der Käufer, wenn der Transport an diesen Ort für den Verkäufer unmöglich wird, in Annahmeverzug, und Lieferungsunmöglichkeit kann nur insoweit vorliegen, als sie stets eine Folge des Annahmeverzugs ist, und es greift dann § 324 Platz. Dagegen würde § 323 anwendbar sein, wenn nicht Annahmeverzug im engeren Sinne, sondern Annahmeunmöglichkeit von vornherein erkennbar vorliegen sollte.

4. *Dickel, Forstzivilrecht 381 über Kriegsjagdpacht.

5. Im übrigen siehe bei § 275. Über den Kaufvertrag auch: § 462 VI, über den Mietvertrag: § 537 II 1b, § 542 II 1e, über den Pensionsvertrag: § 552 1d.

6. Lazar, Unmöglichkeit der Leistung und Vorbereitung zu derselben, 63ff. Wenn die Unmöglichkeit der Leistung infolge eines Zufalls eintritt, dann besteht keine Verpflichtung des Gläubigers dem Schuldner die getroffenen Vorbereitungen zu vergüten (64—66). Dasselbe gilt im Falle der Zweckerreichung (67, 68). Dagegen hat der Schuldner, wenn dem Gläubiger die Annahme und Mitwirkung unmöglich wird, und der Schuldner auf eine dahin gehende Erklärung des Gläubigers hin für die Leistung

selbst unterlassen hat, einen Anspruch auf Erstattung der zwecklos von ihm getroffenen Vorbereitungshandlungen (66, 67).

§ 325.

1. **RG.** 7. 7. 16, WarnE. 16, 353. Haben die Parteien vereinbart, daß die Verpflichtung des Käufers zum Abrufe der Ware bis zu einem bestimmten Zeitpunkt Hauptverpflichtung sein solle, und der Verkäufer einem später erfolgenden Abrufe auf keinen Fall zu entsprechen brauche, dann wird mit dem Ablaufe dieses Zeitpunkts eine Vertragserfüllung, wie sie dem Willen beider Teile entspricht, unmöglich, und diese Unmöglichkeit begründet als die Folge des für den Käufer, der den Abruf innerhalb der Frist unterlassen hat, eingetretenen und von ihm zu vertretenden Leistungsverzugs den Anspruch des Verkäufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 325.

2. Colmar 10. 3. 15, ElsLothJZ. 16, 171. Sind die von dem nach dem Vertrage zur Sicherheitsleistung für den Kaufpreis vor der Lieferung verpflichteten Käufer als Sicherheit gegebenen Aktien wertlos gewesen, dann ist der Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt. Der Käufer, dem die Wertlosigkeit der Aktien bekannt war, hat dann den Vertragszweck schuldhaft vereitelt. Eine solche schuldhafte Vertragsverletzung steht aber der Unmöglichkeit der Leistung, die der Leistende selbst zu vertreten hat, gleich.

3. **RG.** 20. 11. 15, SchlHolstAnz. 16, 11. Die Zwangsversteigerung des Grundstücks mit dem dadurch herbeigeführten Eigentumsübergang auf den Ersteher wird zwar in der Regel die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums als unmöglich erscheinen lassen, insbesondere dann, wenn der Hergabepflichtige selbst diese Unmöglichkeit erklärte. Dies ist aber kein unbedingter Rechtssatz und keine ausnahmslose Regel, weil die Möglichkeit der Wiederverschaffung offen bleibt und mit dieser Möglichkeit gerechnet werden muß (**RG.** 50, 190; 54, 224; 56, 387). — Regelmäßig wird der Eigentümer und Verwalter des Grundstücks die Zwangsversteigerung zu vertreten haben. Es sind aber auch Ausnahmen möglich, und eine solche kann vorliegen, wenn der Eigentümer das Grundstück für Rechnung eines anderen verwaltet, mit dem er einen Eigentumsübertragungsvertrag geschlossen, und dieser andere den Vertrag unbegründet wegen arglistiger Täuschung angefochten hat. Von dem Zeitpunkt ab, in dem der andere in Annahmeverzug geraten und er nach § 303 berechtigt ist, sich des Besitzes und der Verwaltung des Grundstücks zu entschlagen, kann der Eigentümer jedenfalls die Verantwortung für den weiteren Verlauf der Zwangsversteigerung ablehnen.

4. Lazar, 109. Ob das die Unmöglichkeit herbeiführende Verhalten bei der Vorbereitung oder bei der Ausführung der Leistung stattfindet, ist belanglos. Wenn die Leistung später wieder möglich wird, dann ist der die Unmöglichkeit herbeiführende Umstand bei der Vorbereitung ohne Bedeutung. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit, die er während der Vorbereitung herbeigeführt hat, zu dieser Zeit nicht zu vertreten, dann trifft ihn keine Verpflichtung zum Schadensersatze, wenn er denselben Umstand in dem Zeitpunkt, in den die Ausführung der Leistung gefallen wäre, zu vertreten gehabt hätte.

5. Im übrigen siehe § 275.

§ 326.

I. Allgemeines.

1. **RG.** 12. 1. 16, LeipzZ. 16, 535, R. 16, Nr. 408. § 326 schließt die Anwendung des § 286 bei gegenseitigen Verträgen nicht allgemein, sondern nur da aus, wo es sich um einen unter Ablehnung der Erfüllung geltend gemachten Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags handelt.

2. Dresden 12. 2. 15, OLG. 32, 209. Dem § 326 gehen die Sondervorschriften des § 39 VersVG. vor.

3. Bendix, Zur Auslegung des § 326 BGB. in der Rechtsprechung des Reichs-

gerichts, BayRpflZ. 16, 246. In Ergänzung seiner Abhandlung in SeuffBl. 77 Nr. 7—9 stellt der Verfasser die seitdem ergangene Rechtsprechung des RG. zu § 326 dar.

II. Verzug.

1. **RG.** 6. 4. 16, BankA. 15, 321, R. 16, Nr. 1274. Die Anwendung des § 326 hat zur Voraussetzung, daß der säumige Teil mit der Erfüllung einer Hauptverbindlichkeit sich im Verzuge befindet (**RG.** 53, 161; 57, 105). Bei einem Darlehnsvorvertrage über Gewährung eines Darlehns an eine Stadtgemeinde bildet die von dieser übernommene Verpflichtung, die ordnungsmäßig vollzogene Schuldurkunde mit dem Genehmigungsbeschlusse des Bezirksausschusses vorzulegen, keine Hauptverbindlichkeit.

2. a) **RG.** 7. 7. 16, LeipzZ. 16, 1176, WarnE. 16, 353. Auch bei Nichtfixgeschäften können die Vertragschließenden der Erfüllungszeit wesentliche Bedeutung beilegen und den Abruf der Ware zu einer Hauptverpflichtung des Käufers machen. — Ebenso: **RG.** 29. 9. 16, LeipzZ. 16, 1473, R. 16, Nr. 2080.

b) **RG.** 29. 9. 16, WarnE. 16, 449, 452. Auch bei einem Nichtfixgeschäft können die Vertragschließenden der Erfüllungszeit wesentliche Bedeutung beilegen und die Abrufspflicht zu einer Hauptverpflichtung des Käufers machen, dergestalt, daß bei dem Unterbleiben des Abrufs der Käufer mit dem Ablaufe der kalendermäßig bestimmten Frist nicht nur ohne Mahnung in Leistungsverzug geraten, sondern daß ihm auch hinterher eine dem beiderseitigen Vertragswillen entsprechende Erfüllung nicht mehr möglich und der Verkäufer deshalb ohne weiteres zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt sein würde.

3. Darmstadt 9. 6. 16, HessRspr. 17, 114. § 326 hat nur die Hauptleistung im Auge. Der Abruf und die Abnahme der gekauften Ware können hierbei nur als Nebenverpflichtungen in Betracht kommen, sofern nicht ausnahmsweise besondere Umstände in Frage kommen, die die Nebenleistung zu einer Hauptleistung stempeln (**RG.** 53, 161; 56, 173; 57 106).

III. Positive Vertragsverletzung.

1. **RG.** 1. 4. 16, WarnE. 16, 244. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts kann ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in entsprechender Anwendung des § 326 aus einer positiven Vertragsverletzung, die in einer Weigerung zu finden sein würde, hergeleitet werden.

2. Jena 25. 3. 11, ThürBl. 63, 144. Wer selbst sich einer den Rücktritt begründenden positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht hat, kann wegen der dadurch veranlaßten Vertragsverletzung des anderen Teils nicht die Rechte aus § 326 geltend machen (**RG.** 67, 319).

3. Siehe unten VI 1h, k.

IV. Inhalt der Fristsetzung.

1. **RG.** 26. 10. 15, R. 16, Nr. 206. Die Nachfrist muß zur Bewirkung derjenigen Leistung bestimmt werden, die der Gläubiger zu fordern hat. Hat der Schuldner in Monatsraten zu beziehen und den Kaufpreis durch Akzepte zu bezahlen, dann ist eine Fristsetzung, mit der alsbaldige Abnahme der ganzen Menge und teils vorherige Sicherstellung des Kaufpreises teils Barzahlung gefordert wird, auch dann nicht ausreichend, wenn zur Zeit derselben die im Vertrage vorgesehene Lieferzeit bereits abgelaufen war.

2. Karlsruhe 29. 2. 16, BadRpr. 16, 121. Die Fristsetzung hat die in § 326 bezeichnete Wirkung nur dann, wenn mit ihr die Bewirkung der dem Vertrage entsprechenden Leistung verlangt wird. Sie ist unwirksam, wenn die Frist dem Käufer nicht zur Abnahme der Ware, sondern zur Vorauszahlung des Kaufpreises gesetzt wird, zu der der Käufer nicht verpflichtet ist.

3. **RG.** 28. 3. 16, R. 16, Nr. 351. Weder die Fristsetzung unter Androhung der „üblichen Schritte" noch die mit der „Übergabe der Sache an einen Rechtsanwalt" erfüllen das Erfordernis der Androhung der Ablehnung der Leistung, da die angedrohten Schritte

zu allgemein und unbestimmt bezeichnet sind, als daß sie als Ablehnung der Leistung zu verstehen wären.

4. **RG.** 7. 3. 16, R. 16, Nr. 1473, WarnE. 16, 153. Durch die Drohung, im Falle fruchtlosen Fristablaufs Schadensersatz zu verlangen, kann hinreichend zum Ausdruck gebracht sein, daß der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung — nicht etwa bloß wegen der Verzögerung — fordern und somit die geschuldete Leistung selbst nicht mehr annehmen werde. Allein Voraussetzung ist dabei im einzelnen Falle immer, daß das Erklärte in seiner Gesamtheit den Willen des Gläubigers, die von dem Gesetze an den fruchtlosen Fristablauf geknüpfte Umgestaltung des Rechtsverhältnisses herbeizuführen, unzweideutig erkennen läßt. Diese Voraussetzung liegt nicht vor, wenn der Gläubiger nur in dem Sinne Schadensersatzansprüche androht, daß die Frage, wofür Schadensersatz gefordert werden wird, späterer Entschließung vorbehalten bleibt.

5. **RG.** 28. 3. 16, R. 16, Nr. 351. Die Androhung der Ablehnung der Leistung braucht nicht in jedem neuen Fristsetzungsschreiben ausdrücklich wiederholt zu werden, wenn die neuen Fristsetzungen lediglich die Verlängerung einer früher unter Androhung der Ablehnung gesetzten Frist enthalten.

6. Lazar. Die Frist muß so beschaffen sein, daß dem Schuldner die ganze Vorbereitung während ihr möglich ist, wenn er sich hierbei auch tunlichster Beschleunigung zu unterziehen hat (56 57).

V. Fristsetzung durch einen Bevollmächtigten.

RG. 1. 2. 16, R. 16, Nr. 920. Auch ein Bevollmächtigter kann im Namen des Gläubigers die Nachfrist bestimmen. Will der Schuldner die Vollmacht beanstanden, dann muß er die Erklärung nach § 174 unverzüglich zurückweisen.

VI. Wegfall der Fristsetzung.

1. Erfüllungsweigerung.

a) **RG.** 26. 10. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 130. Eine Erfüllungsweigerung, die eine Fristsetzung entbehrlich macht, setzt voraus, daß der Gläubiger selbst erkennbar eine Erfüllung gewollt und verlangt hat, wie sie dem Schuldner obliegt. Die bloße Möglichkeit, daß der Schuldner auch einem solchen Verlangen nicht entsprochen haben würde, ersetzt nicht die ernstliche und endgültige Weigerung der vertragsmäßigen Erfüllung.

b) Dresden 29. 6. 15, SächsOLG. 37, 135. Eine ernstliche Erfüllungsweigerung, ein Sichlossagen von dem Vertrag, enthält in der Regel eine positive Vertragsverletzung, die den Eintritt der Folgen des § 326 ohne Setzung einer Nachfrist rechtfertigt. Doch ist dabei ein strenger Maßstab anzulegen. Es genügt nicht eine einfache Ablehnung, mag diese auch deutlich und bestimmt sein. Sondern es müssen gewichtige tatsächliche Umstände hinzukommen, die es als nach Lage der Sache ausgeschlossen erscheinen lassen, daß der Schuldner, wenn er durch die Fristsetzung vor die Wahl gestellt wird, entweder zu leisten oder die Folgen der Nichtleistung auf sich zu nehmen, die Leistung wählen werde (**RG.** 66, 421; 67, 317; R. 12, Nr. 197; 15 Nr. 842).

c) Hamburg 3. 6. 16, R. 16, Nr. 1475. Bei Prüfung der Frage, ob die Erfüllungsweigerung des Schuldners ernstlich und entschieden ist, so daß Mahnung und Fristsetzung nur leere Form wären, ist ein strenger Maßstab anzulegen. Die Frage ist zu verneinen, wenn die Ablehnung der Erfüllung in eine bedingte Form gekleidet ist, z. B. wenn der Bauunternehmer erklärt, er werde das gekaufte Eisen abnehmen, wenn die Holzlieferanten ihr Versprechen hielten.

d) **RG.** 29. 9. 16, LeipzZ. 16, 1471. Eine Erfüllungsweigerung, die den Eintritt der Folgen des § 326 ohne Setzung einer Nachfrist rechtfertigt, darf nur dann angenommen werden, wenn gewichtige tatsächliche Momente vorliegen, die es als nach Lage der Sache ausgeschlossen erscheinen lassen, daß der im Verzuge befindliche Vertragsteil, wenn er durch die Setzung einer Nachfrist vor die Frage gestellt wird, ob er die Folgen des

§ 326 Abs. 1 auf sich nehmen oder durch nachträgliche Erfüllung diese Folgen von sich abwenden soll, sich zu der letzteren Alternative entschließen werde (**RG.** 66, 421). Diese Voraussetzung ist nicht gegeben, wenn der eine Vertragsteil die weitere Leistung nicht schlechthin, sondern nur wegen der seiner Ansicht nach vorliegenden absichtlichen Vertragsverletzung des anderen Teils verweigert, also zu erkennen gibt, daß er bei dem Aufhören dieser von ihm angenommenen Vertragsverletzung wieder leisten werde.

e) **RG.** 5. 11. 15, R. 16, Nr. 204. Wenn der Schuldner nur wegen entstandener Meinungsverschiedenheiten über die Gegenleistung und bis zur Leistung des nach seiner Ansicht von dem Gläubiger Geschuldeten die Weiterleistung verweigert, dann liegt eine ernstliche und endgültige Erfüllungsweigerung, die von der Notwendigkeit der Fristsetzung befreit, nicht vor.

f) Karlsruhe 19. 1. 15, BadRpr. 16, 10. Bestehen zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheiten darüber, an welchem Orte der Schuldner nach Inhalt des Vertrags Zahlung zu leisten hat, und ist der Gläubiger der Ansicht, daß der Schuldner an einem anderen Orte zahlen müßte, als an dem, an welchem er wirklich gezahlt hat, dann muß der Gläubiger, um sich die Grundlage zum Rücktritt vom Vertrage zu verschaffen, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Bewirkung der dem Vertrage entsprechenden Zahlung mit der Androhung gemäß § 326 setzen. Eine diese Fristsetzung entbehrlich machende Weigerung des Schuldners liegt nicht vor; dieser hat vielmehr seine Vertragspflichten erfüllen wollen und erfüllt zu haben geglaubt.

g) **RG.** 5. 11. 15, R. 16, Nr. 209. Die nach der Behauptung des Gläubigers unwahre Erklärung des Schuldners, er sei wegen der Verhältnisse in seinem Betriebe nicht imstande zu leisten, enthält keine so bestimmte Weigerung der Erfüllung, daß die Setzung einer Nachfrist entbehrlich ist.

h) **RG.** 5. 11. 15, R. 16, Nr. 207. Hat in allen Fällen, in denen der Gläubiger seither Vertragsverletzung des Schuldners gerügt hatte, eine Einigung stattgefunden, und hat der Gläubiger nie angedeutet, daß er zur Wahrung seiner Interessen genötigt sein könnte, von dem Vertrage ganz zurückzutreten, dann kann eine neuerliche Vertragsverletzung durch den Schuldner den Vertragszweck nicht in dem Maße gefährden, daß die Aufhebung des Vertrags durch den Gläubiger ohne vorherige Androhung geboten wäre.

i) **RG.** 7. 3. 16, R. 16, Nr. 1474, WarnE. 16, 153. In der Drohung des einen Vertragsteils, er trete von jeder weiteren Leistung zurück, falls der andere die ihm obliegende Leistung nicht sofort bewirke, ist keine genügende Grundlage zu finden für die Annahme einer enrstlichen und endgültigen Erfüllungsverweigerung, die den anderen Vertragsteil ausnahmsweise von der regelmäßig erforderlichen Fristbestimmung befreit.

k) KG. 31. 1. 16, KGBl. 16, 25. Hat sich der Schuldner nach unberechtigt erklärtem Rücktritt vom Vertrage auf den Vorhalt des Gläubigers alsbald zur Erfüllung bereit erklärt, dann stellt die Rücktrittserklärung weder eine so schwere positive Vertragsverletzung dar, daß danach dem Gläubiger ohne weiteres der Rücktritt freigestanden hätte, noch enthält sie eine endgültige Weigerung der Vertragserfüllung, die den Gläubiger von der Fristsetzung und Androhung des Schadensersatzes zu befreien geeignet gewesen wäre.

2. Mangelndes Interesse des Gläubigers.

a) **RG.** 7. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 490, HoldheimsMSchr. 16, 46, JW. 16, 258, LeipzZ. 16, 802, R. 16, Nr. 208, WarnE. 16, 73. Ob die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse hat, ist nach den gesamten Umständen des einzelnen Falls zu entscheiden. Das Interesse an der Erfüllung des Vertrags deckt sich nicht mit dem Interesse an dem Gegenstande der geschuldeten Leistung. § 326 Abs. 2 ist nicht in dem engen Sinne aufzufassen, daß die geschuldete Leistung für den Gläubiger gar kein Interesse mehr hat. In der Regel ist es hinreichend, daß ein Käufer die Ware für den bestimmten Zweck oder zur Deckung desjenigen Bedarfs, wozu sie nachweisbar dienen sollte, infolge des Lieferungsverzugs nicht mehr verwenden kann.

b) **RG.** 3. 12. 15, HoldheimsMSchr. 16, 46, R. 16, Nr. 211. Ein Grund, der ausnahmsweise nach § 326 Abs. 2 von dem Erfordernis der Fristbestimmung befreit, kann sich daraus ergeben, daß der Käufer die Ware, mit deren Lieferung der Verkäufer im Verzuge ist, weiter verkauft hat, und daß zufolge der Verzögerung die Möglichkeit wegfällt, die Ware zur Erfüllung des weiteren Kaufvertrags zu verwenden. Dies trifft aber keineswegs immer zu. In zahlreichen solchen Fällen wird vielmehr der Käufer die Ware immer noch sonst geeignet verwenden können und so immer noch ein Interesse an der Vertragserfüllung des Verkäufers haben.

c) **RG.** 1. 2. 16, R. 16, Nr. 919. Aus der Bereitwilligkeit des Gläubigers, auch eine spätere Erfüllung noch zuzulassen, und aus nachträglichen, wenn auch gescheiterten Verhandlungen über Zulassung der Erfüllung kann entnommen werden, daß die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs des Schuldners keineswegs ohne Interesse für den Gläubiger sei.

3. Verzicht.

KG. 28. 10. 15, DJZ. 16, 443. Auf die Notwendigkeit der Fristsetzung gemäß § 326 kann verzichtet werden. Dieser Verzicht ergibt sich aus der ausdrücklichen Feststellung in einem Bestellschein, der die Klausel „lieferbar sofort, Nachlieferungsfrist bis 20. 11. 14" enthält, aber auch aus der Natur der Lieferung, wenn es sich um Waren handelt, die, wie dem Verkäufer bekannt, zur Erfüllung der von dem Käufer mit Behörden geschlossenen Lieferungsverträge über Heeresbedürfnisse während des Kriegs notwendig sind, und der Verkäufer daher weiß, daß größte Pünktlichkeit bei der Erfüllung notwendig ist, rechtzeitige Erfüllung unter der Strafandrohung des § 329 StrGB. steht und der Käufer auf zuverlässige und pünktliche Erfüllung, bei der jede Stunde von Bedeutung sein kann, rechnen muß.

VII. Berufung auf zu kurze Frist.

Hamburg 16. 2. 15 — JDR. 14, 9b zu § 326 — abgedruckt auch OLG. 33, 223.

VIII. Geltendmachung der Rechte aus § 326.

1. Hamburg 10. 2. 16, LeipzZ. 16, 1389, R. 16, Nr. 645. Der Gläubiger kann auch nach Erwirkung eines auf Zahlung lautenden Urteils dem Schuldner eine Frist setzen und nach erfolgtem Ablauf zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wie sich aus §§ 283, 325 Abs. 2 ergibt. Die Berechtigung, Erfüllung zu fordern, ist die Grundlage der durch § 326 verliehenen Rechte. Wird sie bestritten, so muß dem Gläubiger unbenommen sein, sie zunächst im Klagewege feststellen zu lassen. — Der Gläubiger kann sein Wahlrecht auch gleichzeitig mit der Fristsetzung ausüben.

2. **RG.** 28. 1. 16, WarnE. 16, 202. Die mit der Fristsetzung verbundene Androhung des Käufers, nach Ablauf der Frist werde die Annahme jeder Lieferung abgelehnt, und der ganze Schluß als aufgehoben angesehen werden, kann unter Umständen, insbesondere wenn die Ware eine erhebliche Preissteigerung erfahren hatte, nicht als Erklärung des Rücktritts vom Vertrage im Sinne des § 326 oder des Verzichts auf Schadensersatzansprüche angesehen werden.

3. KG. 28. 10. 15, KGBl. 16, 9. Wenn der Käufer, der die Abmachung als Fixgeschäft angesehen und deshalb wegen nicht rechtzeitiger Lieferung auf die Lieferung zu verzichten erklärt hat, dem Verkäufer schreibt, für den Fall, daß im Laufe des Prozesses die Wirksamkeit dieser seiner Erklärung bezweifelt werden solle, setze er eine bestimmt bezeichnete Nachlieferungsfrist, mache aber darauf aufmerksam, daß seine Annahmeverpflichtung infolge seiner früheren Erklärung bereits erloschen sei, dann kann dies als eine ernstgemeinte Erklärung im Sinne des § 326 nicht angesehen werden.

4. Hamburg 30. 9. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 6. Die Erklärung des Rücktritts vom Vertrage ist nicht wider Treu und Glauben verzögert, wenn die Mobilmachung und der ihr folgende Ausbruch des Kriegs den Erklärenden vor eine völlig veränderte geschäftliche

Lage gestellt hat, in der eine alsbaldige Entscheidung darüber, ob und wie er die laufenden Verträge erfüllen will, von ihm vernünftigerweise nicht gefordert werden kann.

IX. Wirkung der Fristsetzung.

Colmar 10. 3. 16, R. 16. Nr. 1273. Mit der von ihm erklärten Setzung der Nachfrist verliert der Gläubiger bereits den Anspruch auf Erfüllung des Vertrags.

X. Folge der Zurücknahme des Schadensersatzanspruchs.

Stuttgart 6. 7. 15, R. 16, Nr. 1271, WürttZ. 27, 133. Die Partei, die einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 326 außergerichtlich erhoben, diesen aber ohne Rechtsstreit wieder zurückgenommen hat, nachdem die Gegenpartei geltend gemacht hatte, er sei unbegründet, ist nicht gehindert, wieder auf den Anspruch auf Erfüllung des Vertrags zurückzugreifen.

XI. Schadensberechnung.

RG. 4. 1. 16, R. 16, Nr. 646. Bei der Schadensberechnung nach § 326 kann ein vorher nach § 373 HGB. vorgenommener Selbsthilfeverkauf als Deckungsgeschäft verwendet werden, und zwar auch dann, wenn der Gläubiger die Ware selbst angesteigert hat.

XII. Sukzessivlieferungsgeschäft.

1. **RG.** 3. 12. 15, LeipzZ. 16, 803, R. 16, Nr. 203. Bei Sukzessivlieferungsverträgen ist der Käufer im Falle des Verzugs des Verkäufers mit einer Teillieferung regelmäßig berechtigt, die Ausübung der Rechte aus § 326 auch auf die künftigen, noch nicht verfallenen Raten zu erstrecken. Wenn er dies tun will, muß er aber bei der Fristbestimmung dem Verkäufer unzweideutig erklären, daß er nach dem Ablaufe der Frist die Annahme der ganzen Leistung und nicht etwa bloß des fälligen Teils ablehne.

2. **RG.** 9. 5. 16, R. 16, Nr. 1862. Die Nichtbezahlung einer einzelnen Lieferung beim Sukzessivgeschäft hat nicht zur Folge, daß das Verhalten des Schuldners als eine positive Vertragsverletzung anzusehen wäre; sie bewirkt vielmehr nur, daß der Gläubiger sich nicht damit zu begnügen braucht, bezüglich des unmittelbar betroffenen einzelnen Teils des Geschäfts die Verzugsfolgen geltend zu machen, sondern die Rechte aus § 326 bezüglich des ganzen noch ausstehenden Teils der Lieferungen ausüben kann.

3. **RG.** 26. 10. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 130. Bei dem Sukzessivlieferungsvertrag ist der Verkäufer bei dem Verzuge des Käufers in der Abnahme auch nach Ablauf der in dem Vertrage vorgesehenen Lieferzeit nicht berechtigt zu verlangen, daß der Käufer die ganze vereinbarte Warenmenge auf einmal abnehme.

XIII. Entsprechende Anwendung des § 326.

Dresden 5. 4. 16, DJZ. 16, 909, SächsRpflA. 16, 279. Der Verkäufer, dessen beschlagnahmte 75% seiner jetzigen und künftigen Rohstoffe nur zu Waren verwendet werden dürfen, die nachweislich zu der Landesverteidigung dienenden Zwecken benötigt werden, kann, um sich Gewißheit darüber zu schaffen, ob er seinem Käufer 75% der verkauften Menge liefern darf, dem Käufer gemäß § 326 eine Frist für Erbringung des Nachweises setzen, daß er im Besitze von Heeresaufträgen sei.

Dritter Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§ 328.

1. a) **RG.** 7. 6. 15; 87, 64. Der Fahrgast, der zusammen mit Frau und Tochter eine Droschke zu einer Fahrt besteigt, schließt den Beförderungsvertrag gleichzeitig zugunsten seiner mitfahrenden Frau und Tochter ab, so daß diese als Dritte unmittelbar das Recht erwerben, die Leistung d. h. die ordnungsmäßige und ungefährdete Beförderung zu verlangen (vgl. JDR. 14, 2 zu § 328).

b) **RG.** 18. 11. 15; 87 289, JW. 16, 259, LeipzZ. 16, 1437, R. 16, Nr. 213. Aus einem Vertrage kann sich die Verpflichtung ergeben, einen Schaden zu ersetzen, den nicht

der Vertragschließende, sondern ein Dritter erleidet. Regelmäßig wird dies bei Verträgen über die Beförderung eines Dritten der Fall sein, bei denen der Vertragschließende auch ohne eigenes vermögensrechtliches Interesse auch die Unversehrtheit des Dritten und damit für den Fall seiner Verletzung den Ersatz des Schadens sich selbst von dem Unternehmer ausbedingen kann. Kann der Vertragsgläubiger ohne eigenes vermögensrechtliches Interesse einen Vertrag zugunsten eines Dritten schließen, dann muß er ohne solches auch den oben bezeichneten Schadensersatzanspruch durch den Vertrag begründen können. Hierzu: Cohen, Unter welchen Umständen ist ein Schaden zu ersetzen, den nicht der Vertragschließende, sondern ein Dritter erleidet? JW. 16, 823. Schließt jemand im eigenen Namen für Rechnung eines anderen mit einem Dritten ein Geschäft ab, dann ist auf Grund allgemeiner Rechtserwägungen demjenigen, für dessen Rechnung das Geschäft geschlossen ist, ein eigenes Recht auf Ersatz des ihm durch vertragswidriges Verhalten des Dritten entstandenen Schadens gegen diesen Dritten zu gewähren, wenn er dies auch nur indirekt — durch die Persönlichkeit dessen, der den Vertrag mit dem Dritten abgeschlossen hat hindurch — einklagen kann.

2. Rostock 8. 3. 15, MecklZ. 34, 258. Durch die Bestimmung eines zwischen der Stadt und dem Pächter des von ihr hergestellten elektrischen Leitungsnetzes geschlossenen Vertrags, in dem der Pächter sich verpflichtet, an alle Interessenten, deren Grundstücke von der Stadt an das Leitungsnetz angeschlossen werden, Elektrizität nach Maßgabe der „nachstehenden" Bedingungen zu liefern, wird nach dem Willen der Vertragschließenden den Interessenten ein unmittelbarer Anspruch gegen den Pächter gewährt, ihnen das Recht eingeräumt, durch die Annahme der in jenem Vertrage festgesetzten Bedingungen einen Lieferungsvertrag zum Abschluß zu bringen, auf Grund dessen der Pächter ihnen gegen Entgelt Strom zu liefern hat.

3. **RG.** 25. 2. 16; 88, 137, LeipzZ. 16, 593. Das BGB. verbietet es nicht, die Wirkung einer unentgeltlichen Zuwendung auf den Todesfall, die gewöhnlich durch ein Vermächtnis erreicht wird, auf dem Wege des Versprechens im Sinne der §§ 328ff. herbeizuführen. Einer Form bedarf diese Zuwendung nicht. Die auf den Todesfall zugunsten Dritter geschlossenen Verträge kommen in ihrem Endziel den Vermächtnissen nahe, haben aber die Eigentümlichkeit, daß der Dritte unmittelbar aus dem Vertrage erwirbt, und daß sich das Zugewendete mit dem Tode des Verfügenden von seinem Nachlaß trennt und nicht zu diesem gehört.

4. Hierher gehört nach *Dickel, Forstzivilrecht, das Versprechen eines Jagdpächters in dem mit dem Jagdvorsteher des Gemeindejagdbezirks geschlossenen Pachtvertrag, soweit er sich durch Erstattung des entstehenden „Jagdschadens", d. h. des durch die Jagdausübung an Feldfrüchten usw. entstehenden Schadens verpflichtet.

§ 330.

Schrifttum: Bahlenbeck, Das Lebensversicherungsrecht in seinen Grundzügen, ElsLothNotZ. 36, 57 ff., 129 ff., 189 ff., 237 ff.

§ 331.

München 4. 3. 16, OLG. 32, 224, SeuffA. 71, 265. Die Auslegungsregel des § 331 Abs. 1 läßt als vermutlichen Willen der Parteien einerseits folgern, daß der Dritte mit dem Tode des Versprechensempfängers unmittelbar das Recht erwerben soll, die ausbedungene Leistung von dem Versprechenden zu verlangen, andererseits, daß er bis zu diesem Zeitpunkt überhaupt kein Recht, auch nicht einmal ein bedingtes Recht haben soll. Die Forderung aus dem Versicherungsvertrage verbleibt im Regelfalle im Vermögen des Versprechensempfängers bis zu dessen Tode und ist deshalb gegen ihn auch pfändbar, ohne daß der Dritte widersprechen kann. Dagegen kann der Dritte nur durch Abtretung der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage geschützt werden.

§ 332.

BayObLG. 8. 1. 15 — JDR. 14, § 332 — abgedruckt auch BayObLG. 16, A 2, OLG. 33, 232.

§ 333.

*Lazar, 85. Die Vorbereitung bei Zurückweisung des Rechts durch den Dritten. War im Falle des § 333 die Zustimmung des Dritten von vornherein als Bedingung des Geschäfts aufgefaßt, dann hat der Schuldner keinen Anspruch auf Ersatz für seine Vorbereitungen, dagegen hat er einen solchen Anspruch gegen den Versprechensempfänger, wenn diesem ein Anspruch auf die Leistung zustand (85, 86).

Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.

§ 339.

1. **RG.** 24. 9. 15, R. 16, Nr. 1476. Demjenigen, der sich beim Verkaufe seines Geschäfts verpflichtet hat, weder mittelbar noch unmittelbar durch Rat oder Tat sich an einem Konkurrenzunternehmen zu beteiligen, ist es nicht gestattet, seinem Sohne eine bereits früher zugesagte Summe Geldes auszuzahlen, wenn er weiß, daß dieser es zum Betrieb eines Konkurrenzunternehmens verwenden will. Wer in Kenntnis der beabsichtigten Art der Verwendung einem anderen Geldmittel gibt, die für einen Geschäftsbetrieb verwendet werden, nimmt eine Handlung vor, die als eine Begünstigung dieses Geschäftsbetriebs sich darstellt.

2. Rostock 30. 9. 13 — JDR. 14, 2 zu § 339 — betr. Auslegung von Strafgedingen, auch abgedruckt: OLG. 33, 234.

3. **RG.** 18. 4. 16, LeipzZ. 16, 935. Da § 339 nachgiebiger Natur ist, ist es eine Frage der Auslegung des Vertrags, ob die Vertragsstrafe ohne Rücksicht auf ein Verschulden des gegen den Vertrag verstoßenden Teils oder nur bei schuldhafter Zuwiderhandlung oder gar nur bei bewußt böswilliger Vertragsverletzung verwirkt sein soll (**RG.** 79, 40).

4. **RG.** 18, 4. 16, R. 16, Nr. 1863. Der Anspruch auf die Vertragsstrafe erlischt nicht dadurch, daß er nicht alsbald geltend gemacht wird.

5. **RG.** 29. 2. 16, LeipzZ. 16, 1292. Ähnlich wie bei Verwirkung von Vertragsstrafen muß Verschulden des Zahlungspflichtigen vorliegen, wenn aus der Nichteinhaltung der Frist für eine Zinszahlung die Fälligkeit oder Kündbarkeit eines Kapitals gefolgert werden soll (GruchotsBeitr. 57, 928).

6. *Lazar, 105. Vertragsstrafe und Vorbereitung zur Leistung.

§ 343.

1. **RG.** 25. 9. 15, R. 16, Nr. 26. Die Vertragsstrafe, die in dem Verluste einer Forderung und der Verpflichtung zur Löschung einer zur Sicherung der Forderung eingetragenen Hypothek besteht, kann unter Umständen in der Weise herabgesetzt werden, daß nur die Verwirkung eines Teilbetrags der Forderung und die Verpflichtung zur Einwilligung in die Löschung eines entsprechenden Teils der Hypothek ausgesprochen wird.

2. Lazar, 105. Mangels entgegenstehender Verabredung kann die Vertragsstrafe an den Gläubiger für solche Handlungen des Schuldners, die die unter Strafe gestellte Handlung erst vorbereiten, nicht verlangt werden.

Fünfter Titel. Rücktritt.

§ 346.

1. LG. Hamburg 10. 12. 15, LeipzZ. 16, 265. § 346 ist entsprechend anzuwenden, wenn eine unter Eigentumsvorbehalt verkaufte, übergebene und von dem Käufer bereits benutzte Sache von der Heeresverwaltung beschlagnahmt wird und deshalb die Folgen des § 323 eintreten, da diese Vorschrift gerade bezweckt, nach Möglichkeit Vorteile und Nachteile auf der einen oder anderen Vertragsseite zur Ausgleichung zu bringen. Der Käufer

muß sich daher einen angemessenen Abzug für die inzwischen erfolgte Benutzung gefallen lassen.

2. Hamburg 4. 1. 16, LeipzZ. 16, 565, R. 16, 246. Längeres Schweigen auf eine verspätete Rücktrittserklärung kann ohne besondere, auf arglistiges oder verkehrswidriges Verhalten des Schweigenden deutende Umstände nicht ohne weiteres als Genehmigung angesehen werden.

3. Über das Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände: siehe oben II zu § 157. Hierzu: Cohen, Die Windscheidsche Voraussetzung infolge des Kriegs „rediviva" JW. 16, 109. Die in der neueren Rechtsprechung in Aufnahme gekommene und namentlich bei der Frage der Einwirkung des Kriegs auf Vertragsverhältnisse eine große Rolle spielende clausula rebus sic stantibus kommt, trotz mehrerer Unterschiede, betreffs der zukünftigen Ereignisse im großen ganzen auf dasselbe heraus, wie die Windscheidsche Voraussetzung. Daß man sich der Theorie der Voraussetzung in einer mindestens analogen Weise zuwendet, zeigt die gewaltige innere Kraft ihrer juristischen Konstruktion. Die ihr zugrunde liegende Idee ist als eine sowohl juristisch haltbare, als auch durch die Macht der Tatsachen vernotwendigte anzusehen.

4. Über den Rücktritt von Verträgen mit englischen Versicherungsgesellschaften infolge des Kriegs siehe unten zu Beginn des Gesetzes über den Versicherungsvertrag unter B.

5. *Lazar, 71ff. Rücktritt vom Vertrage und Vorbereitungsvergütung. Tritt der Gläubiger auf Grund eines gesetzlichen Rücktrittsrechts vom Vertrage zurück, dann hat der Schuldner Anspruch auf Vergütung für seine Vorbereitungen, wenn ihn kein Verschulden trifft. Außerdem wird für die Vergütungsfrage in Betracht kommen, ob dem Verhalten des Gläubigers reine Willkür oder ein stichhaltiger vom Schuldner unabhängiger Grund unterliegt. Erklärt der Schuldner berechtigterweise den Rücktritt wegen vertragswidrigen Verhaltens des Gläubigers, dann steht ihm ein Vergütungsanspruch für Vorbereitungen zu. Erfolgt der Rücktritt auf Grund eines vertraglichen Rücktrittsrechts, dann kann der Schuldner Vergütung für seine Vorbereitungstätigkeit nicht fordern, da die von ihm geleisteten Dienste noch keinen Wert für den Gläubiger haben, was in § 346 Satz 2 vorausgesetzt wird (71—74).

§ 347.

Stuttgart 15. 6. 16, R. 16, Nr. 1275. Als Nutzung einer zurückzugewährenden Maschine ist nicht schlechthin der ganze Betrag zu vergüten, der durch die Benutzung der Maschine verdient worden ist, sondern es kommt darauf an, was die Benutzung gerade dieser Maschine für den Rückgabepflichtigen wert gewesen ist. Hat er die Maschine rasch haben wollen und alsbald benutzt, dann kommt der Vorteil, den er von ihr gehabt hat (§ 100 BGB.), dem Betrag gleich, den er für das Mieten einer solchen Maschine damals hätte ausgeben müssen. Dabei ist die Gesamtdauer der Zeit, während welcher er die Maschine benutzungshalber in seiner Fabrik gehabt hat, in Rechnung zu stellen, nicht die Stundenzahl der tatsächlichen Benutzung.

§ 349.

1. **RG.** 18. 12. 15, R. 16, Nr. 410. Die Erklärung des Rücktritts vom Vertrage kann auch im Prozesse durch Geltendmachung des Rücktrittsrechts erfolgen. Sie kann wirksam von dem Prozeßbevollmächtigten gegenüber dem des Gegners abgegeben werden.

2. **RG.** 18. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 693, R. 16, Nr. 409. Mit der Erklärung des Rücktritts vom Vertrage erlischt das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis, und damit erlöschen alle Verpflichtungen, die durch den Vertrag begründet waren. Die vom Vertrage zurückgetretene Partei verstößt nicht gegen Treu und Glauben, wenn sie nach dem Rücktritt das Angebot einer Ersatzleistung durch den Vertragsgegner zurückweist.

§ 351.

1. **RG.** 12. 4. 16, R. 16, Nr. 1083, WarnE. 16, 208. Der Umbau oder die bauliche Umgestaltung eines Wohnhauses in ein Geschäftshaus bedeuten ohne weiteres weder

eine wesentliche Verschlechterung des empfangenen Grundstücks im Sinne des § 351, noch eine Verarbeitung oder Umbildung der empfangenen Sache in eine Sache anderer Art im Sinne des § 352, wobei dahin gestellt bleiben kann, ob § 352 etwa nicht nur den Fall des § 950 im Auge hat. Auch ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht ergibt sich aus dem Umbau nicht ohne weiteres.

2. Rostock 5. 1. 16, MecklZ. 34, 273, OLG. 33, 218. Sollte die Verbauung gekaufter Ziegel eine Verschlechterung derselben insofern herbeigeführt haben, als sie infolge der Einlagerung in Zementmörtel schwer lösbar geworden sind, so ist diese Verschlechterung jedenfalls nicht verschuldet, wenn der Käufer sie in Unkenntnis der vorhandenen Mängel verbaut, von ihnen also den bestimmungsgemäßen Gebrauch gemacht hat.

§ 359.

Hamburg 9. 10. 15, R. 16, Nr. 27. Die Vertragsbestimmung: „Ein Rücktritt darf keinerseits mehr erfolgen, widrigenfalls der zurücktretende resp. gegen diesen Vertrag handelnde Kontrahent dem anderen ein Reugeld von 2000 M., sowie die gesamte Maklercourtage zu zahlen hat" besagt, daß der Vertrag endgültig geschlossen ist, daß aber ein trotzdem erfolgender Rücktritt gegen Zahlung einer Abfindung und Erstattung der Courtage freisteht.

§ 361.

Siehe bei § 326, II 2a.

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Erfüllung.

§ 362.

Schrifttum: Krückmann, Einige Bemerkungen zu den dauernden Schuldverhältnissen. IheringsJ. 66, 1.

1. Darmstadt 19. 5. 15, HessRspr. 16, 261. Das Erfüllungsgeschäft kommt zustande durch Bewirkung der Leistung. Was das Erlöschen des Schuldverhältnisses unmittelbar bewirkt, ist lediglich die Tatsache der Leistung. Ein Vertrag ist die Erfüllung nicht. Die unvollständige Leistung bringt die Schuld nicht zum Erlöschen, mag die Unvollständigkeit auch darauf beruhen, daß von dem Schuldner weniger angefordert war, als er in Wirklichkeit schuldete.

2. Friedrichs, 63. Die Erfüllung einer Schuld ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung. Durch die Erfüllung wird die Schuld getilgt, ohne und gegen den Willen des Schuldners. Dies gilt indessen nur, wenn die Forderung auf ein Geben und Tun gerichtet war. Die Unterlassung ist weder Rechtsgeschäft noch Rechtshandlung.

3. **RG.** 17. 2. 16, LeipzZ. 16, 751. Wenn dem auf Zahlung einer Schadensersatzrente Verklagten durch einstweilige Verfügung die Zahlung von Teilbeträgen an den Berechtigten für dessen Unterhalt aufgegeben wird, so wird mit der Leistung dieser Teilbeträge dem Berechtigten eine vorläufige Befriedigung zuteil, so daß er sich seinen Anspruch um jene Beträge kürzen lassen muß. Die Abschlagsleistungen sind Zahlungen auf die eingeklagte Forderung, die diese, soweit sie reichen, zur Tilgung bringen. Von einer Verweisung des Beklagten auf den Weg der Aufrechnung und noch dazu mit den Beschränkungen des § 394 kann keine Rede sein. Bei der Anrechnung dieser Zahlungen kommt das dem Berechtigten nach § 850 Abs. 3 ZPO. und in der BRVO. v. 17. 5. 15 gewährleistete Recht auf pfandfreie Belassung eines Teils des Rentenanspruchs überhaupt nicht in Frage. Auf die nach Anrechnung der Zahlungen verbleibenden Rentenbeträge ist dann freilich § 400 BGB. in Verbindung mit den vorbezeichneten Vorschriften anzuwenden.

4. **RG.** 29. 5. 15 — JDR. 14, 2 zu § 362 — betr. Leistung an einen Dritten auf Grund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger, abgedruckt auch: **RG.** 87, 36, HansGZ. 16, Bbl. 221.

5. Krückmann. Wie die dauernden Schuldverhältnisse überhaupt gehen auch Unterlassungsansprüche nicht durch Erfüllung, sondern durch Zeitablauf unter, so zwar, daß der Zeitablauf notwendiger Erlöschungsgrund nur für den Erfüllungsanspruch und die Leistungspflicht ist, nicht aber für die ganze Forderung und die ganze Schuld. Er verhindert nicht das Entstehen von Ersatzansprüchen und wirkt auf die entstandenen nicht ein. Einwandfreie Erfüllung hat lediglich die Wirkung, daß Ersatzansprüche nicht entstehen. Nichtleisten oder Schlechtleisten sind nur für die Ersatzpflicht von Bedeutung. Eine Unmöglichkeit der Leistung gibt es bei Unterlassungspflichten nicht, namentlich können Zuwiderhandlungen keine Unmöglichkeit herbeiführen. Ist der Zeitablauf die notwendige Ursache des Untergangs, dann kann die infolge Zeitablaufs untergehende oder untergegangene Verpflichtung nicht noch einmal infolge einer weiteren Ursache untergehen. In dieser Hinsicht verträgt der Zeitablauf andere Ursachen nicht neben sich, weder verschuldete noch unverschuldete Unmöglichkeit.

6. a) **RG.** 6. 10. 16, GruchotsBeitr. 61, 122, JW. 16, 1528. Die Frage, ob und wann die geschuldete Leistung bewirkt ist, ist auf Grund des die Erfüllungspflicht allgemein regelnden § 242 zu beantworten. Wenn der Schuldner die von ihm geschuldete Summe der von dem Gläubiger bestimmten Bank telegraphisch übermittelt und die Post die Bank durch Übersendung des Postabschnitts von der unmittelbar bevorstehenden Überweisung verständigt, dann ist hierdurch der Erfolg von dem Schuldner herbeigeführt, auf den es in der Sache ankommt, und die Zahlung gilt als bewirkt, auch wenn auf Grund eines besonderen Abkommens zwischen der Post und der Bank die Post das Geld der Bank erst am folgenden Tag durch Bankgiroübertragung förmlich überweist.

b) Hamburg 25. 3. 16, BankA. 16, 13, HansGZ. 16, Hptbl. 227, LeipzZ. 16, 1389, OLG. 33, 227. Eine Zahlung, die der Schuldner innerhalb bestimmter Frist an die Bank des Gläubigers zu leisten hat, ist nach Treu und Glauben nicht verspätet, wenn der Betrag am letzten Fristtage durch Postanweisung der zuständigen Postanstalt zugegangen ist und die Abführung an die Bank sich nur deshalb verzögert, weil zwischen dieser und der Postanstalt eine Vereinbarung des Inhalts besteht, daß die durch Postanweisung für die Bank eingehenden Beträge dieser von der Post im Girowege zu überweisen sind.

c) LG. III Berlin 1. 2. 16, JW. 16, 978. Zahlt der Schuldner den geschuldeten Betrag auf das Postscheckkonto des Gläubigers ein, so ist durch die Gutschrift auf diesem Konto die Zahlung als erfolgt anzusehen, da sie bei der von dem Gläubiger durch die Anlegung des Postscheckkontos selbst bestimmten Zahlstelle ordnungsmäßig geschehen ist.

d) Leo, Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen und Einhaltung von Zahlungsfristen bei Zahlung durch Giroüberweisung oder Scheck, BankA. 15, 420. Die Tatsache, daß jemand eine Girokonto hat, ergibt noch nicht schlechthin die Berechtigung für jeden, durch Zuschrift an dieses zu zahlen; es gehört das Einverständnis des Gläubigers dazu, damit diese Leistung statt der gesetzlichen gilt. Es genügt aber irgend eine allgemeine oder besondere Kundgebung des Gläubigers nach außen, um zur Zuschrift zu ermächtigen, z. B. Führung des Bankkontos auf Briefbogen, Angabe desselben im Adreßbuche. Doch ist immer ein Widerspruch des Gläubigers gegen eine Zuschreibung und ein Verlangen barer Zahlung beachtlich. Ein Rechtssatz, daß jeder Gläubiger sich einen Scheck als Zahlung gefallen zu lassen braucht, ist nicht anzunehmen. Es wird immer auf die Lage des Einzelfalls ankommen, insbesondere darauf, was im dem Geschäftsverkehr der Parteien üblich ist. — Die durch Giroüberweisung gemachte Zahlung gilt als erfolgt, wenn die Bank die Gutschrift auf dem Konto der Empfängerin vorgenommen hat. Bei Scheckhingabe hat die Zahlung als erfolgt zu gelten erst mit der Leistung der Bank an den Empfänger (§ 788). Doch kann es im Einzelfall nach Lage der Tatsachen anders sein: in der stillschweigenden Annahme eines Schecks kann die Erklärung liegen, die Leistung als sofort erfolgt, wenn auch unter Vorbehalt des Eingangs, gelten zu lassen.

7. *Lazar, 67. Bedeutung der Vorbereitungstätigkeit des Schuldners in den Fällen der Erlöschung der Obligation durch Zweckerreichung.

8. Friedrichs, 60. Die §§ 362—371 sind auf alle öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten anzuwenden.

§ 364.

1. Dresden 29. 9. 15, SächsOLG. 37, 285. Daß der Wechsel zahlungshalber gegeben wird, ist im kaufmännischen Leben die Regel, so daß die Hingabe an Zahlungsstatt nur beim Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden kann. Eines Vorbehalts des Eingangs bedarf es nicht, um die Annahme an Zahlungsstatt auszuschließen. — Der Gläubiger, der einen Wechsel zahlungshalber angenommen hat, kann auf die zugrunde liegende Forderung nur zurückgreifen, wenn er aus dem Wechsel keine Befriedigung erlangt hat und erlangen kann. Auf die Geltendmachung im Konkurse des Wechselschuldners braucht er sich nicht verweisen zu lassen. Er kann auf die Forderung nicht zurückgreifen, wenn er durch die Weitergabe des Wechsels Valuta erhalten hat und diese behalten kann.

2. Friedrichs, 66. Wird bei einem öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis ein Vertrag über Annahme an Erfüllungsstatt geschlossen, dann entsteht ein Rechtsverhältnis, auf das die Vorschriften des BGB. in vollem Umfange anwendbar sind. Aber die Behörden sind in Abschließung solcher Verträge nicht freigestellt.

§ 366.

LG. Mannheim 1. 7. 16, BadRpr. 16, 168. Unter „Sicherheit" versteht das Gesetz eine Sicherung der Forderung, wie sie z. B. in §§ 232, 273 erwähnt ist, oder andere Momente, die die Güte der Forderung bestimmen; mit der Frage, ob die Forderung eine titulierte ist oder nicht, hat die Frage der Sicherheit nichts zu tun. Doch ist die urteilsmäßige Schuld, für die jederzeit vollstreckt werden kann, die dem Schuldner lästigere, und deshalb ist in der Regel zu unterstellen, daß er sie in erster Linie tilgen will.

§ 368.

GewG. Neukölln 18. 6. 15, GewuKfmG. 21, 116. Der Arbeitgeber ist berechtigt, von dem Arbeiter Quittung über den Empfang der Arbeitspapiere zu verlangen. Gläubiger ist jeder, der eine Leistung verlangen kann, also ist es auch der Arbeiter, dem ein Herausgebeanspruch bezüglich der Arbeitspapiere nach § 985 zusteht.

§ 370.

Hamburg 11. 6. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 1, OLG. 33, 237. Wird dem Leistenden eine gefälschte Quittung gebracht, dann ist § 370 nicht anwendbar. Vielmehr hat der Leistende den Schaden zu tragen, der ihm durch Zahlung gegen eine gefälschte Quittung erwächst.

Zweiter Titel. Hinterlegung.

§ 372.

1. Über den Eintritt des Verzugs bei Unterlassung der Hinterlegung: siehe § 285, 3.

2. Friedrichs, 66. Die §§ 372—386 werden auch dann angewendet, wenn der Anspruch dem öffentlichen Rechte angehört.

§ 377.

Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, JheringsJ. 66, 130ff. Keine relative Rechtszuständigkeit im Falle des § 377 (176).

§ 379.

Friedrichs, 69. Der Erlaßvertrag ist bei allen Forderungen des öffentlichen Rechts an sich möglich. Aber in gewissen Fällen darf eine öffentliche Kasse eine öffentlich-rechtliche Forderung nicht erlassen.

§ 380.

RG. 16. 12. 15; 87, 375, LeipzZ. 16, 1424. Der Gläubiger kann von dem Schuldner, der wegen Ungewißheit über die Person des Empfangsberechtigten hinterlegt hat, wenn der Schuldner auch den Verzicht auf die Rücknahme des hinterlegten Geldes erklärt und dadurch auf Grund der §§ 376 Abs. 2 Nr. 1, 378 von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit worden ist, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte, doch eine dem § 380 entsprechende Erklärung verlangen, wenn die hier aufgestellten drei Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Voraussetzungen bestehen darin, daß der Gläubiger zunächst sein Gläubigerrecht nachweist, daß er von der Unterstellung der Nichthinterlegung aus sein Recht dartut, die Leistung zu fordern, und daß nach den für die Hinterlegungsstelle geltenden Bestimmungen zum Nachweise seiner Empfangsberechtigung die verlangte Anerkenntniserklärung des Schuldners erforderlich oder genügend ist. Sind neben dem Gläubiger noch andere Empfangsberechtigte vorhanden, dann genügt die Anerkennung des Schuldners unter allen Umständen erst dann, wenn die anderen Beteiligten die Anerkennung dem Gläubiger bereits erteilt haben oder in einem anderen Prozesse rechtskräftig verurteilt sind (HinterlegO. § 14 Nr. 1 und 2). Nur erforderlich ist die Anerkennung des Schuldners in der Regel dann nicht, wenn er wegen Ungewißheit über die Person des Gläubigers hinterlegt und auf die Rücknahme verzichtet hat; die Möglichkeit, daß er nach § 382 später einmal zur Rücknahme berechtigt sein könnte, reicht nicht aus, um ihn zum Hinterlegungsbeteiligten zu machen. Daher gehört der Schuldner, der ohne Verzicht auf Rücknahme hinterlegt hat, zu den Hinterlegungsbeteiligten.

§ 385.

Mittelstein, Marktpreis und Unmöglichkeit der Lieferung, DJZ. 16, 977. Bei dem Marktpreis (vgl. **RG.** 34, 121; 47, 113) handelt es sich um einen Durchschnittspreis, gewonnen aus einer Reihe im regelmäßigen Handel in dieser Ware in demselben Zeitraum geschlossener Geschäfte. Wird er nach dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellt, dann haben solche festgestellten Preise die Vermutung der Richtigkeit für sich (ROHG. 5, 331). Fehlt es an einer derartigen Feststellung, dann muß der Marktpreis nachträglich ermittelt werden. Der Marktpreis kann verschieden sein, nicht nur nach der Art der Ware und der Zeit, sondern auch nach dem Ort. Vereinzelte Geschäfte, mehrere in bezug auf die Zeit des Abschlusses erheblich auseinander fallende Geschäfte, Geschäfte, die nicht im regelmäßigen Handelsverkehr geschlossen sind, sind nicht geeignet zur Feststellung eines Marktpreises.

Dritter Titel. Aufrechnung.

Schrifttum: Upmeyer, Ipso iure compensari. Berlin 1913.

§ 387.

1. **RG.** 23. 9. 15, BankA. 15, 262. Ein Anspruch auf Geldleistung und ein Anspruch auf Befreiung von einer Schuld sind nicht gleichartig und daher zur Aufrechnung ungeeignet (JW. 10, 3328); zu vgl. JDR. 14, 141, 1 zu § 387.

2. Hamburg 4. 4. 16, OLG. 33, 32. Mit Ansprüchen auf Erstattung von Kosten des vorliegenden Rechtsstreits kann in diesem noch nicht aufgerechnet werden, weil die Bezahlung der Kosten erst mit der Vollstreckbarkeit des Urteils verlangt werden kann, und es daher bis dahin an dem Erfordernisse der Fälligkeit fehlt.

3a) **RG.** 27. 5. 16, WarnE. 16, 392. Es ist rechtlich nicht unzulässig, daß Barzahlung unter Ausschluß der gesetzlichen Aufrechnungsbefugnis ausbedungen wird (vgl. **RG.** 60, 357).

b) Posen 22. 12. 15, PosMSchr. 16, 10. Übersendet der unter Geschäftsaufsicht stehende Schuldner einer Bank zu einem ganz bestimmten Zwecke Geld, und nimmt die Bank diesen Auftrag in Kenntnis des Bestehens der Geschäftsaufsicht an, dann ist aus den Umständen des Falls zu folgern, daß die Befugnis der Bank zur Aufrechnung gegen die etwaige Forderung auf Rückzahlung des nicht verbrauchten Geldes ausgeschlossen ist.

4. **RG.** 12. 1. 16, LeipzZ. 16, 535, R. 16, Nr. 411. Der Aufrechnungsvertrag setzt Gleichartigkeit der beiderseits geschuldeten Leistungen nicht voraus. Seine Wirksamkeit ist jedoch vom Bestande der zur Aufrechnung gebrachten Forderungen abhängig.

5 a) Friedrichs, 67. Die Vorschriften des BGB. über die Aufrechnung, namentlich die Konstruktion in § 388, sind auch bei Forderungen des öffentlichen Rechts anwendbar. Die Aufrechnung ist auch zwischen öffentlichen und privaten Forderungen zulässig (vgl. JDR. 14, 4 zu § 387).

b) Behr, Über die Zulässigkeit gegenseitiger Aufrechnung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Forderungen, DJZ. 16, 772. Diese ist unter dem Vorbehalte der aus dem BGB. und dem gemeinen Rechte sich ergebenden Beschränkungen zu bejahen. Wenn die Forderung privatrechtlich und die Gegenforderung öffentlich-rechtlich ist, sei es daß der Staat einen Anspruch aus zivilrechtlichem Grunde hat und der Schuldner mit einer öffentlich-rechtlichen Gegenforderung aufrechnet, sei es, daß gegen den Staat ein zivilrechtlicher Anspruch besteht, und der Staat mit öffentlich-rechtlicher Forderung aufrechnet, dann findet das bürgerliche Recht unmittelbare Anwendung; der Anspruch bestimmt die Natur des Rechtsverhältnisses; die Aufrechnung ist zulässig, weil sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist; den Bedürfnissen der öffentlichen Verwaltung trägt § 395 Rechnung; daß die Forderungen nicht „gleichwertig" sind, würde nur der Aufrechnung privatrechtlicher Forderungen gegen öffentlich-rechtliche entgegenstehen, nicht umgekehrt hindern, daß die stärkere öffentlich-rechtliche die schwächere privatrechtliche ausgleichen kann; auch ein Bedürfnis zur Aufrechnung kann vorliegen. Ist die Forderung öffentlich-rechtlich und die Gegenforderung privatrechtlich, sei es daß der Staat einen öffentlich-rechtlichen Anspruch geltend macht, und der Pflichtige eine Gegenforderung aus privatrechtlichem Titel erhebt, sei es daß gegen den Staat ein Anspruch aus öffentlich-rechtlichem Grunde erhoben wird, und der Staat mit einer privatrechtlichen Gegenforderung aufrechnen will, dann findet öffentliches Recht Anwendung; die Aufrechnung ist aber auch eine Einrichtung des öffentlichen Rechts; Aufrechnung öffentlich-rechtlicher Forderungen gegeneinander wird in den Gesetzen ausdrücklich zugelassen oder in ihnen stillschweigend vorausgesetzt. Die Quellen machen keinen Unterschied, ob beiderseits oder nur auf einer Seite eine Forderung des öffentlichen Rechts in Frage steht, und diese Bestimmungen sind als öffentlich-rechtliche durch das BGB. nicht berührt; auch das Bedürfnis der öffentlichen Verwaltung ist sichergestellt.

c) Josef, Gesetzwidrige Einziehung von Abgaben in ihrer Einwirkung auf die Zulässigkeit des Rechtswegs sowie Aufrechnung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Forderungen gegeneinander, VerwA. 24, 324ff., insbes. 330ff. Durch die Rechtseinrichtung der Aufrechnung soll vermieden werden der Austausch von Zahlungen, der wirtschaftlich zwecklos wäre; dieser rechtspraktische Zweck nötigt zu der Annahme, daß die Aufrechnung auch zulässig ist gegenüber Ansprüchen und mit Ansprüchen, die dem öffentlichen Rechtsgebiete angehören. Die Gleichartigkeit der Forderungen ist auch hier, obwohl die Forderungen verschiedenen Rechtssystemen erwachsen sind, vorhanden. Voraussetzung der Zulässigkeit der Aufrechnung ist dabei aber, daß die Behörde, bei der der Rechtsstreit anhängig ist, auch zuständig ist zur Entscheidung über den Anspruch, der durch die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung geltend gemacht wird. Der Ansicht Hartmanns, der die Aufrechnung privatrechtlicher Forderungen gegen öffentlich-rechtliche verneint — DJZ. 12, 1519, LeipzZ. 15, 1295 —, ist nicht beizutreten. Die Aufrechnnug öffentlich-rechtlicher Forderungen gegen privatrechtliche wird auch von **RG.** 77, 411; 80, 372 zugelassen.

d) Hartmann, Können öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden? LeipzZ. 16, 1533. Da das Gebiet des öffentlichen Rechts von der Staatsidee beherrscht wird, ist die subsidiäre Anwendung von Privatrechtsnormen auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse jedenfalls dann abzulehnen, wenn die Verkümmerung der staatlichen Zwecke die Folge sein würde. Das würde aber der Fall

sein, wenn es zulässig sein sollte, öffentlich-rechtlichen Forderungen, die von einem Organ der Staatsgewalt im öffentlichen d. h. Gesamtinteresse geltend gemacht werden, privatrechtliche Forderungen, die nur dem Sondervorteil dienen, entgegenzusetzen. Der Aufrechnung gegen öffentlich-rechtliche Forderungen des Staats mit privatrechtlichen Forderungen steht aber auch weiter entgegen, daß öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Forderungen inkommensurable Größen sind, und die öffentlich-rechtliche die stärkere ist, und ferner, daß dem Staat, der als Träger von Hoheitsrechten auftritt, die Parteifähigkeit im gewöhnlichen zivilprozessualen Sinne fehlt, woraus weiter folgt, daß die Organe der öffentlichen Gewalt zur gleichzeitigen Vertretung des Staats in privatrechtlicher Beziehung nicht legitimiert sind. Die entsprechende Anwendung der Bestimmungen über Aufrechnung ist auch dann abzulehnen, wenn es sich um Aufrechnung öffentlich-rechtlicher Forderungen des Staats gegen privatrechtliche Forderungen der Untertanen handelt; es fehlt an einem Bedürfnisse hierfür, weil dem Staat weitgehende Zwangsmittel zur Beitreibung zur Verfügung stehen, so daß er die Aufrechnung entbehren kann. Dagegen ist die Aufrechnung zulässig, wenn gegenüber einer privatrechtlichen Forderung des Fiskus Ansprüche eines Privaten geltend gemacht werden, die zwar im öffentlichen Rechte begründet sind, aber doch ausschließlich dem Vermögensinteresse des Privaten dienen und deshalb ebenso zu seiner Verfügung stehen, wie zivilrechtliche Ansprüche; hier sind die sich gegenüberstehenden Forderungen gleichwertig. Dasselbe gilt, wenn sich zwei öffentliche Verbände auf dem Boden der Gleichheit mit gleichartigen Interessen gegenüberstehen.

§ 389.

Upmeyer. Die Aufrechnung ist nicht als reines Erfüllungsrechtsverhältnis nach Art der Zahlung aufzufassen. Sie verfolgt einen dieser Kategorie von Rechtsverhältnissen fremden Zweck, den Erfüllungssicherungszweck; sie gehört zu den erfüllungssichernden Hilfsrechtsverhältnissen, die mit den pfandrechtlichen Rechtsgebilden nicht identisch sind, sondern Rechtsverhältnisse der verschiedensten Art und Form umfassen, welche mit dem Pfandrecht nichts weiter als den Zweck, die Erfüllung eines Schuldverhältnisses zu sichern, gemeinsam haben. Die Aufrechnung ist kein Anwendungsfall des Pfandrechts, sondern nur infolge des Zwecks mit ihm verwandt. Die Beachtung dieses Charakters der Aufrechnung gibt einen wichtigen Fingerzeig für die Erforschung der intensiven Entwicklung der Aufrechnung, in der allein das ipse iure compensari eine Rolle gespielt haben kann. Der Verlauf dieser Entwicklung war ein ähnlicher wie beim pignus. In der älteren Zeit war die compensatio ein der indirekten Erzwingung der Befriedigung dienendes Rechtsgebilde genau so, wie das pignus. Erst in spätklassischer Zeit wandelte sie sich zu einem Rechtsverhältnis mit direkter materieller Zwangsbefriedigungsfunktion um. Diese Rechtsänderung wird durch das ipso iure compensari bezeichnet. Diese Formel hat hier dieselbe Bedeutung wie beim pignus die Schaffung des dinglichen Rechts. Mit ihr trat die moderne Aufrechnung ins Leben (7—10). Hierauf wird zunächst das Recht der älteren Zeit geschildert (10—41), dann die ipso iure compensatio, und zwar zunächst das Recht der Vorjustinianischen Zeit (41—87), dann das Recht der Justinianischen Zeit und des Gemeinen Rechts (87—91). Die in Betracht kommenden Quellenstellen werden angeführt und eingehend besprochen.

§ 392.

Kiel 29. 2. 16, SchlHolstAnz. 16, 113. Im Sinne des § 392 kommt es für die Frage, wann die Gegenforderung erworben ist, nicht auf den Zeitpunkt an, wo sie fällig und aufrechenbar geworden ist, sondern es ist entscheidend, wann die rechtliche Grundlage für den Gegenanspruch erwachsen ist.

§ 394.

1. **RG.** 18. 6. 15; 87, 82. Die Aufrechnung ist nach § 394 in Verbindung mit § 850 Abs. 3 ZPO. nur gegen diejenigen Schadensersatzansprüche eines durch einen Unfall

Verletzten ausgeschlossen, die diesem einen Ausgleich des durch Erwerbseinbuße und Mehrung der Bedürfnisse entstehenden dauernden, nicht bloß zeitweiligen Schadens gewähren sollen.

2. Kiel 28. 9. 15, SeuffA. 71, 199. Vorschüsse auf das Gehalt, die rechtlich nichts anderes als Gehaltszahlungen sind, müssen ganz von selbst und ohne daß es einer Parteiverabredung bedarf, ja sogar entgegen einer davon etwa abweichenden Parteivereinbarung, auf den unpfändbaren Teil des Gehalts verrechnet werden.

3. GewG. Leipzig 30. 12. 15, GewuKfmG. 21, 204. Wenn der Angestellte sich durch Unterschlagung an dem Vermögen des Arbeitgebers vergriffen hat, zumal bei einem weit größeren Betrage, als seine Lohnforderung an sich ausmacht, ist eine Berufung auf §§ 394 BGB., 850 Nr. 1 ZPO. nicht zulässig.

4. a) Aufrechnung gegen Forderungen von Gläubigern, die unter Geschäftsaufsicht stehen (JDR. 14, 1 und 2 zu § 394; vgl. auch die Zusammenstellung bei Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 3, 115, Heilberg, JW. 16, 1223).

α. Stuttgart 6. 6. 16, JW. 16, 1036. Die Aufrechnung gegen eine Forderung des unter Geschäftsaufsicht stehenden Gläubigers ist zulässig. Trotz § 14 KO. ist Aufrechnung im Konkurse nach Maßgabe der §§ 35 bis 55 KO. zulässig; § 394 steht ihr somit nicht entgegen. Dasselbe muß aber für den dem § 14 KO. nachgebildeten § 5 BRVO. v. 8. 8. 14 gelten. § 394 bezieht sich aber auch nur auf Forderungen, die ihrer besonderen Art nach der Pfändung nicht unterliegen, nicht aber schlechthin auf alle Forderungen, die deshalb nicht gepfändet werden können, weil der Vermögenskomplex, dem sie angehören, dem Zugriff der Gläubiger oder (im Konkus) einzelner (Konkurs-)Gläubiger entzogen ist.

β. Posen 22. 12. 15, PosMSchr. 16, 10. Die Aufrechnung gegen Forderungen der unter Geschäftsaufsicht stehenden Personen ist zulässig. § 5 VO. v. 8. 8. 14 enthält keine Pfändungsbeschränkung im Sinne des § 394.

γ. Celle 12. 10. 15, LeipzZ. 16, 178, R. 16, 82 bejaht die Zulässigkeit der Aufrechnung, ebenso

δ. Karlsruhe 30. 6. 16, JW. 16, 1213.

ε. LG. Flensburg 10. 4. 16, SchlHolstAnz. 16, 85. Gegen Forderungen eines Schuldners, bezüglich dessen eine Geschäftsaufsicht gemäß VO. v. 8. 8. 14 angeordnet ist, ist die Aufrechnung zulässig. Die VO. verleiht keinem einzigen Vermögensgegenstande des Schuldners, und also auch nicht seinen Forderungen, die Eigenschaft, der Pfändung nicht unterworfen zu sein, sondern gibt dem Schuldner lediglich das auch noch zeitlich beschränkte persönliche Privileg, daß Zwangsvollstreckungen in sein Vermögen durch eine umgrenzte Anzahl von Gläubigern zeitweise nicht stattfinden dürfen.

ζ. Gilbert, Die Aufrechnung gegen Forderungen des unter Geschäftsaufsicht stehenden Schuldners, R. 16, 38. Die Aufrechnung ist zulässig. Da §§ 7 Abs. 2, 8 der VO. v. 8. 8. 14 sich nur auf das Verhältnis des Schuldners zu der Aufsichtsperson beziehen, also Rechtshandlungen, die der Schuldner ohne die erforderliche Zustimmung der Aufsichtsperson vornimmt, nicht unwirksam machen, ist der Schuldner auch ohne diese Zustimmung und sogar entgegen den von der Aufsichtsperson getroffenen Anordnungen befugt, aufzurechnen; dann kann aber auch eine dem Schuldner gegenüber erklärte Aufrechnung nicht schon mit Rücksicht auf §§ 7 Abs. 2, 8 unwirksam sein. Auch aus § 394 BGB. in Verbindung mit § 5 VO. ergibt sich die Unzulässigkeit der Aufrechnung nicht. § 394 findet nur auf solche Forderungen Anwendung, die ihrer rechtlichen Natur nach unpfändbar sind, aber nicht auf solche, die nur — wie nach § 5 VO. — aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde einzelnen Dritten gegenüber der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen.

b) Die die Zulässigkeit der Aufrechnung verneinende Entscheidung Braunschweig 5. 11. 15 — JDR. 2 zu § 394 — abgedruckt auch: LeipzZ. 16, 179, R. 16, 82.

§ 395.

Behr, DJZ. 16, 772. § 395, der dem öffentlichen Interesse dient und als Vorrecht der öffentlichen Kassen ausgelegt werden muß, hat nicht lediglich den Ausgleich gegenseitiger zivilrechtlicher Forderungen im Auge, sondern schließt die Aufrechnung gegen und mit Forderungen öffentlich-rechtlicher Natur nicht aus.

Vierter Titel. Erlaß.

§ 397.

RG. 14. 3. 16, R. 16, Nr. 1865. Jahrelanges Unterlassen der Einforderung eines Gesellschaftsgewinns, obwohl wiederholt aller Anlaß dazu bestanden hätte, kann als Verzicht angesehen werden.

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung.

§ 398.

1. **RG.** 9. 6. 15; 87, 68. Der Abtretungsvertrag unter den bei der Abtretung beteiligten Personen (pactum de cedendo) verpflichtet den anderen Teil zur Erfüllung, also zur Nachholung der für die dingliche Rechtswirkung, die Abtretung, vorgeschriebenen Formen und Handlungen, wenn mangels Beobachtung dieser Formen und Handlungen die dingliche Rechtswirkung nicht eingetreten ist. Ein abstraktes, von den sonst der Abtretung zugrunde liegenden Rechtsgeschäften völlig unabhängiges Geschäft ist er nicht. Er kann sich auf die Abtretung beschränken, braucht es aber nicht. Ist er Bestandteil eines Kaufvertrags, dann wird er von allen Mängeln dieses Hauptvertrags und von den Einreden, die daraus erwachsen, mitergriffen. Die dingliche Abtretungserklärung setzt nicht stets einen schuldrechtlichen Abtretungsvertrag unter denselben Personen voraus und führt einen solchen nicht stets herbei. Sie kann zur Verwirklichung von Verträgen anderer Personen dienen, ohne selbst schuldrechtliche Beziehungen zu begründen, z. B. wenn sie auf Anweisung des Berechtigten vorgenommen wird.

2. Ausschluß des Übergangs der Einziehungsbefugnis auf den neuen Gläubiger. a) **RG.** 5. 5. 16, LeipzZ. 16, 1006. Eine Abtretung, bei der dem Zedenten die Einziehung der abgetretenen Forderungen belassen wird, und der Zessionar die vertragliche Verpflichtung übernimmt, bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses eine Benachrichtigung des Schuldners zu unterlassen, ist ungültig (**RG.** 37, 106).

b) Dresden 1. 2. 15, SächsOLG. 37, 112. Die Abmachung, wonach dem Abtretenden schlechthin die weitere Verfügung über die abgetretenen Forderungen verbleibt, und er berechtigt ist, die Forderungen von den Schuldnern einzuziehen und die eingezogenen Beträge in seinem Geschäftsbetriebe zu verwenden, und nur verpflichtet ist, neu entstehende Außenstände als Ersatz eintreten zu lassen, über die er wiederum frei verfügen und die er von den Schuldnern wiederum einziehen kann, ist mit dem Wesen der Rechtsübertragung nicht vereinbar.

c) **RG.** 9. 12. 15, R. 16, Nr. 214. Die Abrede, daß der Abtretende weiter berechtigt bleiben solle, die abgetretene Forderung im eigenen Namen und für eigene Rechnung weiter einzuziehen, verträgt sich nicht mit einer ernstlichen Übertragung der Forderung. Dies gilt aber nur, wenn die Verfügung dauernd und bedingungslos bei dem alten Gläubiger belassen wird. Mit der Einschränkung, daß der Einziehungsvorbehalt für den Abtretenden nur so lange bestehen solle, als dieser nicht mit seiner Leistung gegenüber dem neuen Gläubiger, zu dessen Sicherheit die Abtretung erfolgt, in Verzug gerate, ist dagegen die Abmachung mit dem Wesen der Rechtsübertragung vereinbar.

d) **RG.** 3. 3. 16, GruchotsBeitr. 60, 851, LeipzZ. 16, 675, R. 16, Nr. 649. Von einer Übertragung der Forderung auf einen anderen Gläubiger kann nicht gesprochen werden, wenn nach der Vereinbarung bei der Abtretung dem Zedenten der wesentlichste

Inhalt des Gläubigerrechts, die Verfügung über die Forderung und deren Einziehung im eigenen Namen nebst Verwendung des Eingezogenen zu eigenen Zwecken verbleiben soll. Dies gilt auch für die Sicherungsabtretung. Die Vertragsbestimmung, daß das Recht des Zedenten auf Einziehung im eigenen Namen und auf eigene Verwertung der Einziehungsbeträge in bestimmten Fällen versagen, und daß beim Eintritt dieser Fälle dem Zessionar das Einzugsrecht zukommen soll, kann, wenn der Vertrag etwas anderes nicht besonders erkennen läßt, nicht als eine bedingte Abtretung angesehen werden, deren Wirksamkeit vom Eintritt dieser Fälle abhängen soll. Sie kann vielmehr nur die Folge haben, daß die zunächst mangels der Voraussetzung des § 398 unwirksame Abtretung vom Eintritt jener Fälle an zu einer wirksamen Abtretung werde.

e) **RG.** 4. 2. 16, JW. 16, 959, LeipzZ. 16, 1097, R. 16, Nr. 922, SeuffA. 71, 425. Eine Verabredung, wonach das Recht der Einziehung im eigenen Namen auf den Zessionar überhaupt nicht übergehen, sondern dauernd und bedingungslos bei dem bisherigen Gläubiger verbleiben soll, ist mit dem Wesen der Abtretung nicht vereinbar. Dagegen steht diesem nicht entgegen, daß im Anschluß an die Abtretung oder später der Zessionar aus freien Stücken oder auf Wunsch des bisherigen Gläubigers diesem den Auftrag und die Ermächtigung erteilt, die Forderung im eigenen Namen, aber für Rechnung des Zessionars einzuziehen. Bei einer solchen Vereinbarung handelt es sich um eine Geschäftsbesorgung im Interesse des Zessionars, welche die Verpflichtung, nicht das Recht des bisherigen Gläubigers zur Einziehung begründet und die Einziehungsbefugnis des Zessionars nicht beschränkt, und es kann keine Rede davon sein, daß der Abtretende nach wie vor aus eigenem Recht zur Einziehung der Forderung befugt sein soll, vielmehr soll er auf Grund der erteilten Ermächtigung nur das Recht des Zessionars ausüben, auf den die Einziehungsbefugnis übergegangen ist.

f) **RG.** 17. 1. 16, BayRpflZ. 16, 110, JW. 16, 477, R. 16, Nr. 413. Das Abkommen, die Außenstände mittels des Postüberweisungsverkehrs dem Vertragsgegner zufließen zu lassen (mit der Post zu vereinbaren, daß die täglich einlaufenden Geldbeträge auf das Reichsbankgiro des Vertragsgegners übermittelt werden), hat nicht die Bedeutung, daß dem Zedenten trotz der Abtretung wenigstens nach außen hin die Verfügungsmacht über die Forderungen bleiben soll, sondern die, daß der Zedent, auch wenn er äußerlich Gläubiger geblieben scheint, dulden muß, daß nur der Vertragsgegner die Außenstände durch die Post sich überweisen läßt. Es liegt eine rechtswirksame Abtretung vor.

3. a) **RG.** 19. 1. 15 betr. Unwirksamkeit der Abtretung von Mietzinsforderungen durch den Eigentümer an den Nießbraucher — JDR. 14 Nr. 14 zu § 398 — auch **RG.** 86, 135 abgedruckt.

b) KG. 30. 9. 16, JW. 16, 1431. Die Abtretung von Mietzinsforderungen durch den Eigentümer des Grundstücks an den Nießbraucher ist unwirksam, da die Mietzinsforderungen bereits dem Nießbraucher zustehen, und zur Übertragung eines Rechts begrifflich ein Übertragender und ein empfangsfähiger Erwerber notwendig sind (**RG.** 80, 311; 86, 135). Nachträgliche Genehmigung gemäß § 185 kann dies von vornherein gegenstandslose und nichtige Geschäft nicht wirksam machen. Auch § 308 ist nicht anwendbar.

4. Erfordernis der genügenden Bestimmtheit und Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung. a) **RG.** 9. 12. 15, R. 16, Nr. 215, WarnE. 16, 117. Die allgemeine Bezeichnung der abgetretenen Forderungen: „meinen gesamten aus meinen Büchern ersichtlichen Forderungen gegen meine deutsche Kundschaft", „auch die auf solche Art neu von mir erworbenen Forderungen", „die sich jeweilig aus meinen Büchern ergebenden Forderungen an die deutsche Kundschaft" gibt den Gegenständen der Abtretung nicht diejenige Bestimmtheit und Unterscheidbarkeit, die für das dinglich wirkende Übertragungsgeschäft erforderlich ist.

b) Dresden 1. 2. 15, SächsOLG. 37, 112. Die Abtretung der sämtlichen Geschäftsaußenstände, auch der künftigen, entbehrt der erforderlichen Bestimmtheit und

Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderungen und der dadurch bedingten Gewißheit des Inhalts und Gegenstands des Rechtsgeschäfts.

c) Hamburg 13. 1. 16, HansGZ. 16, Bbl. 121, R. 16, Nr. 648, SeuffA. 71, 312. Die Abtretung aller Rechte auf Zahlung der Mieten für ein bestimmtes Haus von einem bestimmten Zeitpunkte ab, und zwar sowohl auf Grund der jetzt bestehenden, wie auf Grund aller noch in Zukunft zu schließender Mietsverträge, mit der Bestimmung, daß der Zessionar die Abtretung den Mietern erst vorlegen werde, wenn die Auszahlung gekündigter Hypotheken und die Zahlung der fälligen Zinsen vom Grundeigentümer nicht erfolge, ist mangels genügender Bestimmtheit und Bestimmbarkeit unwirksam. Der Zeitpunkt, von dem ab die Mieten wirklich auf den Zessionar übergehen sollen, ist von vornherein ganz unbestimmt und hängt von Umständen ab, die den Mietern und den Gläubigern der Parteien unbekannt sind. Derartige im einzelnen nicht genau bestimmte und im voraus nicht bestimmbare Abtretungen zukünftiger Forderungen können im Interesse der Rechtssicherheit nicht als zulässig angesehen werden.

d) Hamburg 14. 2. 16, LeipzZ. 16, 1390. Die Abtretung der „laufenden und zukünftigen Mietzinsforderungen" aus bestimmten Häusern „bis auf weiteres" ist wirksam. Die abgetretenen Forderungen sind bestimmt genug bezeichnet. Die Abtretung zukünftiger Forderungen ist zulässig. Wenn die Abtretung bis auf weiteres erfolgt, so ist damit der Zessionar verpflichtet, die vorhandenen Forderungen nach Erreichung des wirtschaftlichen Zwecks der Abtretung zurückzuübertragen. Daß dieser Zweck in der Urkunde nicht angegeben ist, macht nichts aus.

4. **RG.** 6. 6. 16; 88, 290, R. 16, Nr. 1477. Da eine Forderung aus einem Wechsel ohne den Besitz des Papiers nicht geltend zu machen ist, kann sie nur unter Übergabe des Papiers wirksam übertragen werden (**RG.** 3, 329; 27, 377).

5. LG. Schweinfurt 23. 3. 14, BayNotZ. 53, 273. Über den Zinsanspruch aus einer Hypothenforderung kann, da das Zinsgenußrecht ein selbständiges, zahlenmäßig bestimmtes und dem Betrage nach abscheidbares Recht auf die Leistung eines anderen ist, selbständig in jeder beliebigen Weise, auch im Wege der Abtretung, verfügt werden.

6. Sicherungsabtretung. a) **RG.** 8. 10. 15, DNotV. 16, 646, R. 16, 52, WarnE. 16, 17. Da die Abtretung zu den sog. abstrakten Rechtsgeschäften gehört, übt sie ihre dingliche Wirkung auch dann aus, wenn die Beteiligten nur ein Sicherungsgeschäft bezweckt haben.

b) **RG.** 23. 11. 15, R. 16, 53. Der Umstand, daß der wirtschaftliche Zweck der Abtretung die Sicherung einer Darlehnsforderung ist, hindert nicht den vollwirksamen Übergang der abgetretenen Forderung auf den neuen Gläubiger. Rechtlich hat er nur zur Folge, daß die Abtretung als eine auflösend bedingte zu gelten hat, oder daß sie gewisse schuldrechtliche Verpflichtungen des Erwerbers gegenüber dem früheren Gläubiger zur Entstehung bringt.

c) Dresden 10. 6. 15, OLG. 33, 100 Anm. 1, SächsOLG. 37, 131. Die Sicherungsabtretung hat die Folge, daß die abgetretene Forderung aus dem Vermögen des Abtretenden ausscheidet und auf den neuen Gläubiger übergeht; der Umstand, daß die Abtretung nur zu Sicherungszwecken erfolgt, beeinträchtigt ihre Wirkung nach außen in keiner Weise, sondern hat Bedeutung nur für das Verhältnis zwischen dem neuen und dem bisherigen Gläubiger, gewährt insbesondere dem letzteren im Falle des Erlöschens der gesicherten Forderung ein Recht auf Rückgewähr der übertragenen Forderung oder, wenn der neue Gläubiger die abgetretene Forderung einzieht und dabei einen Überschuß über seine Forderung erzielt, auf Auszahlung des Überschusses (**RG.** 55, 393, WarnE. 11, 74).

7. Hamburg 22. 3. 16, OLG. 33, 100 Anm. 1, R. 16, Nr. 1084, SeuffA. 71, 267. Der Grundsatz, daß die Abtretung einen abstrakten Charakter und dingliche Wirkung hat, gilt an sich auch für die Inkassoabtretung. Doch ist dieser Grundsatz nicht völlig durchgeführt, wird vielmehr durchbrochen durch den Grundsatz, daß die nur zum Inkasso abgetretene Forderung sachlich bei dem Abtretenden bestehen bleibt. Die Inkassozession überträgt zwar nach außen die Forderung auf den Zessionar, aber mit dem Widerrufsrecht

des Zedenten beschwert derart, daß die abgetretene Forderung kein Vermögensstück des Inkassozessionars wird, über das, wenn auch nur nach außen hin, verfügen kann, vielmehr ein Vermögensstück des Zedenten bleibt, an dem er zwar nicht die rein formelle Weiterzession zum Inkasso, wohl aber ein die Zwangsvollstreckung im Sinne des § 771 ZPO. hinderndes Recht hat.

8. **RG.** 23. 4. 15 — JDR. 14, 10 zu § 398 — betr. Zulässigkeit der Abtretung unter einer Bedingung, abgedruckt auch: HansGZ. 16, Bbl. 89.

9. Friedrichs, 51. Die Vorschriften des BGB. sind auf die Voraussetzungen und die Formen für die Übertragung öffentlich-rechtlicher Forderungen anwendbar, soweit nicht die besonderen Rechtsquellen des öffentlichen Rechts etwas anderes bestimmen. Ist die Übertragung wirksam erfolgt, so richten sich die Wirkungen nach BGB.

§ 399.

1. **RG.** 21. 2. 16, GruchotsBeitr. 60, 868. Was über die beschränkten Grenzen und Zwecke der eigentlichen Aussteuer (§ 1620) hinaus einem heiratenden Kinde allgemein zur Erlangung einer Lebensstellung oder zur Begründung oder Erhaltung einer Wirtschaft im Sinne des § 1624 zugewendet wird, ist nicht höchstpersönlich. Der Anspruch auf die dem Kinde versprochene Mitgift ist regelmäßig übertragbar, ohne daß hierdurch schon die eigentlichen wirtschaftlichen Grundlagen des ehelichen Haushalts des ausgesteuerten Kindes gefährdet werden müßten, es sei denn, daß besondere Umstände hinzutreten und rechtfertigen, den Anspruch auf die Mitgift gleichermaßen wie einen unübertragbaren Aussteueranspruch nach § 1623 zu behandeln (vgl. JW. 07, 510).

2. **RG.** 26. 5. 16, LeipzZ. 16, 1237. Das Bezugsrecht des Genossen einer Genossenschaft auf den entsprechenden Teil des von der Genossenschaft angekauften Vorrats von Eiern ist abtretbar. Es handelt sich nicht um ein Genossenschaftsrecht, auf das der II. Abschnitt GenG. anzuwenden wäre, auch kommen §§ 43, 48, 66 GenG. nicht in Frage, sondern es handelt sich um einen Anspruch aus einem besonderen Rechtsverhältnisse, in das der Bezugsberechtigte, allerdings aus Anlaß seiner Zugehörigkeit zur Genossenschaft, zu dieser getreten ist, in das aber begrifflich auch Dritte zu ihr treten können, wenn sie von ihr an den Ankäufen beteiligt werden.

3. München 9. 2. 16, OLG. 33, 117, SeuffA. 71, 224. Die Übertragung des Anspruchs aus dem Baugelddarlehnsvertrag ist mit der Wirkung, daß der Zessionar selbständig auf Grund der Abtretung die Zahlung von dem Darlehnsgeber an sich fordern kann, ohne Schuldner desselben zu werden, jedenfalls dann zulässig, wenn und soweit die zur Auszahlung abgetretene Forderung zur Deckung von Leistungen dient für denjenigen Bau, für welchen das Baugelddarlehn bestimmt ist, weil durch eine derartige Abtretung das Baukapitaldarlehn seinen ursprünglichen Zweck beibehält und erfüllt.

4. Josef, Die Übertragbarkeit von Altenteilsleistungen, HessRspr. 16, 275. (Gegen Dresden — OLG. 31, 343 — und KG. — KGJ. 40, 250 — und mit Darmstadt — HessRspr. 11, 145, JDR. 10, 374). Die Altenteilsberechtigungen sind an sich übertragbar. Aus der Natur der einzelnen Leistung kann indessen das Gegenteil gefolgert werden, so für Wohnungsrecht und Recht auf freie Beköstigung, wogegen Ansprüche auf Geld und Naturalleistungen übertragbar sind.

5. a) Rostock 13. 7. 15, MecklZ. 34, 174, OLG. 32, 199. Die Bestimmung des Versicherungsvertrags, eine Verfügung über aus der Versicherung entspringende Rechte sei der Versicherungsgesellschaft gegenüber nur dann rechtswirksam, wenn sie ihr angezeigt und auf dem Versicherungsscheine vermerkt sei, hat — wenn nicht besondere Umstände vorliegen, die ihre Auslegung als negativ bedingtes Abtretungsverbot gestatten — nicht die Bedeutung eines Abtretungsverbots nach § 399. Sie besagt vielmehr nur, daß die Versicherungsgesellschaft einer ihr nicht angezeigten und nicht auf dem Versicherungsschein vermerkten Abtretung die Anerkennung zu versagen berechtigt ist, während der Zedent sich dem Zessionar gegenüber nicht auf die Bestimmung berufen darf.

b) Braunschweig 26. 10. 15, LeipzZ. 16, 487, OLG. 33, 243. Die Klausel der Versicherungsbedingungen: „Vor erfolgter Feststellung des Haftpflichtanspruchs können Versicherungsansprüche nur mit Genehmigung der Direktion der Gesellschaft rechtswirksam an Dritte abgegeben oder verpfändet werden" enthält ein Abtretungsverbot nach § 399. Ein solches Abtretungsverbot wirkt nicht nur unter den Parteien, sondern dinglich gegen Dritte mit der Folge der Nichtigkeit. Nicht nur der dingliche Abtretungsakt, sondern auch die schuldrechtliche Vereinbarung zur Abtretung verfällt der Nichtigkeit.

6. Stuttgart 18. 4. 16, WürttJ. 28, 44. Der Anspruch auf Befreiung von einer Schuld ist grundsätzlich im Sinne des § 399 auf eine Leistung gerichtet, welche an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann (**RG.** 80, 183). Ist jedoch einem Hypothekengläubiger der Anspruch des Grundstückseigentümers gegen den Nießbraucher aus § 1047 auf Befreiung von seiner Zinspflicht abgetreten, dann verwandelt sich in seiner Hand der Anspruch des Eigentümers in einen gewöhnlichen Geldzahlungsanspruch, da er darüber zu bestimmen hat, ob er für seinen Zinsanspruch Zahlung fordern oder sich in anderer Weise dafür abfinden lassen will. Unter diesem Gesichtspunkt steht der Abtretung an ihn die Bestimmung des § 399 nicht entgegen.

7. **RG.** 25. 9. 15, R. 16, Nr. 28. Das Abtretungsverbot ergreift im Zweifel auch die Forderung gegen einen neu beitretenden Schuldner. Der Hinzutritt eines neuen Schuldners zu einem bestehenden Schuldverhältnisse enthält nicht stets notwendig die Begründung eines selbständigen Schuldverhältnisses, begründet in der Regel keine von dem ursprünglichen Schuldverhältnisse losgelöste Verbindlichkeit des neu Eintretenden, der vielmehr nur in derselben Weise Schuldner sein soll, wie der bisherige Schuldner. Dasselbe gilt, wenn bisher nur eine dingliche Haftung mit dem Grundstücke vereinbart war und später eine persönliche Haftung und eine Hypothekenbestellung vereinbart wird. Anders ist es, wenn aus den Umständen gefolgert werden kann, daß der neue Schuldner die Leistung in der Weise versprochen oder das Schuldverhältnis in der Weise als bestehend anerkannt hat, daß dadurch die Verpflichtung selbständig begründet werden sollte (§§ 780, 781).

§ 400.

Hamburg 29. 10. 15, HansGZ. 16, Bbl. 83, R. 16, Nr. 29. Die Frage, ob eine Rate einer Leibrente übertragbar oder mit Rücksicht auf § 850 Nr. 3 ZPO. nicht abtretbar ist, läßt sich nur nach den zur Zeit ihrer Fälligkeit vorhandenen persönlichen Umständen des Falls beantworten.

§ 401.

1. München 12. 4. 15, OLG. 33, 244. Der Rechnungslegungsanspruch ist ein Nebenrecht im Sinne des § 401, der die von selbst übergehenden Neben- oder Hilfsrechte nicht erschöpfend aufzählt (**RG.** 60, 371).

2. **RG.** 13. 4. 16, GruchotsBeitr. 60, 1005, JW. 16, 904, WarnE. 16, 206. Eine Anwendung des § 401 auf den Gewährvertrag ist ausgeschlossen; nach dem Gesetze findet also ein Übergang der Rechte aus diesem Vertrag auf den Rechtsnachfolger des Begünstigten nicht statt (**RG.** 60, 371; 72, 141). Doch kann nach dem Vertragswillen ein solcher Übergang gewollt sein, so daß dann insoweit ein Vertrag zugunsten Dritter nach §§ 328ff. vorliegen würde.

§ 403.

RG. 6. 7. 16, DJZ. 16, 1078, JW. 16, 1273, LeipzZ. 16, 1302, R. 16, Nr. 1866. Einem auf öffentliche Ladung ergangenen und öffentlich zugestellten Versäumnisurteile, durch das festgestellt wird, daß der bisherige Gläubiger zur Abtretung an den neuen Gläubiger verpflichtet und dieser allein zur Geltendmachung der Rechte aus der Forderung berechtigt sei, kommt die gleiche Beweiskraft wie einer öffentlich beglaubigten Urkunde im Sinne des § 403 nicht zu.

§ 404.

1. RG. 23. 9. 15, BankA. 15, 262. Zu den Einwendungen, die nach § 404 dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden können, gehört auch die allgemeine Einrede der Arglist. — Begründet ist eine Einwendung zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger, wenn sie zu dieser Zeit auch nur dem Rechtsgrunde nach schon gegeben ist, d. h. in dem Schuldverhältnisse, wie es zur Zeit der Abtretung besteht, ihren Grund findet, mögen auch die Tatsachen, infolge deren der Rechtsgrund der Einwendung wirksam wird, erst nachher eintreten (RG. 72, 214; 83, 282).

2. RG. 6. 3. 15, HessRspr. 17, 17. Die dem Schuldner aus einem abstrakten Verpflichtungsakte zustehenden Einreden bleiben auch dem Zessionar gegenüber bestehen.

3. München 9. 2. 16, OLG. 33, 117, SeuffA. 71, 224. Zu den Einwendungen, die dem Zessionar der Ansprüche aus dem Baugelddarlehnsvertrage entgegengesetzt werden können, gehört auch der Einwand des Baugelddarlehnsgebers, daß er das Darlehn zur Zeit der Abtretung schon vollständig an den Darlehnsempfänger oder für ihn zu dem bestimmten Bauzweck geleistet habe. Beweispflichtig hierfür ist der Baugelddarlehnsgeber; die Klage auf Bezahlung des versprochenen Darlehns erfordert zu ihrer Begründung nicht die Behauptung der noch nicht erfolgten Bezahlung (RG. 38, 312).

4. RG. 25. 2. 16, LeipzZ. 16, 803, SeuffA. 71, 392. Erklärt der Schuldner einer abgetretenen Forderung dem neuen Gläubiger, er werde die Schuld direkt an ihn zahlen, so sind diese Worte in der Regel als Willenserklärung aufzufassen (RG. 83, 186). Dabei kommt nicht nur ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis in Frage, sondern es kann sich auch um eine Verpflichtung zur Zahlung ohne Rücksicht auf etwaige Einwendungen (RG. 77, 157), um eine Garantiezusage (vgl. RG. 82, 337) oder um ein Entgelt für eine Gegenleistung des Versprechensempfängers handeln.

§ 405.

RG. 21. 12. 15; 87, 420, JW. 16, 396, LeipzZ. 16, 304, R. 16, Nr. 564, SeuffA. 71, 427. Der gutgläubige Erwerber einer verbrieften Scheinforderung hat die im § 405 ihm zugewiesene Rechtsstellung auch dann, wenn ihm die Forderung erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Schuldners abgetreten worden ist. Die Forderung bestand zwar zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht; er kann aber beanspruchen, so behandelt zu werden, als ob sie damals schon beständen hätte, wenn die Schuldurkunde vor Konkurseröffnung ausgestellt und begeben worden ist.

§ 407.

1. RG. 10. 1. 16; 88, 4, JW. 16, 581, R. 16, Nr. 415, 416. Für die Frage, wie die Kenntnis beschaffen sein muß, um rechtliche Bedeutung zu erlangen, und welchen Wert hierfür die Vermittlungswerkzeuge beanspruchen können, durch die Kenntnis erlangt sein soll, ist die Quelle der Kenntnis gleichgültig. Am sichersten wird die Kenntnis von der Abtretung vermittelt durch Kundgabe des früheren Gläubigers oder bei einer Mitteilung des neuen Gläubigers durch Vorlegung der Abtretungsurkunde. Aber auch jede andere Vermittlung der Kenntnis genügt, sofern sie nur genügend sicher und glaubwürdig ist. Selbst eine bloße Mitteilung durch den neuen Gläubiger kann unter Umständen hinreichen. Die Möglichkeit eines Zweifels schließt eine zuverlässige Kenntnis nicht aus; mit einem vernünftigen, nach den Erfahrungen des Lebens gegenständlich gerechtfertigten Zweifel kann sie allerdings nicht bestehen. Wo dieser vernünftige Zweifel aufhört, ist sichere Kenntnis der Abtretung anzunehmen. Wenn eine an sich zuverlässige Vermittlung der Kenntnis nachgewiesen ist, ist es Sache des Mitteilungsempfängers, die Begründetheit und Vernünftigkeit seines trotzdem noch bestehenden Zweifels aus der besonderen Lage des Falls darzutun.

2. RG. 21. 12. 15; 87, 412, LeipzZ. 16, 739, SeuffA. 71, 418. Der Drittschuldner, der in Unkenntnis der durch Ersatzzustellung erfolgten Pfändung die gepfändete Forderung

an seinen Gläubiger zahlt, wird dadurch dem Pfändungsgläubiger gegenüber befreit. § 407 ist auch für das Pfändungspfandrecht anwendbar.

3. Lazar, 110. Die Kenntnis muß bei Ausführung der Leistung selbst vorliegen; Kenntnis bei den Vorbereitungshandlungen genügt nicht.

§ 409.

1. **RG.** 6. 6. 16; 88, 291, R. 16, Nr. 1477. Die Frage, ob auf eine ohne Übergabe des Wechsels erfolgte Abtretung § 409 anwendbar ist, so daß der Wechselinhaber, wenn er die Abtretung dem Schuldner angezeigt hat, sie bis zur Beibringung einer Zustimmungserklärung des Zessionars gegen sich gelten lassen müßte, ist unentschieden geblieben. Der Tatsachenbericht, der über die Abtretung der Wechselforderung im Prozeß gegeben wird, kann jedenfalls als Anzeige im Sinne des § 409 nicht in Betracht kommen.

2. Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, IheringsJ. 66, 209. Keine relative Rechtszuständigkeit im Falle des § 409.

3. Lazar, 79. Fallen im Falle der Abtretung vor dieser gemachte Vorbereitungshandlungen, die für den Zedenten in Betracht kamen, für den Zessionar fort, und wird auf Leistung an den Zessionar bestanden, dann ist dem Schuldner ein Ersatzanspruch gegen den Zedenten zu gewähren. Dasselbe gilt, wenn die Abtretung zwar schon früher erfolgt, von dem gutgläubigen Schuldner aber erst nach Vollendung der Vorbereitungshandlungen erfahren wird. Und auch dann steht dem Schuldner ein Ersatzanspruch gegen den Zedenten zu, wenn er auf Grund einer Anzeige des Gläubigers vor der Abtretung Vorbereitungen zur Leistung an den Zessionar gemacht hat und sich später herausstellt, daß die Anzeige unrichtig war, und er doch an den Zedenten leisten muß (79—81).

§ 410.

München 28. 12. 15, SeuffA. 71, 137. § 410 Abs. 1 gibt dem Schuldner nur eine Einrede.

§ 412.

PrOVG. 5. 1. 16, PrVerwBl. 37, 538. Die Befriedigung des Gläubigers einer durch Hypothek gesicherten Forderung durch den Bürgen hat nicht nur den Übergang der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner (§ 774), sondern auch der Hypothek (§ 401) auf den Bürgen zur Folge. Einer besonderen Abtretung bedarf es nicht. Ebenso ist die Umschreibung im Grundbuche nicht erforderlich.

§ 413.

Hamburg 29. 10. 15, HansGZ. 16, Bbl. 83. Anwartschaften sind übertragbar, wenn das zu erwerbende Recht selbst übertragbar ist.

Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme.

Schrifttum: Schucany, Der Mitabschluß eines Schuldvertrags durch die Ehefrau des Vertragschließenden nach schweizerischem und deutschem Recht. Aarau 1916.

§ 414.

1. Buch, Schuld und Haftung im geltenden Recht, München 1914. Bei der privativen Schuldübernahme gehen Schuld und Haftung für den bisherigen Schuldner unter und liegen nunmehr bei dem neuen Schuldner vor, bei der kumulativen bleiben sie bei dem bisherigen Schuldner nach wie vor bestehen und werden bei dem hinzutretenden Schuldner neu in gleichem Umfange begründet. Gegenstand des Übernahmevertrags ist die Schuld, nicht die Haftung (47, 48).

2. Königsberg 6. 7. 15, SeuffA. 71, 11. Die Bestimmung des Mietsvertrags, daß dieser durch den Mieter frei übertragbar sei, hat nicht die Bedeutung der Entlassung des ursprünglichen Mieters aus dem Vertrage im Falle, daß er die Rechte aus demselben

auf einen Dritten übertrage. Auch in der Annahme der Mietzinsen von diesem Dritten liegt eine Entlassung des ursprünglichen Mieters nicht.

3. LG. Breslau 22. 12. 15, BreslauAK. 16, 17. Wenn der Gläubiger einer Hypothek nach der Kündigung gegenüber dem Eigentümer und dem persönlichen Schuldner mit dem Eigentümer über das Stehenbleiben der Hypothek und die Erhöhung des Zinssatzes eine Vereinbarung trifft, so liegt darin keine Entlassung des persönlichen Schuldners aus der Schuldverbindlichkeit.

4. Kiel 2. 12. 15, SchlHolstAnz. 16, 61. Neben den §§ 415, 416 gilt § 414 auch für die Übernahme einer Hypothekenschuld. Neben der durch diese Vorschriften geregelten befreienden Schuldübernahme gibt es aber auch bei der Hypothekenschuld eine verstärkende d. h. neben dem bisherigen Schuldner auch einen anderen verpflichtende Schuldübernahme.

5. Hamburg 1. 12. 15, HansGZ. 16, Bbl. 108. Verlangt der Gläubiger eine Bestätigung, daß der Dritte sämtliche Verbindlichkeiten aus dem mit einem anderen geschlossenen Vertrage persönlich mitübernehme, und erklärt sich der Dritte damit einverstanden, dann liegt kumulative Schuldübernahme, nicht Bürgschaft vor.

6. **RG.** 8. 1. 16, LeipzZ. 16, 803. Wenn in einem Kaufvertrage über ein Grundstück der Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Kaufpreisschuld des Verkäufers aus einem früheren Kaufvertrage übernimmt, so kann dies nicht nur die Bedeutung der befreienden Schuldübernahme, sondern auch eine andere Bedeutung haben, z. B. die der verstärkenden Schuldübernahme oder der Erfüllungsübernahme. Dafür, was zu gelten hat, ist entscheidend, ob der Wille der Vertragschließenden darauf gerichtet war, daß der Verkäufer bei Genehmigung des Gläubigers von seiner Schuld frei sein, oder darauf, daß der Käufer als Mitschuldner in das Schuldverhältnis eintreten, oder darauf, daß der Verkäufer alleiniger Schuldner bleiben und nur vom Käufer durch Befriedigung des Gläubigers von seiner Schuld befreit werden solle. Eine Erfüllungsübernahme kann auch für sich allein, ohne befreiende Schuldübernahme, vereinbart werden.

7. Schucany. Wo nichts als die Tatsache vorliegt, daß die Ehefrau mit ihrem Manne vor dessen Gegenkontrahenten erschienen ist und wie eine Mitkäuferin, Mitmieterin usw. bei dem Abschlusse des formlosen Vertrags mitgewirkt hat, spricht eine Vermutung dafür, daß sie nur in ihrer Eigenschaft als natürliche Beraterin des Mannes an den Verhandlungen teilgenommen hat. Nur wenn die speziellen Umstände des Falls oder die besonderen Beredungen der Parteien eine Durchbrechung dieser Vermutung rechtfertigen, wird die Gegenwart und Mitwirkung der Frau bei dem Vertragsschlusse des Mannes zu einer rechtlich relevanten Tatsache, zum Mitabschlusse im Sinne der Abhandlung (1—4). Im übrigen beschränkt diese sich aber auf den schriftlichen Mitabschluß und untersucht von den drei Arten desselben — dem „Gesamtmitabschluß" (wenn die Frau ausdrücklich als Mitkontrahentin aufgeführt ist), der „Mitunterschrift" (wenn sie die Urkunde, die lediglich den Mann als Kontrahenten bezeichnet, mitunterschreibt) und dem „selbständigen Mitabschluß" (wenn sie unter dem mit dem Manne abgeschlossenen Vertrage eine schriftliche Mitabschlußerklärung abgibt) — nur die zwei erstgenannten (4—6). In Ausnahmefällen ist der Zweck des Mitabschlusses durch die Ehefrau deren Zustimmung zum Vertrage des Ehemanns (7—9), regelmäßig aber kommt der Mitabschluß eines Schuldvertrags durch die Ehefrau — und dies gilt sowohl für „Gemeinschaftsverträge", die der Ehemann für die eheliche Gemeinschaft abschließt, wie für „Mannesgeschäfte", die der Ehemann in Ansehung seines Berufs, Gewerbes oder zur Befriedigung persönlicher Bedürfnisse eingeht — zustande auf Begehren des Gegenkontrahenten zwecks bloßer Mitverpflichtung der Ehefrau zugunsten des Ehemanns (9—15). Ein solcher Mitabschluß ist bei allen möglichen Verträgen denkbar, praktisch bedeutsam aber ist er und findet deshalb am meisten Anwendung bei denen, bei welchen eine Vorleistungspflicht des Gegenkontrahenten besteht, wie bei der Miete, Pacht, Leihe, Darlehn; seltener kommt er vor bei dem Dienst- und Werkvertrage. Bei Zug-um-Zug-Geschäften findet er bei den Kreditgeschäften, namentlich bei dem Kreditkauf, statt (15—18). Alle die Auslegungen des Mitabschlusses

durch die Ehefrau, wonach die Ehefrau als gleichwertige Mitkontrahentin des Ehemanns erscheint und anteilmäßig, solidarisch oder zu gesamter Hand berechtigt wird, sind, besonders geartete Fälle vorbehalten, als allgemeine Auslegung des Mitabschlusses abzulehnen (21—28), wie überhaupt alle Auslegungen, die neben der Verpflichtung auch eine Berechtigung der Frau nach sich ziehen, insbesondere auch die, daß die Ehefrau akzessorische Mitkontrahentin des ehemännlichen Vertrags sei (28—32). Auch die Auslegung, die der Ehefrau die Stellung einer Bürgin für die Verpflichtungen des Ehemanns zuweist, ist unrichtig (32—34). Vielmehr ist der Mitabschluß durch die Ehefrau (Gesamtmitabschluß und Mitunterschrift) als kumulative Übernahme der ehemännlichen Verpflichtungen durch die Ehefrau auszulegen (34—41). Auf den kumulativen Schuldübernehmer finden die allgemeinen Regeln über die passive Solidarität Anwendung mit den durch seine Eigenart als interzessorischer Gesamtschuldner gebotenen und nach Gesamtschuldrecht zulässigen Besonderheiten (41—51). Der Mitabschluß braucht weder eine ausdrückliche auf Solidarität gerichtete Erklärung zu enthalten noch bedarf er einer Form (52, 53). Die mitabschließende Ehefrau ist dem Gläubiger für die ganze ehemännliche Schuld unmittelbar verhaftet (53, 54). Sie kann ihm gegenüber Einreden geltend machen, die ihr aus ihrem persönlichen Verhältnisse zu ihm zustehen, dagegen nicht Einreden aus ihrem Verhältnisse zu dem Ehemanne (54). Sie kann sich durch Berufung auf die Nichtigkeit des ehemännlichen Vertrags ihrer Leistungspflicht endgültig entziehen, bei bloßer Anfechtbarkeit desselben aber die Erfüllung so lange verweigern, bis der ehemännliche Vertrag zu voller Gültigkeit erwachsen ist (55—57). Sie kann sich aller Einreden bedienen, die dem Ehemann vor der Übernahme erwachsen sind, der Einwendungen und Einreden hingegen, die ihm erst nachher entstanden sind, kann sie sich im Zweifel (§425) nicht bedienen; doch muß z. B. die dem Manne nachträglich bewilligte Stundung auch zugunsten der Frau wirken. Ihr ist weiter die einredeweise Berufung auf die aus dem synallagmatischen Charakter des ehemännlichen Vertrags sich ergebenden Gegenansprüche des Ehemanns gestattet, sofern sie diesem nur in seiner Eigenschaft als Schuldner, d. h. um sich eigener Leistungspflicht zu entziehen, zustehen (56—59). Einreden, die dem Ehemann nicht mit Bezug auf das übernommene Schuldverhältnis, sondern infolge eines anderen Tatumstandes zustehen, sind ihr zu versagen (59). Für das vertragliche Verschulden des Ehemanns hat sie im Zweifel aufzukommen (59, 60), ebenso für den Leistungsverzug des Mannes, während sie den Gläubiger nicht in Verzug setzen und nicht nach § 326 verfahren kann; die Wahl, die der Ehemann auf Grund dieser Vorschrift getroffen hat, entscheidet auch über die Verpflichtung der Frau (60, 61). Die Tilgung der Schuld des Mannes durch Zahlung, Verrechnung oder andere Erfüllungssurrogate befreit auch die Frau, alle übrigen Aufhebungsgründe nur insoweit, als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit es rechtfertigen (61). Auf ehemännlichen Vergleich oder Erlaß kann sich die Frau im Zweifel berufen (61, 62). Im Falle objektiver Unmöglichkeit wird die Frau frei, wenn sie von keinem der Ehegatten zu vertreten ist, bei in der Person des Mannes eintretender subjektiver Unmöglichkeit bleibt die Frau verhaftet (62). Die Einrede der Verjährung kann die Frau nur aus ihrer Person geltend machen; Unterbrechung der Verjährung gegen den Ehemann wirkt nicht gegen sie (62, 63). Der Rückgriff der Ehefrau, die gezahlt hat, bestimmt sich vorbehaltlich besonderer Vereinbarungen nach den Regeln der ehelichen Gemeinschaft (69, 70). Bei dem gesetzlichen Güterstande steht ihr eine Ersatzforderung für den vollen Betrag ihrer Leistung zu, auch wenn es sich um ein Gemeinschaftsgeschäft handelt, es sei denn, daß die Voraussetzungen des § 1360 Abs. 2 gegeben sind (70—72). Dasselbe gilt bei der Gütertrennung, doch greift hier bei Gemeinschaftsgeschäften § 1492 Platz. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft kommt es darauf an, ob die Frau aus dem Gesamtgut oder aus ihrem Sonder- oder Vorbehaltsgut leistet; im ersteren Falle hat sie regelmäßig keinen, im zweiten Falle hat sie einen Ersatzanspruch (72, 73). Die Verjährung des Ersatzanspruchs beginnt erst mit der Auflösung der Ehe (73).

8. **RG.** 15. 10. 15, R. 16, Nr. 1479, 1480, WarnE. 16, 113. Der Rechtssatz, daß, wer eine bloß natürliche Verbindlichkeit übernimmt, dem bisherigen Schuldner — nicht etwa dem Gläubiger — gegenüber sich nur im Verhältnis einer natürlichen Verbindlichkeit befinde, ist nicht anzuerkennen. Die Übernahme einer klaglosen Schuld kann durchaus Gegenstand eines vollverbindlichen Vertrags sein. Übernimmt jemand durch gegenseitigen Vertrag mit dem bisherigen Schuldner mit Zustimmung des Gläubigers die Schuld jenes aus Börsengeschäften und befriedigt er dann den Gläubiger, dann ist die Verpflichtung des ersten Schuldners aus dem Schuldübernahmevertrag vollverbindlich, auch wenn die Börsengeschäfte unklagbar gewesen sein sollten.

9. Friedrichs, 54. Schließt die Verwaltung einer öffentlichen Kasse einen Schuldübernahmevertrag bezüglich einer öffentlich-rechtlichen Forderung, so sind seine Wirkungen nach BGB. zu beurteilen.

§ 415.

1. **RG.** 12. 7. 16, LeipzZ. 16, 1303, WarnE. 16, 364. Ist dem Hypothekengläubiger die zwischen dem Schuldner und dem Dritten vereinbarte Schuldübernahme unbekannt, oder ist er infolge Rechtsirrtums der Ansicht, nach Weiterveräußerung des Grundstücks hafte der Schuldner für die Hypothek und die Zinsen überhaupt nicht mehr, dann liegt darin, daß er mit dem Grundstückserwerber eine Vereinbarung über Abänderung der Zinstermine trifft, keine Genehmigung der Schuldübernahme.

2. **RG.** 24. 3. 16, WarnE. 16, 155. Wenn der Mieter an den Erwerber des Grundstücks, der im Kaufvertrage die Erfüllung der Vermieterpflichten übernommen hat, nach Benachrichtigung hiervon den Mietzins zahlt und den Erwerber zur Einhaltung des Mietvertrags auffordert, so finden diese Handlungen schon in dem auf dem Gesetze beruhenden Eintritt des Erwerbers in die Vermieterrechte und -pflichten ihre ausreichende Erklärung und können nicht als Genehmigungshandlungen im Sinne des § 415 aufgefaßt werden.

3. **RG.** 12. 7. 16, LeipzZ. 1303, WarnE. 16, 364. Die Befreiung des Schuldners tritt schon dann ein, wenn die von ihm mit dem Dritten vereinbarte Schuldübernahme genehmigt wird. Sie hat eine ausdrückliche oder stillschweigende Entlassung aus der Haftung durch den Gläubiger oder einen Verzicht des Gläubigers auf seine Ansprüche an den Schuldner nicht zur Voraussetzung (**RG.** 56, 200; 75, 339 und JDR. 14, 4b zu § 415).

4. **RG.** 12. 7. 16, LeipzZ. 16, 1303, WarnE. 16, 364. Die Mitteilung von der Schuldübernahme durch den Schuldner oder den Dritten — Abs. 1 Satz 2 — ist wesentlich, so daß der Mangel einer solchen die Anwendbarkeit des § 415 zugunsten des Schuldners hindert (WarnE. 12, 80, 286; 14, 404).

5. **RG.** 17. 5. 15 — JDR. 4b zu § 415 —, betr. Übernahme einer Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld, abgedruckt auch: BayNotZ. 53, 150, FrankfRundsch. 49, 121, SeuffA. 71, 6.

6. Rostock 8. 6. 16, SeuffA. 71, 394. Der Schuldner hat aus der von dem Gläubiger nicht genehmigten Schuldübernahme, die die Bedeutung einer Erfüllungsübernahme im Verhältnis zwischen ihm und dem Dritten hat, einen Anspruch auf Befreiung von der Schuld gegen den Dritten (vgl. **RG.** 80, 183). Diesen kann er aber nur erheben, soweit er selbst als Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist, mithin erst dann, wenn die Schuld ihm gegenüber fällig geworden ist.

7. **RG.** 6. 1. 16, R. 16, Nr. 417. Nur eine von einem Dritten mit dem Schuldner über eine Schuldübernahme getroffene Vereinbarung kann durch Genehmigung des Gläubigers zu einer wirksamen Schuldübernahme werden, nicht auch die zwischen dem Schuldner und dem Dritten vereinbarte sog. Erfüllungsübernahme.

8. **RG.** 28. 10. 15, LeipzZ. 16, 382. § 415 Abs. 3 ist nur eine gesetzliche Auslegungsregel. Daher ist der Übernehmende auch in dem Falle, daß der Gläubiger ihn als Schuldner nicht annimmt, nur dann zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet, wenn nicht ein anderer Wille der Parteien erkennbar hervorgetreten ist.

9. RG. 8. 1. 16, LeipzZ. 16, 803. Die Verpflichtung des Übernehmers aus § 415 Abs. 3 ist nicht notwendiger Bestandteil einer von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbarten befreienden Schuldübernahme.

10. RG. 28. 10. 15, R. 16, Nr. 923. Der Eintritt eines neuen Bürgen für einen zu entlassenden früheren Bürgen wird in der Regel nicht in der Form der Schuldübernahme, der Fortdauer der bisherigen Bürgschaftsschuld mit Wechsel der Person, sondern durch Wechsel der Verbindlichkeiten erfolgen.

11. Posen 13. 10. 16, PosMSchr. 16, 91. Der alte Schuldner kann nur dann als entlassen gelten, wenn sich aus der Erklärung des Gläubigers mit voller Deutlichkeit ergibt, daß dieses seinem Willen entspricht.

12. Hamburg 24. 3. 15 — JDR. 14, 8 zu § 415 —, betr. die Eigenschaft des Schuldübernahmevertrags als dinglichen Vertrags, abgedruckt auch: OLG. 33, 249.

§ 416.

Friedrichs, 56. § 416 gilt auch, wenn die Hypothek für eine Gerichtskostenforderung oder für eine Geldstrafe eingetragen ist.

§ 417.

Hamburg 24. 3. 15 — JDR. zu § 417 —, ist abgedruckt auch: OLG. 33, 249.

§ 418.

RG. 7. 7. 16, LeipzZ. 16, 1227, WarnE. 16, 354. § 418 Abs. 1 Satz 3 ist auch dann anwendbar, wenn der Schuldner und der Eigentümer des verhafteten Gegenstands dieselbe Person ist und den Schuldübernahmevertrag mit dem Dritten selbst abschließt. Die Einwilligung, die keiner besonderen Form bedarf und stillschweigend erklärt werden kann, kommt, wenn die Schuldübernahme von dem Schuldübernehmer mit dem Schuldner vereinbart wird, der zugleich der Eigentümer der verhafteten Sache ist, schon in dieser Vereinbarung zum Ausdruck.

§ 419.

1. Posen 19. 4. 16, PosMSchr. 16, 63. Die Regel des § 419 greift ohne Rücksicht auf Wissen und Willen der Beteiligten und sogar gegen deren Willen kraft Gesetzes von selbst Platz (RG. 69, 286; 76, 4). Gegen die Geltendmachung der Schuldenhaftung aus § 419 ist die Einrede der Arglist zulässig.

2. Buch, Schuld und Haftung im geltenden Recht, München 1914. Der bisherige Schuldner schuldet und haftet weiter. Der Erwerber haftet und schuldet persönlich daneben. Es entsteht eine Gesamtschuld, wobei jedoch die Haftung des Erwerbers gegenständlich beschränkt ist (46).

3. KG. 29. 4. 15, LeipzZ. 16, 1504. § 419 ist auch bei wiederholter Vermögensübernahme anwendbar. Daß der Beklagte das Geschäft nicht unmittelbar von dem Schuldner übernommen hat, sondern zunächst in eine neue gegründete offene Handelsgesellschaft als Gesellschafter eingetreten und sodann nach deren Auflösung alleiniger Inhaber des Geschäfts geworden ist, schließt die Anwendung des § 419 nicht aus. Aus der raschen Aufeinanderfolge der Geschäftsumwandlungen geht hervor, daß der Schuldner von vornherein beabsichtigt hat, dem Beklagten das Geschäft in die Hände zu spielen, um das Geschäftsvermögen dem Zugriffe seiner Gläubiger zu entziehen, und war dies der alleinige Zweck jener Machenschaften, dann ist die Scheingründung der offenen Handelsgesellschaft den Gläubigern gegenüber ohne Rechtswirkung. Im übrigen würde auch die nach § 419 begründete Haftung der offenen Handelsgesellschaft dadurch auf den Beklagten übergegangen sein, daß dieser seinerseits das Vermögen dieser Gesellschaft übernommen hat.

4. Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, JheringsJ. 66, 130ff. Keine relative Rechtszuständigkeit im Falle des § 419 (178).

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

§ 420.

Buch, Schuld und Haftung im geltenden Recht, München 1914. Ist die Haftung eine anteilige, dann ist es auch die Schuld. In gleicher Weise besteht auf der Aktivseite anteilige Gläubigerschaft und anteilige Zugriffsmacht (30).

§ 421.

1. Buch, Schuld und Haftung im geltenden Recht, München 1914. Sind mehrere Schuldner Gesamtschuldner, so schuldet nicht nur jeder das Ganze, sondern jeder haftet auch materiell und formell auf das Ganze. Für die Gesamtgläubigerschaft gilt das Entsprechende. Bei der Gesamthandgläubigerschaft sind die Forderung und die Zugriffsmacht allen Gläubigern zusammen gegeben (30).

2. **RG.** 25. 1. 16, BayRpflZ. 16, 151, R. 16, Nr. 418. Macht der Angestellte, der auf der Treppe einen Unfall erlitten hat, Schadensersatzansprüche geltend gegen seinen in dem Hause zur Miete wohnenden Arbeitgeber auf Grund des Dienstvertrags und gegen den Hauseigentümer aus unerlaubter Handlung, dann besteht zwischen beiden ein echtes Gesamtschuldverhältnis. Es besteht eine Rechtsgemeinschaft zwischen ihnen, die sich aus den Beziehungen beider zu der Sache, deren Mängel den Schaden verursacht haben, aus der gemeinschaftlichen Verantwortung beider für diese Mängel ergibt. Daß der eine aus Vertrag, der andere aus unerlaubter Handlung haftet, steht der Annahme eines echten Gesamtschuldverhältnisses nicht entgegen (**RG.** 77, 323).

3. Dresden 9. 7. 14, SeuffA. 71, 252. Auf das unvollkommene oder unechte Gesamtschuldverhältnis sind die §§ 421ff. insoweit anzuwenden, als sie nicht auf der hier fehlenden Rechtsgemeinschaft der Schuldner beruhen. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses, die wegen mangelhafter Überwachung des Konkursverwalters schadensersatzpflichtig sind, können nicht verlangen, daß von der von ihnen zu zahlenden Summe der Betrag in Abzug gebracht werde, der für den geschädigten Gläubiger etwa in dem Konkurse des mitverpflichteten Konkursverwalters zu erwarten ist. Denn nach § 421 Satz 2 bleiben bis zur Bewirkung der ganzen Leistung sämtliche Schuldner verpflichtet, und nach §§ 422ff. wirken nur die Erfüllung oder gewisse Erfüllungssurrogate ganz oder teilweise zerstörend auf das bestehende Schuldverhältnis.

§ 425.

Haftung mehrerer zur gemeinschaftlichen Ausübung des Anwaltsberufs verbundener Rechtsanwälte (JDR. 14, 1 und 2 zu § 425).

1. a) Hamburg 21. 12. 15, HansGZ. 16, Bbl. 104, JW. 16, 519, R. 16, Nr. 650. Ist ein Prozeßführungsauftrag mehreren Rechtsanwälten erteilt, dann sind auch die anderen Rechtsanwälte für ein Versehen haftbar, das dem nach der unter ihnen vereinbarten Geschäftsverteilung mit der Bearbeitung der Sache betrauten zur Last fällt. — Lautet die Prozeßvollmacht auf den Namen von mehreren Anwälten, dann spricht die Vermutung dafür, daß die Absicht der Beteiligten auf die Beauftragung aller gerichtet war. Wer eine andere Absicht behauptet, muß dies besonders darlegen und beweisen. Dabei ist unerheblich, ob sich der Auftraggeber zunächst nur an einen der Rechtsanwälte gewandt hat, wenn ihm damals schon die bestehende Vereinigung mit dem anderen bekannt gewesen ist, und aus dem Umstande, daß später einer der Anwälte allein die Sache bearbeitet, und daß der Auftraggeber sich im weiteren Verlauf immer nur an diesen gewandt hat, ist nichts gegen die Vermutung Sprechendes zu entnehmen.

b) Colmar 23. 2. 16, LeipzZ. 16, 831. Daraus, daß die Prozeßvollmacht an mehrere zur gemeinsamen Berufsausübung verbundene Rechtsanwälte erteilt wird, folgt nicht unbedingt, daß sie alle auch an dem ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte, dem Prozeßführungsvertrage, beteiligt sind. Aber in der Regel wird der Wille hierauf gerichtet sein, und das Gegenteil kann nur angenommen werden, wenn besondere Umstände diesen

Vertragswillen ausschließen. Ein solcher besonderer Umstand liegt nicht schon allein darin, daß der eine Rechtsanwalt der Partei als Armenanwalt zugeteilt worden ist. Stehen alle Anwälte in einem Vertragsverhältnisse zu der Partei, dann haften sie alle für das Verschulden, das einem von ihnen zur Last fällt (**RG.** 85, 306). Die Bedenken Oertmanns (LeipzZ. 16, 199, siehe unten 2a) sind nicht begründet.

c) Josef, Die Schadensersatzpflicht verbundener Rechtsanwälte. KGBl. 16, 61. Ist bei bestehender gemeinschaftlicher Berufsausübung mehrerer Rechtsanwälte eine Partei dadurch geschädigt, daß keiner von ihnen die einem wie dem anderen obliegende Tätigkeit geleistet hat, so muß die Verbindung notwendigerweise die Folge haben, daß jeder von ihnen ohne Rücksicht auf die unter ihnen bestehende Geschäftsverteilung der Partei schadensersatzpflichtig ist. Aber auch in allen sonstigen Fällen ist diese gesamtschuldnerische Schadensersatzpflicht begründet, weil in zahlreichen Fällen die Partei gar nicht wissen kann, welcher der Anwälte die schädigende Tätigkeit verschuldet hat, und es dem zwischen Anwalt und der Partei bestehenden Treuverhältnis widersprechen würde, wenn die Partei erst Ermittlungen hierüber anstellen und die oft sehr zweifelhafte Frage entscheiden soll, welchen der Anwälte die Ersatzpflicht trifft. Daher ist die Verbindung auszulegen als die an die Rechtsuchenden gerichtete Aufforderung der Anwälte, fortan ihnen gemeinschaftlichen Erwerb zuzuführen, und zugleich als das Versprechen, daß, wie jeder aus des anderen Tätigkeit Vorteil ziehen, er auch ebenso für des anderen Verschulden haften will. Diese Haftung findet auch statt, wenn die Anwälte bei verschiedenen Gerichten zugelassen sind, wenn einer von ihnen eine andere Vergütung in bestimmter Summe erhält, wenn der Partei bei Angehung eines der Anwälte das Bestehen der Verbindung unbekannt war. Dagegen findet sie nicht statt in Angelegenheiten, die einem von ihnen bereits vor der Verbindung übertragen waren.

2. a) Oertmann, Eine Streitfrage aus dem Gebiete der Anwaltshaftung. LeipzZ. 16, 199. Zwei Rechtsanwälte, die sich zur gemeinschaftlichen Ausübung des Anwaltsberufs verbunden haben, werden nicht schon dadurch Gesamtschuldner für den dem Auftraggeber durch das Verschulden eines von ihnen erwachsenen Schaden, daß ihnen beiden Prozeßvollmacht erteilt ist, sondern nur dann, wenn beide an dem der Prozeßvollmacht zugrunde liegenden Kausalverhältnisse beteiligt sind. Dem **RG.** 85, 306 ist nicht beizutreten. Das Einstehenmüssen des einen von ihnen für das Verschulden des anderen wird durch den Geschäftszweck nicht notwendig gemacht. Der Zweck des Verbindungswesens bei den Anwälten liegt nicht in einer Erhöhung der Rechtssicherheit des Publikums, sondern in der bequemeren, leichteren und vielfach verbilligten Berufsausübung, die auch dem Publikum zugute kommt. Im Zweifel verpflichten sich beide Anwälte dem Rechtsuchenden nicht kumulativ zur Beratung und Untersuchung seiner Sache. Der Satz „noblesse oblige" ist als Leitstern privatrechtlicher Beurteilung ungeeignet. Stehen beide Anwälte im Vertragsverhältnis mit dem Auftraggeber, dann kann dieser nötigenfalls Auskunft darüber verlangen, wer die Sache bearbeitet hat (§ 242).

b) Kaufmann, Haftet der Anwalt für das Verschulden seines Sozius? JW. 16, 883. Der Ansicht Oertmanns ist beizutreten. Es kann auch im Einzelfalle sehr zweifelhaft sein, ob ein „gemeinsamer" Auftrag an die verbundenen Anwälte vorliegt. Hierbei gibt es verschiedene Möglichkeiten. Von den Fällen, die vorkommen können, wird eine Anzahl angeführt. Bei diesen Verschiedenheiten beseitigt der Standpunkt des RG. die praktischen Schwierigkeiten nicht; der von ihm aufgestellte Satz erspart es dem Auftraggeber nicht, den schuldigen Anwalt zu ermitteln, und ermöglicht es ihm nicht, einfach das „Anwaltsbureau" oder die „Anwaltsfirma" in Anspruch zu nehmen.

3. **RG.** 26. 5. 16; 88, 342, BayRpflZ. 16, 385, DJZ. 16, 897, JW. 16, 1189, LeipzZ. 16, 1554, R. 16, Nr. 1085, SeuffA. 71, 412. Der Grundsatz, daß zwei Rechtsanwälte, die sich zur gemeinsamen Berufsausübung vereinigt haben, als Gesamtschuldner für den Schaden haftbar sind, der durch das Verschulden des einen von ihnen dem Auftraggeber erwachsen ist — **RG.** 85, 306 —, kommt nicht zur Anwendung, wenn der eine

von ihnen eine Auskunft unter Überschreitung der Grenzen des Anwaltsberufs erteilt hat. Wie sich die gemeinschaftliche Betätigung der verbundenen Anwälte auf das Berufsgebiet beschränkt, so kann die in ihr zu erblickende Kundgebung an das Publikum nur dahin verstanden werden, daß sie sich zu gemeinschaftlichen Dienstleistungen innerhalb der Grenzen des Anwaltsberufs verbinden. Auskünfte rein wirtschaftlicher Art betreffen keine Angelegenheit, die in die Berufsgrenzen des Anwaltsberufs fällt.

§ 426.

1. Buch, Schuld und Haftung im geltenden Recht, München 1914. Infolge der Regreßpflicht der Gesamtschuldner wird im Innenverhältnis die Gesamtschuld wieder im Sinne einer Teilschuld korrigiert. Die Ausgleichspflicht bedeutet nicht lediglich ein Einstehenmüssen für fremde Schuld, sondern sie wird für die anderen Gesamtschuldner zur Grundlage eigener Schulden. Vor erfolgter Zahlung ist eine Regreßschuld des Zahlenden gegen den, der eigentlich zahlen sollte, nicht gegeben; eine bedingte Schuld liegt nicht vor (30, 31).

2. **RG.** 7. 6. 15; 87, 64 (JDR. 14, 8 zu § 426). Der Grundsatz, daß mehrere Ausgleichungspflichtige im inneren Verhältnis an und für sich nur anteilig haftbar sind, gilt nur, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Scheidet einer der Gesamtschuldner auf Grund des § 254 als ausgleichungspflichtig völlig aus, indem die anderen den Schaden allein zu tragen haben, dann ist insoweit auch für eine lediglich anteilige Haftung der anderen ihm gegenüber kein Raum. Vielmehr ist, wenn er wegen seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger Ersatz verlangt, eine gesamtschuldnerische Haftung der übrigen Ausgleichungspflichtigen für seinen Ausgleichungsanspruch anzunehmen, weil dieser sich sachlich insoweit als ein Ersatzanspruch darstellt.

3. **RG.** 25. 1. 16, BayRpflZ. 16, 151, LeipzZ. 16, 1020. Etwas anderes ist auch dann bestimmt, wenn durch ein zwischen den Gesamtschuldnern bestehendes Vertragsverhältnis eine andere Regelung gegeben ist (**RG.** 75, 256). Eine solche Regelung kann zwischen den wegen schlechten Zustands der Treppe in Anspruch genommenen Gesamtschuldnern in der Bestimmung des Mietvertrags liegen, im Falle der Unterlassung der Mängelanzeige sei der Mieter nicht berechtigt, den Vermieter für diese Mängel verantwortlich zu machen. Dies kann bedeuten, daß der Mieter keinerlei Ansprüche — auch keine Ausgleichungsansprüche — gegen den Vermieter solle erheben dürfen, die ihren Ursprung in irgendwelchen durch Mängel der Mietsache verursachten Schäden haben.

4. Kiel 29. 2. 16, SchlHolstAnz. 16, 113. Die Ausgleichungspflicht aus § 426 ist nicht davon abhängig, daß die Eingehung der Gesamtschulden durch einen einheitlichen Akt erfolgt; es reicht vielmehr aus, daß ein echtes Gesamtschuldverhältnis besteht, daß nämlich nicht nur rein zufällig und äußerlich die mehreren Verbindlichkeiten denselben Inhalt haben, sondern daß eine gewisse innere Verbindung, eine Zweckgemeinschaft der Verbindlichkeiten besteht (vgl. **RG.** 61, 60; 70, 409; 77, 323; 79, 289). Ein solcher gemeinschaftlicher Zweck kann darin liegen, daß beide Schuldner gemeinsam den Kredit eines Dritten stärken und dessen Gläubiger sicherstellen wollen.

5. Rostock 12. 5. 16, MecklZ. 35, 60. Die an gleicher Stelle stehenden Wechselverpflichteten sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Teilen verpflichtet, sofern nicht ein anderes bestimmt ist (**RG.** 48, 156; 52, 222), z. B. durch die bei Ausstellung des Wechsels getroffene Vereinbarung, die eine Partei solle im Innenverhältnis das Risiko allein tragen. Eine solche andere „Bestimmung" zu beweisen, ist Sache desjenigen, der sie für sich geltend macht (R. 08, Nr. 3405).

6. **RG.** 21. 2. 16; 88, 122, PosMSchr. 16, 64, R. 16, Nr. 812. Die Abweichung von dem zunächst gegebenen gesetzlichen Verteilungsmaßstabe, die anderweite Bestimmung, muß von denjenigen dargetan werden, der die Abweichung von dem in § 426 angenommenen Regelfall behauptet. Es bedarf hierzu aber nicht des Nachweises einer besonderen vertraglichen Abmachung; die anderweite Bestimmung kann vielmehr schon in einem zwischen

den Ausgleichspflichtigen bestehenden Gesellschaftsverhältnis gefunden werden (**RG.** 75, 251).

7. **RG.** 21. 2. 16; 88, 122, DJZ. 16, 725, R. 16, Nr. 811. Bei einer GmbH. bildet das im Gesellschaftsvertrag festgesetzte Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter von vornherein den natürlichen Maßstab für alle Verpflichtungen, die die Gesellschafter in Angelegenheiten der Gesellschaft übernehmen, insbesondere auch für die Ausgleichung untereinander bei einer von allen Gesellschaftern oder von einzelnen für eine Gesellschaftsschuld übernommenen Bürgschaft (**RG.** 84, 415).

8. Weinbach, PrVerwBl. 37, 544. § 426 ist auch auf die Stempelschuld beim Pachtvertrage anzuwenden, und zwar nicht nur, wenn der volle Pachtstempel erforderlich ist, sondern auch, wenn bei einem Pachtvertrage mit dem Fiskus nach §§ 12c, 5b und Z. 5 und 6 PrStG. nur der halbe Stempel zu verwenden ist.

9. **RG.** 25. 1. 16, BayRpflZ. 16, 151. Bei unechten Gesamtschuldverhältnissen findet § 426 Abs. 1 keine Anwendung (**RG.** 77, 323; 79, 290).

10. **RG.** 25. 1. 16, BayRpflZ. 16, 151. Der Ausgleichungsanspruch zwischen mehreren aus einer unerlaubten Handlung haftenden Gesamtschuldnern ist kein Anspruch aus unerlaubter Handlung; er unterliegt einer selbständigen und zwar der dreißigjährigen Verjährung (**RG.** 69, 426; 84, 421).

11. Kiel 19. 10. 16, OLG. 33, 255, SchlHolstAnz. 16, 14. § 426 Abs. 2 gilt auch bei Wechselforderungen, ohne daß es einer Indossierung bedarf. — Die Befriedigung kann auch durch Leistung an Erfüllungsstatt geschehen, namentlich auch durch Hingabe eines neuen Wechsels an Zahlungsstatt. — Mit der Befriedigung geht auch der Zinsanspruch, und zwar nicht nur soweit der Gesamtschuldner selbst die Zinsen bezahlt hat, sondern auch für die weitere Zeit, über. **RG.** 61, 347 ist insoweit nicht beizutreten (vgl. **RG.** 65, 169).

12. Über Stempelsteuer bei Jagdpacht (Haftung des Pächters und Verpächters) vgl. *Dickel, Forstzivilrecht 411 a. E.

§ 427.

Stuttgart 26. 10. 15, R. 16, Nr. 30. Wenn bei einem Vertrage auf der einen Seite mehrere Personen stehen, die einheitlich — als Gesamtschuldner und Gesamtberechtigte — auftreten wollen, dann kommt im Zweifel der Vertrag nicht zum Abschluß, wenn eine dieser Personen die Zustimmung zu dem geplanten Vertrag schließlich versagt.

§ 428.

Hamburg 19. 2. 16, OLG. 33, 253, SeuffA. 71, 314. Der Umstand, daß die Mitberechtigung auf Vertrag beruht, oder daß die Leistung an den Anwalt der Berechtigten erfolgen soll, reicht nicht aus, um eine Absicht der Parteien auf Begründung eines Gesamtgläubigerverhältnisses anzunehmen.

§ 432.

RG. 28. 2. 16, JW. 16, 837, R. 16, Nr. 1276. Der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft kann nicht im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft klagen, und das gleiche muß für die Kommanditgesellschaft gelten.

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 433.

I. Allgemeines.

1. Celle 23. 9. 15, SeuffA. 71, 57. Der Vertrag, durch den sich ein Verleger verpflichtet, die von ihm herausgegebene Zeitschrift den Mitgliedern eines Vereins zu liefern,

ist ein Kaufvertrag nach Art des Bestellungskaufes. Daran wird dadurch nichts geändert, daß die Zeitschrift als Vereinsblatt in einer Sonderausgabe mit geändertem Kopfe zu liefern ist, und daß Bestimmungen über die Person des Schriftleiters getroffen werden.

2. Gegenstand des Kaufvertrags. a) RG. 17. 3. 16, SchlHolstAnz. 16, 98. Der Kauf einer Schiffsladung in Kenntnis des Umstands, daß das Konnossement nicht geliefert werden kann, ist nicht als Kauf eines unsicheren Rechts — emptio spei — aufzufassen, sondern es handelt sich um den Kauf einer bestimmten Ladung.

b) Hamburg 7. 7. 16, OLG. 33, 259. Wenn zwei Parteien, die sich regelmäßig mit dem Handel in Altmaterial befassen, das die Bahnverwaltung zum öffentlichen Verkauf bringt, und daher den Inhalt der Bahnbedingungen genau kennen, ein Kaufgeschäft über Material abschließen, auf das der Verkäufer ein Höchstgebot abgegeben hat, dann sind Gegenstand des Kaufgeschäfts im Zweifel nicht die Materialien selbst, sondern die Rechte, die dem Verkäufer auf Grund seines Höchstgebots gegen die Bahnverwaltung zustehen, so daß keine unbedingte Lieferungspflicht des Verkäufers begründet werden soll.

c) Frankfurt 8. 5. 12, OLG. 33, 260 Anm. 1. Wird ein Kaufvertrag über ein Heilmittel abgeschlossen, dessen Bezeichnung unrichtige, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorrufende Angaben über die Beschaffenheit und die Herstellungsart des Mittels enthält, so bildet diese Bezeichnung einen wesentlichen Inhalt des Vertrags. Denn nur unter dieser Bezeichnung kann das Heilmittel mit Erfolg vertrieben werden und soll nach der Absicht der Parteien in Ankündigungen angepriesen und feilgehalten werden.

3. Pflichten aus dem Vertrage. a) RG. 7. 12. 15, R. 16, Nr. 210. Wenn der Verkäufer die Mengen einer von ihm ständig hergestellten leicht verderblichen Gattungsware, die er wegen der Zahlungssäumnis des Käufers diesem nicht liefert, anderweit verkauft, weil ihm die Aufbewahrung Schwierigkeiten macht, ohne daß er nach § 326 verfahren wäre, so folgt daraus nicht, daß er von dem Käufer Abnahme anderer Ware aus seinem sich immer erneuernden Vorrat nicht verlangen oder nur dann verlangen könnte, wenn er sich dies Recht ausdrücklich vorbehält.

b) RG. 3. 5. 16, R. 16, Nr. 1277. Bei dem Grundstückskauf gehört zu den Pflichten des Käufers auch die Entgegennahme der Auflassung (RG. 69, 107).

c) RG. 14. 12. 15, BayersZ. 23, 174, R. 16, 591, WarnE. 16, 112. Derjenige, der bei einer in Aussicht genommenen Kapitalerhöhung auszugebende neue Aktien gekauft hat, ist nicht verpflichtet, alte Aktien derselben AG. als Erfüllung anzunehmen, wenn die Ausgabe der neuen infolge des Kriegs unterbleibt. Die alten sind etwas anderes als die geschuldeten neuen, da diese voraussichtlich wertvoller werden, wenn dem Unternehmen durch die Kapitalerhöhung neue Mittel zugeführt und seine Aussichten dadurch verbessert würden. Es kann sich nur fragen, ob die Folgeerscheinungen des Kriegs die dem Verkäufer obliegende Leistung unmöglich gemacht haben.

d) RG. 23. 6. 16, JW. 16, 1188, WarnE. 16, 299. Ist bei einem Sukzessivlieferungsgeschäft bestimmt, daß wöchentlich eine bestimmte Anzahl geliefert werden soll, dann besteht wohl eine Pflicht des Verkäufers, wöchentlich zu liefern, nicht aber eine besondere Pflicht des Käufers, wöchentlich abzurufen.

e) München 28. 6. 15, LeipzZ. 16, 82. Durch Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts verwirkt der Käufer den Anspruch auf den für den Fall pünktlicher Zahlung in Aussicht gestellten Kassaskonto. Dieser soll nur dann gewährt werden, wenn der Schuldner wirklich zur bedungenen Zeit zahlt, bei nicht rechtzeitiger Zahlung aber selbst dann nicht, wenn die Zahlung ohne Verschulden unterbleibt.

f) *Dickel, Forstzivilrecht 418ff. Haftet der Eisenbahnherr dem Waldbesitzer für Schaden durch Funkenflug, wenn der Waldbesitzer den in Frage stehenden Teil des Eisenbahndamms dem Eisenbahnherrn bei dem Bau der Eisenbahn verkaufte und sich ein solches Recht nicht vorbehielt? Über Holzverkäufe vgl. das. S. 414ff., 417 (Telegraphenstangen), 418 (Grubenholzeinschlag), 441 (Nebenverträge); über Verkauf lebenden Wildes a. O. 418, erlegten Wildes 420.

4. Vertragsdauer. Leistungszeit. a) Stuttgart 1. 2. 16, R. 16, Nr. 651. Ein zwischen einem Landwirt und einem Milchhändler auf unbestimmte Zeit geschlossener Milchlieferungsvertrag erfordert eine gewisse Dauer der Rechtsbeziehungen. Es kann nicht jederzeit fristlos mit sofortiger Wirkung gekündigt werden, vielmehr ist mangels ausdrücklicher Abmachungen eine angemessene Kündigungsfrist als vereinbart anzusehen. Wird monatlich abgerechnet, dann ist anzunehmen, daß eine etwaige Kündigung nur auf den Monatsschluß zulässig sein soll.

b) Hamburg 24. 10. 14, OLG. 32, 155. Der Käufer bleibt, auch wenn der Verkäufer die Erfüllung weigert, an den Kauf gebunden und zur Abnahme der Ware verpflichtet. Diese Bindung muß aber, auch wenn sich der Verkäufer nicht rührt, eine zeitliche Grenze haben, die dann überschritten ist, wenn der Käufer aus dem Verhalten des Verkäufers nach Treu und Glauben entnehmen darf, daß der Verkäufer den Abschluß als erledigt betrachte.

c) Königsberg 11. 4. 14, PosMSchr. 16, 61. Die Geltendmachung des dem Käufer zustehenden Erfüllungsanspruchs ist im allgemeinen nicht an eine bestimmte Zeitgrenze gebunden. Doch erleidet dieser Grundsatz insofern eine Ausnahme, als der Käufer bei Vermeidung des Verlusts seines Erfüllungsanspruchs mit der Geltendmachung nicht so lange warten darf, daß darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu erblicken ist. Die Erfordernisse eines Verstoßes gegen die guten Sitten brauchen nicht erfüllt zu sein; es kommt vielmehr vor allem darauf an, ob nach dem beiderseitigen Willen ein Hinausschieben auf unbestimmte Zeit nicht gewollt sein kann, und ob es sich nicht nur um ein nachsichtiges Verhalten handelt. Ist eine schnelle Erledigung des Abschlusses gewollt, und werden nach dem Vertragsschlusse die Verhältnisse anders, oder verändert sich der Vertragsgegenstand in wesentlicher Weise, dann liegt ein Verzicht auf den Erfüllungsanspruch schon darin, daß der Käufer längere Zeit die Erfüllung nicht verlangt.

d) Stuttgart 11. 4. 16, R. 16, Nr. 1086. Mit dem Zeitpunkt, in dem der Gläubiger die Erfüllung fordern darf, ist die Lieferung nur dann fällig, wenn sie zu sofortiger Erfüllung gefordert werden darf. Denn die Lieferung wird auf den Liefertermin, nicht schon mit dem Abruf als solchem fällig.

5. Überseeische Geschäfte. **RG.** 27. 6. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 252, WarnE. 16, 346. Bei Verkäufen auf Abladung von überseeischen Plätzen gilt die vereinbarte Zeit der Verschiffung als wesentlich. Eine Abladung außerhalb dieser Zeit gilt nicht als Vertragserfüllung.

6. **RG.** 25. 2. 15; 87, 1, HansGZ. 16, Bbl. 77. Dadurch, daß der Verbraucher eine von einem Fabrikanten hergestellte Ware in Originalpackung von einem Zwischenhändler kauft, entsteht an sich kein unmittelbares Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Fabrikanten. Eine vertragliche Rechtsbeziehung zwischen beiden wäre, zwar nicht in Gestalt eines unmittelbaren Kaufvertrags, wohl aber als Übernahme der Gewähr für den Inhalt der Verpackung, für die Echtheit, Unverfälschtheit und sorgfältige Zubereitung auch dem Verbraucher gegenüber möglich, z. B. wenn der Fabrikant durch einen Aufdruck auf den Etiketten der Verpackung sein Einstehen für den Inhalt erklärte.

7. Vinkulationsgeschäft. a) **RG.** 1. 2. 16; 88, 69, DJZ. 16, 533, LeipzZ. 16, 674. Bietet ein Kaufmann (Bankier, Spediteur), der Waren oder Dokumente über solche für seine Kunden in Händen hat, sie dem Abkäufer seines Kunden mit der Bedingung an, daß die Zahlung an ihn selbst geleistet werde, und macht der Abnehmer von diesem Angebot Gebrauch, dann entsteht ein von dem Kaufvertrage verschiedenes Schuldverhältnis, kraft dessen der Empfänger der Ware dem Hingeber zur Zahlung verpflichtet ist.

b) Colmar 19. 5. 15, ElsLothZ. 16, 260. Die rechtliche Bedeutung des Vinkulationsgeschäfts besteht darin, daß die dem Verkäufer Vorschuß leistende und das Eigentum an der Ware erwerbende Bank (Vinkulant) nicht in den ursprünglichen Kaufvertrag eintritt, sondern einen neuen Vertrag mit dem Käufer kraft ihres eigenen an der Ware erlangten dinglichen Rechts unter den von ihr gesetzten Bedingungen eingeht. Daneben bleibt der

ursprüngliche Vertrag zwischen dem Verkäufer und Käufer, insbesondere mit den etwaigen Gewährleistungspflichten, bestehen. Neben der Übertragung der Ware an die Bank findet zwar auch eine Übertragung der Kaufpreisforderung an sie statt. Aber dies ändert an ihren Rechten dem Käufer gegenüber nichts. Das Wesentliche und Entscheidende ist, daß die Bank auf Grund ihres dinglichen Rechts die Ware anbietet unter der Bedingung, zu zahlen oder die Ware zur Verfügung zu halten. Verfügt der Käufer über die ihm von der Bank angebotene Ware, dann nimmt er stillschweigend deren Vertragsantrag an, der auf Zahlung der vollen Kaufpreisforderung geht; er ist deshalb auch zur Zahlung dieser vollen Summe verpflichtet und nicht berechtigt, wegen seiner Befugnis, wegen Mängel der Ware Abzüge zu machen, mit einer Gegenforderung aufzurechnen, auch dann nicht, wenn die Kaufpreisforderung den von der Bank gegebenen Vorschuß übersteigt, bezüglich dieses Unterschieds.

c) Hamburg 19. 7. 15, OLG. 33, 258. Bei dem bei dem Handel mit galizischen Eiern üblichen Vinkulationsgeschäft erhält der Geldgeber das Eigentum an der bevorschußten Ware und gibt diese entweder selbst an den Empfänger mit der Auflage, gegen Einlösung der auf ihn gezogenen Tratte darüber zu verfügen, oder er läßt die Ware zwar durch den Vorschußempfänger absenden, sichert sich aber gegen abweichende Verfügungen dadurch, daß er sich ein Frachtbriefduplikat geben läßt. Nimmt der Empfänger das ihm vom Vorschußgeber gemachte Angebot an, so tritt dieser als Verkäufer in den bisherigen Kaufvertrag ein. Dabei bleibt aber die Lieferung der Ware Voraussetzung der Leistungspflicht des Käufers.

II. Kriegsrecht.

1. Königsberg 30. 3. 16, DJZ. 16, 911. Sind die den Gegenstand des Kaufvertrags bildenden Koks einer bestimmten Gasanstalt durch Verfügung der Militärbehörde beschlagnahmt, und ist zugleich bestimmt, daß Koks dieser Anstalt nur in Mischung mit gleichen Mengen anderer Koks an die Verbraucher abgegeben werden dürfen, dann tritt diese Mischung, deren Lieferung allein noch möglich ist, gemäß § 242 an die Stelle der Vertragsware. Der Verkäufer ist nicht berechtigt, die Lieferung zu verweigern, weil der Käufer den von ihm für diese Ware verlangten höheren Preis nur unter Vorbehalt der Nachprüfung seiner Angemessenheit zahlen will.

2. a) **RG.** 29. 2. 16; 88, 143, DJZ. 16, 726, HoldheimsMSchr. 16, 111, JW. 16, 829. Der Verkäufer, der auf Grund einer unbefristeten Kriegsklausel den Vertrag auflösen will, darf seine Erklärung nicht beliebig verzögern, sondern hat nach Eintritt des Kriegsfalls innerhalb der Frist, deren er bedarf, um seine Lage zu übersehen, von dem vorbehaltenen Rechte Gebrauch zu machen. Ebenso: Hamburg 14. 7. 16, HansGZ. 16, HptBl. 226, DJZ. 16, 1089.

b) KG. 21. 3. 16, OLG. 32, 312, R. 16, 400. Der Verkäufer, der auf Grund der Kriegsklausel vom Vertrage zurücktreten will, darf seine Erklärung nicht längere Zeit hinausschieben, sondern muß sie innerhalb kurzer angemessener Frist abgeben. Wenn er mit ihr monatelang gezögert hat, so widerspricht dieses Verhalten, zumal wenn der Preis auf das Doppelte gestiegen war, dem § 242.

c) **RG.** 23. 5. 16; 88, 261, DJZ. 16, 898, HoldheimsMSchr. 16, 185, JW. 16, 1018, LeipzZ. 16, 1009. Der Käufer ist nicht befugt, seine Stellungnahme gegenüber einer verspäteten Geltendmachung der Klausel auf unbestimmte Zeit hinauszuschieben. → Zu vgl. auch 6 zu § 242. ←

d) Augsburg 10. 11. 15, LeipzZ. 16, 185. Bei den durch den Krieg geschaffenen wirtschaftlichen Verhältnissen geht es nicht an, daß der Käufer bei vorliegendem festen Schluß den Abruf einer nach Bedarf gekauften Ware bei sich nach aufwärts bewegenden Preisen absichtlich verzögert, um sich dann unter Berufung auf eine nach § 326 zu setzende Nachfrist zu einem günstigen Preise einzudecken oder Schadensersatz zu verlangen. Der Verkäufer darf nach den Grundsätzen von Treu und Glauben erwarten,

daß der Käufer einer insbesondere während der Lagerung sorgfältig zu behandelnden Ware sich streng an die vereinbarte Lieferungsfrist hält. Er darf annehmen, daß der Käufer nach Ablauf der Frist auf die Lieferung keinen Wert mehr legt.

e) Jena 8. 3. 16, ThürBl. 63, 140. Hat der Käufer in dem Verkäufer den Glauben erweckt, er wolle von der Abnahme des noch ausstehenden Teils der Ware entbunden werden und betrachte sich als entbunden, und später: er halte den Vertrag hinsichtlich der Restlieferung für aufgehoben, dann verstößt es wider Treu und Glauben, wenn er hinterher nach einer durch die Kriegsentwicklung bewirkten Änderung der Interessenlage, wenn ihm bei den gesteigerten Preisen das Festhalten an dem alten, aufgegebenen Vertrag vorteilhaft ist, auf diesen plötzlich willkürlich zurückgreifen will.

3. KG. 31. 1. 16, KGBl. 16, 25. Lieferungen zu Kriegszwecken sind schon mit Rücksicht auf die Strafvorschrift des § 329 StGB. eilig und müssen unter strenger Innehaltung der vereinbarten Lieferfristen und Bedingungen ausgeführt werden.

4. Oertmann, Noch einmal die Einwirkung von Höchstpreisen auf laufende Verträge, JW. 16, 247. Verweigert der Schuldner die Annahme der Ware, um das Geschäft in der Schwebe zu halten und den Höchstpreis darauf anwendbar zu machen (VO. v. 11. 11. 15), so gerät er, falls nur sonst ein ordnungsmäßiges und vollständiges Angebot vorliegt, in Schuldnerverzug hinsichtlich der ihm nach § 433 Abs. 2 obliegenden Schuldnerleistung und ist daher schadensersatzpflichtig.

5. Dresden 29. 10. 15, SächsRpflA. 16, 43. Erklärt der Käufer bezüglich eines Sukzessivlieferungsgeschäfts nach Kriegsausbruch, er sei nicht mehr in der Lage Sendungen bis auf weiteres hereinzunehmen, er gebe weitere Disposition, sobald die Lage sich wieder gebessert habe, so liegt darin eine Lossagung vom Vertrage unter Hinzufügung einiger vertröstender Worte. Antwortet der Verkäufer nicht und bietet er auch keine Ware weiterhin an, dann heißt er die Erklärung des Käufers gut, und das Vertragsverhältnis erlischt endgültig.

§ 434.

1. **RG.** 16. 2. 16; 88, 103, R. 16, Nr. 813. § 434 ist nicht nur auf den Sachkauf, sondern auch beim Kauf jedes sonstigen Gegenstands anwendbar. Auch kommt es auf die rechtliche Natur des Rechts des Dritten nicht an; es braucht sich insbesondere nicht um ein dingliches Recht zu handeln, sondern es genügt jedes Recht, das auch dem Käufer gegenüber geltend gemacht werden kann, somit bei dem Verkaufe eines Geschäfts mit der Firma auch ein Recht, das auf Grund eines mit dem Verkäufer geschlossenen schuldrechtlichen Vertrags gemäß § 25 HGB. auch gegen den Käufer geltend gemacht werden kann (JW. 14, 922, **RG.** 52, 276).

2. **RG.** 13. 5. 16, R. 16, Nr. 1869. Das Bestehen eines Mietvertrags bezüglich des verkauften Grundstücks stellt sich als Mangel im Recht dar, da der Mieter die Mieterrechte nach § 571 gegen den Käufer geltend machen kann. Ein Sachmangel liegt nicht vor.

3. **RG.** 3. 5. 16, GruchotsBeitr. 60, 994, R. 16, Nr. 1278, WarnE. 16, 253. Die Pflicht zur Duldung des Notwegs stellt eine auf der Lage des Grundstücks beruhende gesetzliche Eigentumsbeschränkung, nicht einen Mangel im Rechte dar, von dem der Verkäufer den Käufer gemäß § 434 freizuhalten hätte.

4. a) **RG.** 16. 12. 14 — JDR. 14, 1 zu § 434 —, betr. Wegegerechtigkeit, ist abgedruckt auch: HansGZ. 16, Bbl. 67.

b) Hamburg 7. 1. 16, HansGZ. 16, Bbl. 118. Das Bestehen einer Wegegerechtigkeit zugunsten eines anderen Grundstücks bedeutet einen Mangel im Rechte im Sinne der §§ 434, 442.

5. **RG.** 28. 4. 16, WarnE. 16, 214. Der Verkäufer ist zur Beseitigung eines von dem Käufer nicht übernommenen und ihm auch bei dem Abschlusse des Vertrags nicht bekannt gewesenen Vorkaufsrechts verpflichtet (vgl. § 439 Abs. 1).

§ 435.

RG. 12. 1. 16; 88, 22, R. 16, Nr. 419. Die Verpflichtung des Verkäufers, im Grundbuch eingetragene Rechte, die nicht bestehen, zur Löschung zu bringen, erstreckt sich auch auf ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragungen, bezüglich deren auch der Erwerber des Grundstücks die Beseitigung im Wege der Grundbuchberichtigung erwirken könnte.

§ 436.

1. **RG.** 12. 4. 16, LeipzZ. 16, 1007, R. 16, Nr. 1087, WarnE. 16, 208. Das BGB. versteht unter „Lasten" nur Belastungen, vermöge deren Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind, nicht dagegen Belastungen zugunsten Dritter, die nur das Eigentums- und Verfügungsrecht des Grundstückseigentümers einschränken, wie Nießbrauch, Grunddienstbarkeiten oder dingliches Vorkaufsrecht (**RG.** 66, 316). Doch kann nach den Umständen des Einzelfalls die Vertragsbestimmung, das Grundstück solle „lastenfrei" gewährt werden, nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten sich auch auf Grunddienstbarkeiten beziehen; z. B. kann dies dann der Fall sein, wenn der Verkäufer bei den Verhandlungen das Bestehen von Wegerechten bestritten hat.

2. Hamburg 2. 1. 15, JDR. 14, zu § 436 — abgedruckt auch: OLG. 33, 261.

§ 437.

1. Buch, Schuld und Haftung im geltenden Recht, München 1914. § 437 bedeutet, daß der Verkäufer die Übertragung des Rechts schuldet, bei Nichtbestehen des Rechts seine Schuld nicht erfüllt und darum die durch die vorhandene Haftung gegebenen Folgen auf sich zu nehmen hat (41).

2. Dresden 29. 3. 15, SächsOLG. 37, 128. Der Verkäufer, der sein Gut mit sämtlichen Rechten und Gerechtigkeiten verkauft hat, haftet dem Käufer für den Bestand des Wegenutzungsrechts, den er zugesagt hat, nach §§ 433, 437 und hat den Mangel dieses Rechts nach § 440 zu vertreten. Um einen Sachmangel, den er nach § 459 Abs. 2 zu vertreten hätte, handelt es sich nicht (DJZ. 10, 361).

3. **RG.** 25. 3. 16, R. 16, Nr. 1868. Hat der Verkäufer gegen Entgelt die Einräumung eines Wegerechts als einer privaten Grundgerechtigkeit zugesagt, während der Weg als öffentlicher Weg bestand, dann muß er zum mindesten das für die Zusage der Grundgerechtigkeit ausbedungene Entgelt wieder herausgeben. Mit der Unmöglichkeit der Leistung kann er sich nicht entschuldigen; das würde er auch dann nicht können, wenn absolute Unmöglichkeit vorläge. Absolut unmöglich ist aber die Leistung nicht, da die Möglichkeit, öffentliche Wege in private zurückzuverwandeln, immerhin besteht, so daß nur Unvermögen vorliegt, für das der Verkäufer unter allen Umständen aufkommen muß (**RG.** 69, 355).

4. **RG.** 25. 3. 16, LeipzZ. 16, 738. Ist mit dem Grundstück ein dauerndes und unkündbares Recht verkauft, das auf einem anderen Grundstücke entspringende Quellwasser über eine ununterbrochene Kette von Grundstücken hinweg zu dem gekauften Gundstücke hinzuleiten, dann ist der Verkäufer zur Verschaffung dieses Rechts, soweit es nicht besteht, und, wenn er das nicht vermag, zur Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung seiner Vertragspflicht nach § 437 verpflichtet (**RG.** 69, 356, WarnE. 14, 204).

5. a) Braunschweig 19. 10. 15, OLG. 33, 170. Bei der Übertragung des Rechts aus dem Meistgebot gegen Entgelt haftet der Übertragende gemäß § 437 für den rechtlichen Bestand des Meistgebotsrechts. Die Tatsache, daß das versteigerte Grundstück verpachtet ist, begründet keinen Mangel in dem Rechte aus dem Meistgebot. Eine Haftung aus §§ 459ff. kommt nicht in Frage.

b) Marienwerder 15. 2. 16, OLG. 33, 169. In der Abtretung des Rechts aus dem Meistgebot in der Zwangsversteigerung ist im Zweifel — namentlich, wenn der Meistbietende ein Hypothekar ist, dem es nur darauf ankommt, seine Hypothek auszubieten — lediglich eine Rechtsabtretung ohne Haftung für Übergabe und Erlangung des Eigen-

tums zu finden, auf die § 433, nicht aber die Vorschriften über Gewährleistung wegen Sachmängel anzuwenden sind.

6. **RG.** 25. 3. 16, LeipzZ. 16, 738. Daß das Recht nicht allein für sich Gegenstand des Verkaufs gewesen ist, sondern nur mit dem Grundstücke, als dessen Bestandteil mitverkauft worden ist, tut der Anwendbarkeit des § 437 keinen Eintrag (**RG.** 83, 198).

§ 438.

RG. 24. 6. 16, WarnE. 16, 314. § 438 kann da nicht Platz greifen, wo die tatsächlichen Umstände ergeben, daß unzweifelhaft ein anderer Zeitpunkt, wie der der Abtretung, als maßgebend aus dem Inhalt des Vertrags zu entnehmen ist.

§ 439.

1. **RG.** 17. 3. 16; 88, 165, R. 16, Nr. 814. Kennt der Käufer einen Mangel im Recht, der dem Verkäufer, ohne daß diesen ein Verschulden trifft, möglicherweise die Lieferung der Ware unmöglich macht — Fehlen des Konnossements einer verschifften Ware —, so hat dies nur die Folge, daß der Verkäufer den Mangel im Recht nicht zu vertreten hat, vielmehr von der Lieferungspflicht frei wird. Andererseits hat der Verkäufer, wenn die Lieferung unmöglich wird, den Anspruch auf die Gegenleistung verloren, also den empfangenen Kaufpreis herauszugeben.

2. Wegen des Vorkaufsrechts: Ziff. 5 zu § 434.

3. **RG.** 3. 3. 16, R. 16, 351. Wenn der Käufer in Kenntnis von der Kaperung des Schiffes und der Beschlagnahme der Ware gekauft hat, dann hat er einen Gewährleistungsanspruch wegen Mangels im Rechte nicht.

4. **RG.** 25. 11. 16, PosMSchr. 16, 91. Fahrlässiges Nichtkennen des Mangels reicht nicht aus (**RG.** 59, 408). — Kennt der Käufer eines Grundstücks zwar das Bestehen, nicht aber den ganzen zeitlichen Umfang einer Rentenbankrente, so hat der Verkäufer den Rechtsmangel insoweit zu vertreten, als die Dauer des Rechts dem Käufer unbekannt war. (OLG. hatte angenommen, daß, da der Käufer wußte, daß die länger als vier Jahre währende Rente „noch einige Jahre" lief, der Verkäufer hafte, insoweit die Rente über die Dauer von vier Jahren hinaus fortbestand. RG. billigt diesen Standpunkt.)

§ 440.

1. **RG.** 12. 4. 16, WarnE. 16, 208. § 440 Abs. 1 ist dispositiver Natur. Die Parteien können daher durch Vertrag die Rechte des Käufers abweichend von §§ 320—327 regeln, insbesondere sein Rücktrittsrecht ausschließen.

2. Dresden 29. 3. 15, SächsOLG. 37, 128. Dem Käufer eines Guts, der den Mangel eines ihm mit verkauften Wegebenutzungsrechts zugunsten des veräußerten Grundstücks nachweist, hat gegen den Verkäufer zunächst den Anspruch auf Verschaffung der Grunddienstbarkeit. Erst wenn der Verkäufer diese Verpflichtung nicht erfüllt, hat er die Rechte aus §§ 320—327.

3. Hamburg 30. 10. 15, SeuffA. 71, 96. Indem der Verkäufer zu sofortiger Lieferung Ware verkauft, über die er zur Zeit dieses Verkaufs das Recht zur Verfügung noch nicht besitzt, handelt er unter der Gefahr, daß er, wenn es ihm nicht gelingt, sich die Verfügung über die verkaufte Ware rechtzeitig zu verschaffen, dem Käufer für den aus der Nichtlieferung entstandenen Schaden haften muß.

§ 442.

1. **RG.** 3. 5. 16, GruchotsBeitr. 60, 944, JW. 16, 959, R. 16, Nr. 1279, 1280, WarnE. 16, 253. Dem Käufer liegt der Beweis für den von ihm behaupteten Mangel im Rechte des Verkäufers ob ohne Unterschied, ob dieser äußerlich seiner Verschaffungspflicht schon Genüge geleistet hatte oder nicht, und gleichgültig, von welchem Rechtsbehelfe der Käufer Gebrauch macht, namentlich auch dann, wenn er wegen des Mangels im Rechte die Entgegennahme der Auflassung verweigert. Seiner Beweispflicht genügt der Käufer nicht dadurch, daß er nachweist, daß ein Dritter ein Recht an der Kaufsache geltend macht,

sondern nur dadurch, daß er nachweist, daß das Recht des Dritten und damit der Rechtsmangel für ihn besteht, sofern nicht vereinbart ist, daß der Verkäufer den Käufer schon gegen die bloße Geltendmachung von Ansprüchen Dritter zu schützen habe.

2. Hamburg 7. 1. 16, HansGZ. 16, Bbl. 118. Die Beweisregel, daß den Mangel im Recht der Käufer beweisen muß, umfaßt alle Streitfälle im Rahmen des § 434 ohne Unterschied, ob der Verkäufer seiner Verschaffungspflicht äußerlich schon genügt hatte oder nicht, und gleichgültig, von welchem Rechtsbehelfe (§ 440) der Käufer Gebrauch macht.

§ 444.

RG. 6. 10. 15, JW. 16, 116, LeipzZ. 16, 222, R. 16, Nr. 1857, SchlHolstAnz. 16, 104. Die Auskunftspflicht des Verkäufers hat einen bereits abgeschlossenen Vertrag zur Voraussetzung (**RG.** 52, 168). JW. 12, 745 steht nicht entgegen, da hier nicht der allgemeine Grundsatz ausgesprochen ist, daß der Verkäufer bereits bei den Kaufverhandlungen eine zu den vertraglichen Verpflichtungen gehörende Offenbarungspflicht habe, sondern nur der besondere Fall behandelt ist, daß zwischen dem Verkäufer und dem Käufer ein Vertrauensverhältnis bestanden hat.

§ 446.

1. München 12. 2. 15, OLG. 33, 265 Anm. 1. Übergabe des verkauften Kraftwagens liegt nicht vor, wenn der Verkäufer offensichtlich als Bedingung für die uneingeschränkte Herausgabe des Wagens ansieht, daß vorher der Kaufschillingsrest vollständig bezahlt wird, der Käufer auch vorher den Wagen nicht zur freien Verfügung bekommt, sondern erst ersuchen muß, daß er auf „seinem" Wagen zum Lernen fahren darf.

2. Rostock 23. 11. 14 — JDR. 14, 3 zu § 446 —, § 446 ist nicht zwingendes Recht, abgedruckt auch: OLG. 33, 266.

3. **RG.** 2. 7. 15 — JDR. 14, 4 zu § 446 — Nichtanwendbarkeit der §§ 446, 447 auf Verzögerungsschaden, abgedruckt auch: **RG.** 87, 134, DJZ. 16, 129.

§ 447.

1. Adler, Kriegsunmöglichkeit, Fob-Klausel und Versendungspflicht des Verkäufers, JW. 16, 1106. § 447 bezieht sich unmittelbar nur auf die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung. Aber der Sinn ist, daß es mit der Gefahr so gehalten werden soll, wie wenn der Käufer die Ware abgeholt hätte. Die Folgen einer zufälligen Unterbrechung der Reise trägt der versendende Verkäufer.

2. **RG.** 14. 1. 16; 88, 37, HansGZ. 16, Hptbl. 88, HoldheimsMSchr. 16, 112, JW. 16, 478, LeipzZ. 16, 460, R. 16, Nr. 653. Regelmäßig besorgt der Verkäufer, der die Versendung der Ware zu bewirken hat, damit ein Geschäft des Käufers, und es kann dann der Käufer die Zahlung des Kaufpreises und die Abnahme nicht schon deshalb verweigern, weil der Verkäufer aus irgend einem Grunde zur Versendung außerstande ist. Doch kann die Übernahme der Versendungspflicht auch eine weitergehende Bedeutung haben. Dies trifft zu, wenn der Käufer die Ware erkennbar nicht für seinen einheimischen Bedarf, sondern zu einem Zwecke gekauft hat, der ohne die von dem Verkäufer übernommene Verschiffung nicht erreichbar war, wenn eine Zahlungsweise vereinbart war, die voraussetzt, daß die Ware zur Verschiffung gebracht wird, und wenn der Käufer ein Interesse daran hat, die Ware nicht bei der Abnahme vom Landlager zu bezahlen, sondern, wie vereinbart, das die Ware vertretende, die weitere Verfügung erheblich erleichternde Konnossement einzulösen.

3. Hamburg 10. 2. 16, LeipzZ. 16, 1143, R. 16, Nr. 199. Die Bestimmung darüber, wie und wohin die gekaufte Ware zu versenden sei, steht regelmäßig dem Käufer zu; dieser kann auch die Anweisung über die Versendung vor deren Ausführung abändern, sofern dem Verkäufer dadurch nicht erhebliche Schwierigkeiten erwachsen. Bei einem Cif-Geschäft aber ist der Käufer, wenn Beförderungsart und -weg vorgeschrieben sind,

im Zweifel nicht berechtigt, dem Verkäufer eine andere Beförderung unter Angebot des Ersatzes der Mehrkosten vorzuschreiben.

4. Hamburg 10. 2. 16, R. 16, 198. Beim Seetransport und insbesondere bei Cif-Verkäufen hat der Verkäufer regelmäßig seinen Pflichten hinsichtlich der Versendung genügt, wenn er die Ware dem Schiff übergeben hat. Hat er die Abladung besorgt und sind die Konnossemente erhalten, so ist das Versendungsgeschäft erfüllt. Die mit der Reise verbundenen Gefahren der Verzögerung, einschließlich der, daß das Schiff infolge des Kriegs den Abgangshafen überhaupt nicht verläßt, treffen nicht ihn, sondern den Käufer.

5. Über den Gefahrübergang bei Cif- und Fob-Geschäften: siehe auch § 269, 10 und 11.

6. Hamburg 10. 2. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 73, LeipzZ. 16, 767; R. 16, Nr. 654. Zum Gefahrübergang ist bei der Gattungsschuld die äußerliche Kennzeichnung nicht erforderlich und die sog. Konzentration nur insoweit nötig, als der Schuldner die Sache aus seinen Vorräten ausgeschieden haben muß. Insbesondere bedarf es bei dem Sammeltransport, d. h. bei ungetrennter Absendung von für verschiedene Abnehmer bestimmter Ware derselben Gattung, einer Kennzeichnung der einzelnen Teilmengen nicht.

7. Stuttgart 7. 3. 16, R. 16, Nr. 1088, WürttJ. 28, 11. Bei dem Platzkauf besteht gesetzlich keine Übersendungspflicht; sie folgt namentlich nicht aus § 447.

8. Hamburg 10. 2. 16, R. 16, 198. Bei einem überseeischen Versendungskauf braucht der deutsche Käufer die am 2. 8. 14 erfolgte Verladung des verkauften Getreides in ein in einem russischen Hafen des Schwarzen Meeres liegendes Schiff nicht als Erfüllung gelten zu lassen, da der Verkäufer verpflichtet war, ein geeignetes Transportmittel zu wählen, und nicht berechtigt war, ein solches zu wählen, dessen Ankunft in einem deutschen Hafen zweifelhaft war, am 2. 8. 14 aber schon mit Maßnahmen Englands zu rechnen war, die verhinderten, daß noch Getreide nach Deutschland komme.

9. **RG.** 19. 9. 16; 88, 389, LeipzZ. 16, 1471, R. 16, Nr. 2081. Die Vertragsbestimmung, daß Havarie für Rechnung des Verkäufers geht und den Käufer zum Anspruch auf Ersatz des Minderwerts berechtige, erscheint als eine Durchbrechung des allgemeinen Grundsatzes, daß der Verkäufer durch die vertragsmäßige Verschiffung seiner Lieferpflicht genügt, und daß die Gefahr der Reise den Käufer trifft. Die Anwendung dieses Grundsatzes ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil bei Gattungsschulden der Übergang der Gefahr nicht ohne Beschränkung der Schuld auf eine Spezies denkbar ist, und weil der Verkäufer die gelieferte Menge nicht gesondert, sondern als Bruchteil einer größeren Menge verschifft (vgl. § 243, 3).

10. Versendung lebender Tiere, z. B. eines Hundes, eines Stückes Wild. *Dickel, Forstzivilrecht 422.

§ 448.

1. KG. 28. 4. 16, OLG. 33, 198. Übernimmt der Käufer die von einem bestimmten Orte entstehenden Frachtkosten, so hat er diese zu zahlen oder dem Verkäufer zu erstatten. Verladet dieser an einem weiter zurückliegenden Orte, so gehen den Käufer die dadurch entstehenden Mehrfrachtkosten nichts an. Verladet der Käufer an einem dem Ablieferungsorte näher liegenden Orte, so hat der Käufer die tatsächlich entstandenen Frachtkosten zu zahlen oder zu ersetzen; eine weitergehende Verpflichtung liegt ihm nicht ob. Verladet der Verkäufer auf einem Wagen, der den Ort, von dem ab der Käufer die Fracht übernommen hat, gar nicht berührt, so hat der Käufer die tatsächlich entstandenen Frachtkosten bis zur Höhe derjenigen zu tragen, die bei der Verfrachtung von dem letztbezeichneten Orte aus bis zum Ablieferungsorte entstanden wären, es sei denn, daß die Frachtkosten des tatsächlich gewählten Weges hinter denen des bei Vertragsschluß in Aussicht genommenen Wegs zurückbleiben; dieser Unterschied ist von dem Käufer nicht zu erstatten.

2. Hamburg 16. 6. 16, OLG. 33, 269, SeuffA. 71, 348. Die Beredung, daß entgegen der Vorschrift des § 448 der Verkäufer die Kosten der Bahnfracht zu tragen haben

solle, kann im allgemeinen nur dahin verstanden werden, daß die Kosten der gewöhnlichen Fracht — nicht auch die der Eilfracht — zu Lasten des Verkäufers gehen sollen. Die Umstände des besonderen Falls können zu einer anderen Auslegung nötigen. Daraus, daß es sich um Kriegslieferungen handelt, und daß die Abmachungen der Parteien eine beschleunigte Abwicklung des Geschäfts bezwecken, folgt aber nicht ihr Wille, daß die Versendung mit Eilfracht vorzunehmen sei, und daß der Verkäufer die Kosten auch dieser Art des Transports zu tragen haben solle.

§ 452.

RG. 10. 11. 15, WarnE. 16, 18. Ob der Käufer die Nutzungen von dem Kaufgegenstand tatsächlich gezogen hat oder nicht, spielt für die Anwendbarkeit des § 452 keine Rolle. — § 452 setzt voraus, daß die Beteiligten keine besonderen Vereinbarungen über die Verzinsung des Kaufgelds getroffen haben. — Eine Stundung des Kaufpreises liegt vor, wenn vereinbart ist, daß das Kaufgeld weder vor der Auflassung noch auch Zug um Zug gegen diese, sondern in einem späteren Zeitpunkte fällig sein soll.

§ 453.

1. Wegen „Marktpreis" siehe bei § 385.

2. **RG.** 4. 4. 16, R. 16, 349. Soll sich bei einer vor Kriegsausbruch gekauften Ware der Preis nach der Börsennotierung zur Zeit der Lieferung richten, und ist infolge des Kriegs der Preis mit den im Vertrage vorgesehenen Mitteln und auf die dort vereinbarte Weise nicht festzustellen, dann muß die Vertragsabrede gemäß § 157 dahin ergänzt und gemäß § 242 nach Treu und Glauben in der Weise ausgeführt werden, daß der Preis auf einem gleichwertigen Wege festgesetzt wird, d. h. auf einem Wege, der möglichst dasselbe Ergebnis liefert, zu dem die vereinbarte Methode, wäre sie gangbar, geführt hätte. Wenn als solcher Weg die Ermittlung des gemeinen Kaufwerts gewählt wird, so ist dies richtig.

§ 454.

RG. 6. 7. 15, GruchotsBeitr. 60, 310. Wenn die beiden Voraussetzungen des § 454 vorliegen, daß nämlich der Verkäufer den Vertrag erfüllt hat, und das Kaufgeld gestundet ist, dann hat der Verkäufer das in §§ 325 Abs. 2, 326 bestimmte Rücktrittsrecht nicht. § 454 ist aber eine Ausnahmevorschrift, die auf dem Gedanken beruht, daß der Verkäufer, der erfüllt und den Kaufpreis stundet, auf sein gesetzliches Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung der Gegenleistung des Käufers verzichtet, und daher nicht ausdehnend auszulegen. Deshalb ist der Rücktritt zulässig, wenn nur ein Teil des Kaufpreises gestundet ist, und die Voraussetzungen des § 326 bei dem übrigen Teile des Kaufpreises gegeben sind, ebenso, wenn der Käufer neben dem Kaufpreise noch andere Gegenleistungen übernimmt und mit diesen in Verzug gerät.

§ 455.

1. Hamm 5. 2. 15, OLG. 33, 271 Anm. 1. § 455 steht abweichenden Vereinbarungen nicht entgegen. Deshalb kann der unter Eigentumsvorbehalt Veräußernde den Erwerber ermächtigen, den veräußerten Gegenstand sei es in seinem (des Eigentümers) Namen weiter zu übertragen oder in eigenem Namen über den Gegenstand zu verfügen. In beiden Fällen erwirbt der Dritte mit der Besitzübertragung das Eigentum.

2. KG. 26. 2. 16, OLG. 33, 271. Da es zulässig ist, einen Vertrag über eine Mehrheit von Sachen abzuschließen mit der Wirkung, daß das Eigentum an den Sachen erst übergeht, sobald der Kaufpreis für alle Sachen bezahlt ist, muß auch ein Vertrag über eine oder mehrere Sachen zugelassen werden, in welchem die Möglichkeit weiterer Abzahlungsverträge mit der Wirkung vereinbart ist, daß die danach abgeschlossenen Verträge in bezug auf Preiszahlung und Eigentumsvorbehalt als ein einheitlicher Vertrag über alle verkauften Sachen anzusehen sind.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

Schrifttum: Kiehl, Von der qualitativen Unmöglichkeit beim Kauf einer bestimmten Sache, GruchotsBeitr. 60, 609ff. — Riehl, Die Arglist beim Vertragsschluß, unter besonderer Berücksichtigung der Arglist der Vertreter, GruchotsBeitr. 60, 790ff., 897ff.

§ 459.

I. Gewährsmängel.

1. Geppert, Schwammverdacht und merkantiler Minderwert, R. 16, 188. Nach der Darstellung der Rechtsprechung des RG. über diese Frage seit 1901 wird dem Urteile des **RG.** 85, 252 — JDR. 14, § 459 2 a β — widersprochen. Wenn § 459 von Fehlern spricht, die den Wert der Sache beeinträchtigen, so bedeutet das, daß der Verkäufer die Sache in der nach den Umständen zu erwartenden Güte zu liefern hat, nicht aber, daß damit eine Gewährleistung auf Grund von irrigen Vorstellungen, die in einem Teil der Bevölkerung herrschen und so ungerechtfertigterweise die Wertschätzung beeinflussen, hat eingeführt werden sollen. Für den Gewährleistungsanspruch ist der Aberglaube aus dem Spiel zu lassen. Auch die Gleichstellung des Hausschwamms mit der Trockenfäule — JW. 05, 339, vgl. aber auch R. 12, Nr. 987 — ist nicht zu billigen.

2. Rostock 27. 10. 15, MecklZ. 34, 169. Echter Hausschwamm ist nach den in Mecklenburg bestehenden Anschauungen wegen des zurückbleibenden Schwammverdachts auch dann als erheblicher Fehler anzusehen, wenn er nur in ganz geringem Umfange vorhanden ist und der Bausachverständige die Möglichkeit völliger Beseitigung unter Ausschluß der Gefahr des Wiederauftretens bekundet.

3. **RG.** 19. 10. 15, LeipzZ. 16, 222, R. 16, Nr. 32. Wenn Samen gekauft ist, der erkennbar dazu dienen soll, in einer bestimmten Provinz zur Aussaat verwendet zu werden, dann liegt ein Fehler vor, der die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauche aufhebt oder mindert, wenn der gelieferte Samen sich nach seiner Herkunft für die klimatischen Verhältnisse jener Provinz nicht eignet.

4. **RG.** 19. 5. 16, DJZ. 16, 990, LeipzZ. 16, 1181, WarnE. 16, 394. Ist Gegenstand des Kaufs eine wenn auch nicht unbedingt von Stradivarius selbst verfertigte, aber doch eine solche Geige, bezüglich deren eine Herkunft von Stradivarius ernstlich in Frage kommen kann, dann liegt ein Fehler der Geige vor, wenn sie lediglich eine in der jetzigen Zeit angefertigte Fälschung ist (SeuffA. 65, 181).

5. **RG.** 27. 11. 15, LeipzZ. 16, 740. Bei der konzessionswidrigen Kellerwohnung sind nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts die Vorschriften über Sachmängel und nicht anderweitige Vorschriften, wie die über Rechtsmängel oder die über öffentliche Lasten, anzuwenden (**RG.** 70, 82, JW. 06, 57; 07, 478; 12, 72).

6. Beispiele von Sachmängeln aus dem Gebiete der Jagd gibt *Dickel, Forstzivilrecht 427, über Hausschwamm das. 428ff.

7. Im übrigen siehe auch: § 437, 2.

II. Eigenschaften.

1. **RG.** 1. 12. 15, R. 16, Nr. 216. Unter den Begriff der Eigenschaft eines Grundstücks fällt der aus ihm erzielte Mietertrag, sofern daraus auf den Mietertrag des Grundstücks auch in der Folge und somit auf seine Ertragsfähigkeit geschlossen werden kann. Die gleiche Bedeutung hat aber weder die bloße Schätzung des Mietertrags durch eine Vertragspartei noch der aus einem Grundstücke früher einmal unter inzwischen völlig umgestalteten Verhältnissen erzielte Mietertrag, dieser insbesondere dann nicht, wenn an eine Wiederherstellung der früheren Verhältnisse nicht gedacht ist.

2. **RG.** 9. 5. 16, R. 16, Nr. 1089. Der Wert oder der Selbstkostenpreis einer Sache oder eines ihrer Bestandteile stellt keine Eigenschaft der Sache dar (**RG.** 59, 242). Deshalb ist auch bei einem Geschäftsverkauf die Angabe des Warenwerts nicht als Zusicherung einer Eigenschaft anzusehen.

3. **RG.** 9. 7. 15 — JDR. 14, 3e zu § 459 — betr. Reingewinn eines kaufmännischen Unternehmens, abgedruckt auch: BauersZ. 23, 141. Vgl. auch GesuR. 17, 190.

4. a) Wegen des Geschäftsumsatzes als Eigenschaft: siehe § 463 III 1.

b) **RG.** 30. 11. 15, LeipzZ. 16, 804. Bei einem bloß einjährigem Umsatz kann von einer „Eigenschaft" des verkauften Geschäfts nicht gesprochen werden.

5. BayObLG. 26. 10. 14, OLG. 32, 338. Der Geschäfts(Kundschafts)wert ist dann eine den Immobiliarwert des Anwesens erhöhende Eigenschaft, wenn der Geschäftsbetrieb mit dem Anwesen nicht bloß zufällig, sondern durch besonders begründete Verhältnisse verbunden ist, wie bei einer auf dem Hause ruhenden realen oder radizierten Gastwirtschaft oder Apothekergerechtsamkeit, bei Hotelanwesen, wenn die Art und Lage die Fortführung desselben Geschäftsbetriebs an einem anderen Platz ausschließen. Dagegen genügt es nicht, daß in dem Anwesen eine Bäckerei betrieben wird und ein Backofen und eine Teigknetmaschine aufgestellt sind.

6. Hamburg 2. 6. 15, SeuffA. 71, 59. Die Ausfuhrfähigkeit einer Ware kann nur als zugesicherte Eigenschaft in Betracht kommen, nicht als vorausgesetzte Eigenschaft, die beim Fehlen der Voraussetzung einen Mangel der Ware darstellt.

7. Rostock 13. 7. 16, MecklZ. 35, 27, OLG. 33, 281. Wird bei dem Verkaufe einer alten Maschine ein bestimmtes Alter derselben angegeben, dann enthält diese Angabe die Zusicherung einer Eigenschaft insofern, als der Käufer berechtigt sein soll, davon auszugehen, daß die Maschine kein nennenswert höheres Alter hat, als das angegebene.

8. Hamburg 7. 4. 15 — JDR. 14, 4c zu § 459 — betr. Übernahme der Garantie für Geschmeidigkeit und Bruchfestigkeit eines Riemens, abgedruckt auch: OLG. 33, 275.

III. Zusicherung.

1. **RG.** 13. 5. 16, R. 16, Nr. 1870. Unter Zusicherung im Sinne der §§ 459 Abs. 2, 463 ist nur eine vertragsmäßige, insbesondere mit entsprechendem Verpflichtungswillen gemachte und von der anderen Seite in gleichem Sinne angenommene Zusicherung zu verstehen (**RG.** 54, 323, GruchotsBeitr. 48, 595; 53, 957). In der bloßen auf Befragen des Käufers gemachten Angabe des Mietertrags in einer runden Summe liegt eine solche Zusicherung nicht.

2. **RG.** 24. 6. 16, LeipzZ. 16, 1173. Nicht stets und unter allen Umständen muß alles im Vertrage Stehende als eine vertragliche Zusicherung angesehen werden. Es kommt in erster Linie darauf an, welche Bedeutung ihm von den Parteien zugeschrieben worden ist. Die Größenangabe kann unter Umständen lediglich zur näheren Bezeichnung des Grundstücks aufgenommen sein.

3. Hamburg 27. 5. 16, SeuffA. 71, 349. Die Bemerkung im Schlußscheine: „Die Ware ist im nordischen neutralen Hafen gelöscht und befindet sich in der Verladung nach Hamburg" kennzeichnet die zu liefernde Ware nicht als eine solche, die dieser Angabe des Schlußscheins entsprechen müsse.

IV. Absatz 2.

Rostock 27. 10. 15, MecklZ. 34, 169. Für die Unerheblichkeit der Minderung des Werts oder der Tauglichkeit, die den an sich begründeten Wandlungsanspruch ausschließen soll, ist der Verkäufer beweispflichtig.

§ 460.

1. **RG.** 13. 10. 15, R. 16, Nr. 655. § 460 ist nachgiebiges Recht, das einer entgegenstehenden Vereinbarung weichen muß.

2. **RG.** 13. 10. 15, LeipzZ. 16, 222, R. 16, Nr. 656. Vorbehalt des Käufers steht der Anwendung des § 460 nicht entgegen. Hier ist die Ausschließung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers nicht von einem Verzichtswillen des Käufers oder davon abhängig gemacht, daß nicht eine Erklärung des Käufers die Annahme eines solchen Verzichtswillens ausschließt.

3. **RG.** 13. 10. 15, R. 16, Nr. 655. Bei dem Offertvertrage, der die Bestimmung enthält, daß die von dem Antragsgegner bereits zu leistenden Anzahlungen für den Fall der Nichtannahme des Vertragsangebots verfallen sein sollen, wird der Verkäufer von der Mängelhaftung nicht frei, wenn der Käufer die Mängel der Sache bei der demnächstigen Annahme des Verkaufsangebots gekannt hat. Hätte er fest gekauft, dann würde er nach §§ 459, 462 wandeln, sich von der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises freimachen und die Anzahlungen zurückfordern können. Es besteht aber kein verständlicher Grund für die Annahme, daß seine Rechtslage im angegebenen Falle, wo das Zustandekommen des Kaufes und die Begründung der für ihn daraus folgenden Verpflichtungen in seine Hand gegeben ist, in jener Beziehung ungünstiger sein sollte. Dies würde aber zutreffen, wenn er die Annahme des Kaufangebots — unter Verlust der Gewährleistungsansprüche wegen der ihm inzwischen bekannt gewordenen Mängel — nicht hätte ablehnen können, ohne die geleisteten Anzahlungen einzubüßen.

§ 462.

I. Voraussetzung des Vorliegens eines wirksamen, endgültigen Kaufs.

1. **RG.** 27. 10. 15; 87, 256, DJZ. 16, 438, JW. 16, 253, LeipzZ. 16, 304, R. 16, Nr. 12. Die Gewährleistung hat die Rechtsgültigkeit des Kaufvertrags zur Voraussetzung. An dieser aber fehlt es, wenn der Vertrag aus irgend einem Grunde von vornherein nichtig war, oder wenn er durch berechtigte Anfechtungserklärung nichtig geworden ist. Deshalb darf auf die Gewährleistung nicht eingegangen werden, solange nicht über die geltend gemachte Nichtigkeit infolge Anfechtung entschieden ist.

2. **RG.** 17. 5. 16, LeipzZ. 16, 1180. Gewährleistungsansprüche setzen einen wirksamen Kaufvertrag voraus (**RG.** 71, 433).

3. **RG.** 27. 10. 15; 87, 256, DJZ. 16, 438, JW. 16, 253, R. 16, Nr. 33. Die Gewährleistung setzt einen endgültig zustande gekommenen Vertrag voraus. Deshalb kann von einer Wandlung keine Rede sein, wenn nur ein Verkaufsantrag vorliegt. Indessen kann der Antragsempfänger, der mit dem Verkaufsantrage zusammenhängende Verpflichtungen übernommen hat, im Falle des Hervortretens von Gewährsmängeln, die bis zum Gefahrübergang nicht zu beseitigen sind, die Annahme des Verkaufsantrags verweigern und dadurch sich von den von ihm übernommenen Verpflichtungen befreien, also wandlungsähnliche Wirkungen herbeiführen.

II. Wandlung vor der Übergabe.

1. **RG.** 13. 5. 16, R. 16, Nr. 1270. Wandlung ist vor der Übergabe nicht zulässig. Doch ist dem Käufer nicht zuzumuten, die Kaufsache, bei der sich schon vor der Übergabe ein Mangel herausgestellt hat, unter Zahlung des Kaufpreises anzunehmen, um dann sofort wieder Wandlung zu verlangen. Läßt sich der Mangel mit Leichtigkeit beseitigen, dann ist es Sache des Verkäufers, die Kaufsache in vertragsmäßigem Zustande anzubieten, und es kann dann Verurteilung des Käufers nur nach Maßgabe des § 322 ausgesprochen werden.

2. Dresden 13. 7. 15 — JDR. 14, 1b zu 462 — abgedruckt auch: OLG. 33, 276, SeuffA. 71, 226.

3. Kiehl 624, 625. Der Käufer ist berechtigt, eine ihm angebotene mangelhafte Sache nach seinem Belieben zurückzuweisen. Er kann auch schon vor dem Empfange der Sache denjenigen Zustand herbeiführen, der aus dem Gebrauche des Gewährschaftsrechts hervorginge (626). Neben dem Gewährschaftsrechte ist auch die Vertragsanfechtung grundsätzlich, und zwar unbeschränkt, zulässig (628) — vgl. JDR. 14 § 462, 1 u. 2.

III. Ausschluß der Wandlung. Nachbesserung.

1. **RG.** 23. 11. 15; 87, 335, HoldheimsMSchr. 16, 67, JW. 16, 255, LeipzZ. 16, 147, R. 16, Nr. 217. Grundsätzlich haben weder der Käufer ein Recht auf Nachbesserung noch der Verkäufer ein Nachbesserungsrecht. Doch ist dem Verkäufer in be-

sonders gearteten Fällen ein Nachbesserungsrecht nicht zu versagen, insbesondere regelmäßig dann nicht, wenn im Vertrage besondere Abreden über die Beseitigung von Mängeln getroffen sind. Diesem Rechte kann aber eine Grenze gezogen sein durch den Zweck, den der Käufer mit der Anschaffung des Kaufgegenstandes verbindet. Ist ihm mit einer nur zeitweise brauchbaren Sache nicht gedient, dann ist ihm nicht zuzumuten, sich auf weitere Abhilfeversuche einzulassen, nachdem er dem Verkäufer schon wiederholt Gelegenheit hierzu gegeben hatte, und er hat das Recht, zu wandeln.

2. Celle 23. 9. 15, SeuffA. 71, 57. Beschränkt der Verleger willkürlich den Umfang der Zeitschrift, zu deren Lieferung er sich verpflichtet hat, dann hat der Besteller die Rechte, die dem Käufer einer gelieferten mangelhaften Sache zustehen. Nachlieferung von Text oder Neulieferung verstärkter Hefte kann er nicht verlangen, da ein Anspruch auf Nachbesserung bei dem Kaufvertrag nicht gegeben und der Gegenstand des Kaufvertrags nicht der Gattung nach bestimmt ist.

3. a) **RG.** 22. 10. 15, DNotV. 16, 206, HoldheimsMSchr. 16, 46, JW. 16, 36, R. 16, Nr. 17. Die in Verträgen mit Maschinenfabriken häufig vorkommende Bestimmung, daß die Fabrik Gewähr leiste, indem sie sich verpflichte, alle infolge Material- oder Arbeitsfehler schadhaft oder unbrauchbar gewordenen Teile durch neue zu ersetzen und auszubessern, daß aber anderweitige oder weitergehende Ansprüche ausgeschlossen seien, hat nicht die Bedeutung, daß bezüglich aller möglichen an sich zur Gewährleistung verpflichtenden Fehler die Wandlung oder Minderung ausgeschlossen sein soll, sondern bezieht sich nur auf näher bezeichnete schadhaft oder unbrauchbar gewordene Teile; nur bezüglich dieser soll die Gewährleistung auf Ersatz oder Ausbesserung beschränkt sein. Dagegen darf sie nicht auch auf andere Fehler bezogen werden, insbesondere nicht auf Konstruktionsfehler, die nach § 459 zur Gewährleistung verpflichten.

b) **RG.** 26. 10. 15, R. 16, Nr. 657. Durch die in den Geschäftsbedingungen der Maschinenfabriken üblichen Bestimmungen, für die Güte der Konstruktion, der Arbeit und des Materials werde Gewährleistung in der Weise übernommen, daß alle unbrauchbar oder schadhaft werdenden Teile unentgeltlich zu ersetzen bzw. alle Mängel zu beseitigen seien, jede weitere Verpflichtung werde ausgeschlossen und eine andere Verbindlichkeit für Schaden abgelehnt, werden Ansprüche auf Wandlung, Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausgeschlossen. Ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann sich allerdings aus §§ 325, 326 Abs. 1 ergeben bei Unmöglichkeit der Beseitigung von Mängeln und Verzug in der Nachbesserung.

IV. Verhältnis des Wandlungs- zu dem Minderungsanspruche.

RG. 9. 10. 15; 87, 237, LeipzZ. 16, 382, R. 16, Nr. 36. Der Anspruch auf Minderung und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung stehen in dem Verhältnis zueinander, daß der eine „statt" des anderen geltend gemacht werden kann. Der Käufer kann entweder den einen oder den anderen Rechtsbehelf gebrauchen, nicht beide gleichzeitig und ungetrennt im gemeinsamen, gleichsam vermengten Angriffe. In demselben Prozeßverfahren kann der Antrag auf Minderung mit dem Antrag auf Schadensersatz nur in der Weise verbunden werden, daß der eine im Eventualverhältnis zum anderen steht.

V. Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zur Anfechtung.

1. **RG.** 17. 5. 16, LeipzZ. 16, 1180. Die Möglichkeit, wegen der gerügten Sachmängel Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, schließt eine Anfechtung des Kaufs wegen Irrtums über Eigenschaften der Sache, die sich auf jene Sachmängel beziehen (**RG.** 61, 175; 70, 429, GruchotsBeitr. 53, 940), auch dann aus, wenn durch den Kaufvertrag jede Gewährleistungspflicht des Verkäufers ausgeschlossen ist. Dagegen werden die Gewährleistungsansprüche des Käufers nicht dadurch ausgeschlossen, daß er den Kauf wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten hat. Wird in einer Klage beides geltend gemacht, dann ist zunächst zu erörtern, ob die Anfechtung mit Recht erfolgt ist,

und es kann auf die Erörterung der Gewährleistungsansprüche nur eingegangen werden, wenn diese Frage nicht bejaht wird (WarnE. 13, 237).

2. Siehe auch die Zusammenstellung von Frankenburger, Die rechtsgeschäftliche Anfechtung der Willenserklärungen nach dem derzeitigen Stande der Rechtsprechung, HoldheimsMSchr. 16, 220.

VI. Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zu den Ansprüchen wegen Unmöglichkeit der Leistung.

Kiehl. Die qualitative Unmöglichkeit, die sich insofern äußert, als der Verkäufer nur zu einer mangelhaften Leistung imstande ist, und zwar entweder, weil der zu gewährenden Sache ein unheilbarer Fehler anhaftet, oder weil ihr eine zugesicherte nicht zu beschaffende Eigenschaft fehlt, fällt unter den Begriff der Unmöglichkeit im Sinne der §§ 275, 306—308, 323—325, dabei wird es sich regelmäßig nur um teilweise Unmöglichkeit handeln. Das Unmöglichkeitsrecht und das Gewährschaftsrecht können selbständig nebeneinander bestehen; die Anwendung der Regeln des Unmöglichkeitsrechts ist da nicht ausgeschlossen, wo ihre eigenen Voraussetzungen erfüllt sind (609—613). Für die Anwendung der §§ 306, 307 Abs. 1, die nur die gänzliche Unmöglichkeit betreffen, ist dann Raum, wenn die qualitative Unmöglichkeit von Anfang an bestand und die Unmöglichkeit eine so weitgehende Wirkung hatte, daß sie die Leistungsmöglichkeit überhaupt ausschloß (613, 614). § 307 Abs. 2 ist niemals anwendbar. Denn der Kaufvertrag ist nicht auf die Leistung einer fehlerlosen Sache oder einer Sache mit der zugesicherten Eigenschaft gerichtet, da § 459 nicht die Leistungspflicht des Käufers bestimmt, sondern nur seine Haftung vorsieht, und diese nicht im Vertrage, sondern in den gesetzlichen Vorschriften ihren unmittelbaren Grund hat (614—617). Ist die bei dem Vertragsschlusse noch fehlerfrei gewesene Sache in der Folge bis zum Übergang der Gefahr fehlerhaft geworden, oder hat sie bis dahin die ihr früher innewohnende Eigenschaft verloren, dann sind die eigenen Voraussetzungen der §§ 323—325 gegeben, da der Verkäufer alsdann seiner Vertragspflicht, die Sache in dem Zustande zu gewähren, in dem sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses befunden hat, nicht nachkommen kann (617, 618). Auch die §§ 323, 325 werden durch das Gewährschaftsrecht nicht ausgeschlossen. Die aus ihnen sich ergebenden Rechtsbehelfe decken sich mit denen des Gewährschaftsrechts nicht; zwischen ihnen bestehen erhebliche Unterschiede, z. T. gerade zugunsten des Käufers, namentlich unterliegen die aus §§ 323, 325 nicht einer kurzen, sondern der dreißigjährigen Verjährung. Vor allem wird auch der Schadensanspruch aus § 325 nicht durch § 463 ausgeschlossen. Es können Fälle vorkommen, in denen ein Widerstreit zwischen beiden Vorschriften nicht besteht. Die Ansprüche aus diesen Bestimmungen unterscheiden sich auch zum Teil innerlich voneinander (618—622). Von welchen Rechtsbehelfen der Käufer Gebrauch machen soll, wird von den Umständen abhängen; es wird auch darauf ankommen, worauf er im besonderen Falle hauptsächlich Wert zu legen hat. Will er die Vertragskosten erstattet erhalten, dann wird er zur Wandlung greifen müssen, auch eine Entschädigung für die nach Empfang der Sache auf diese gutgläubig gemachten Aufwendungen wird er am sichersten auf Grund der Wandlung oder des Rücktritts erlangen. Entschädigung dafür, daß er im Vertrauen auf eine mangellose Erfüllbarkeit des Kaufs von Vornahme eines anderen vorteilhaften Geschäfts Abstand nahm, kann er weder auf Grund der §§ 325 noch 463 erreichen, sondern muß den Vertrag anfechten (626—628).

VII. Schucany, Der Mitabschluß eines Schuldvertrags durch die Ehefrau des Vertragschließenden, Aarau 1916. Wandlung, Minderung, Nachlieferung kann bei dem Mitabschlusse des Kaufvertrags durch die Ehefrau, da diese nur die Stellung eines kumulativen Schuldübernehmers hat, nur der Mann verlangen; die Frau hat sich seiner Entscheidung zu fügen. Macht der Mann aber mit der Wandlungsklage den Kauf rückgängig, dann entfällt auch die Verpflichtung der Frau. Setzt er Minderung des Kaufpreises durch, dann wird die Schuld der Frau in gleichem Maße gemindert, wie die seinige. Solange er

von seinem Wahlrecht noch keinen Gebrauch gemacht oder seinen Anspruch nicht durchgesetzt hat, kann die Frau ihre Leistung verweigern, bis er seine Wahl getroffen hat oder seine Klage verjährt oder abgewiesen ist (64, 65).

VIII. Abtretung des Rechts auf Vollziehung der Wandlung.

RG. 18. 9. 15, BreslauAK. 16, 20. Ob das Recht auf Vollziehung der Wandlung abtretbar ist, bleibt dahingestellt. Jedenfalls kann derjenige, dem es abgetreten ist, Rückgängigmachung des Kaufs nur in der Weise begehren, daß er gegen Rückgewähr des Grundstücks Rückzahlung des Kaufpreises erhält, den der ursprüngliche Käufer dem auf Wandlung in Anspruch genommenen ursprünglichen Verkäufer gezahlt hat. Dagegen ist es ungerechtfertigt, wenn er gegen Rückgewähr des Grundstücks Bezahlung des höheren Preises begehrt, den er bei dem Erwerb des Grundstücks und bei Abtretung des Wandlungsanspruchs an den ursprünglichen Käufer, seinen Verkäufer, gezahlt hat, und seine Klage unterliegt im ganzen Umfange der Abweisung, wenn er die Rückgewähr des Grundstücks nur für den Fall zugestehen will, daß er den vollen von ihm gezahlten Betrag erhalte.

§ 463.

I. Kauf einer bestimmten Sache.

I. 1. **RG.** 8. 1. 16, JW. 16, 672, R. 16, Nr. 660, SeuffA. 71, 396. Die Ansicht, daß auch beim Verkaufe einer bestimmten Sache, wie im Falle des Gattungskaufs nach § 480, ein Fall völliger Nichterfüllung dann vorliege, wenn der dem Käufer gemäß § 433 Abs. 1 Satz 1 übergebenen Sache zur Zeit des Gefahrübergangs eine zugesagte Eigenschaft mangele (vgl. **RG.** 52, 352; 53, 92), kann allerdings bedenklich sein. Indessen auch von der Anschauung aus, daß unter den gedachten Voraussetzungen nur von einem Falle mangelhafter Erfüllung gesprochen werden könne, und der Verkäufer daher grundsätzlich nur wegen mangelhafter Erfüllung hafte, muß man zu dem Ergebnisse gelangen, daß ein Käufer die ihm gewährte Sache zurückgeben und daraufhin Schadensersatz wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrags verlangen kann, wenn ihm die zugesagte Eigenschaft überhaupt nicht gewährt werden kann, und er an der mangelhaften Erfüllung kein Interesse hat (vgl. §§ 280 Abs. 2, 325 Abs. 2).

2. Kiehl, 616. Die Ansicht des **RG.** — 52, 355; 53, 92; 86, 92 —, daß sich der Käufer dem eine der zugesicherten Eigenschaft ermangelnde Sache geliefert worden sei, nicht nur beim Gattungskaufe, sondern auch beim Kaufe einer bestimmten Sache grundsätzlich auf den Standpunkt stellen könne, als habe der Verkäufer nicht erfüllt, ist nicht haltbar. Diese Grundsätze vom Gattungskauf dürfen auf den Kauf einer bestimmten Sache nicht übertragen werden. Bei diesem ist der Vertrag nur auf eine besondere Sache gerichtet, und der Vertrag ist erfüllt, wenn der Käufer diese Sache angenommen hat, mag diese auch mangelhaft sein.

II. Arglistiges Verschweigen.

1. **RG.** 16. 10. 15, BayRpflZ. 16, 30, LeipzZ. 16, 306, R. 16, Nr. 34. Arglistig ist eine unrichtige Angabe des Verkäufers über Egenschaften der Kaufsache nicht schon dann, wenn der Verkäufer sich dieser Unrichtigkeit bewußt ist, während der Käufer sie nicht bemerkt; es muß vielmehr hinzukommen, daß der Verkäufer sich auch dieses letzteren Umstandes bewußt ist und dadurch die Entschließung und Willenserklärung des Käufers beeinflussen will, oder daß er wenigstens mit der Möglichkeit einer solchen Beeinflussung der Willenserklärung des Käufers rechnet. Denn das Wesentliche der Arglist besteht gerade in der Ausnutzung einer unrichtigen Vorstellung des anderen zur Beeinflussung seiner Willenserklärung.

2. **RG.** 19. 1. 16, R. 16, Nr. 924. Arglistiges Verschweigen eines Mangels liegt nur dann vor, wenn der Verkäufer den Mangel als solchen erkannt und in dem Bewußtsein verschwiegen hat, dadurch auf den Kaufentschluß des Kauflustigen einzuwirken. Ohne

dies Bewußtsein ist nur eine zur Feststellung der Arglist nicht ausreichende Fahrlässigkeit vorhanden.

3. **RG.** 30. 6. 16, LeipzZ. 16, 1176. Der Begriff des arglistigen Verschweigens verlangt ein auf Täuschung des Käufers gerichtetes und geeignetes Handeln des Verkäufers, d. h. das Bewußtsein der Erheblichkeit des Mangels und den Willen, den Mangel nicht zu offenbaren, obgleich eine Offenbarungspflicht besteht. Die Kenntnis des Mangels und das Schweigen des Verkäufers, die wissentliche Lieferung mangelhafter Ware, gestattet für sich allein in der Regel noch nicht den Schluß, daß er den Käufer dadurch täuschen und schädigen wollte (**RG.** 62, 302). Das Verschweigen muß vielmehr unter Umständen geschehen, unter denen dem Verkäufer nach den Grundsätzen redlichen Geschäftsverkehrs eine Pflicht zur Offenbarung der Mängel obliegt.

4. **RG.** 20. 10. 15, R. 16, Nr. 659. Der Vorwurf der Arglist entfällt, wenn der Verkäufer, nachdem er die Unrichtigkeit einer dem Käufer gemachten Angabe erkannt hat, das nach seiner Meinung Erforderliche tut, um die etwaige Maßgeblichkeit der früheren Angabe für den Entschluß des Käufers zu beseitigen. Darauf, ob der Käufer diese Bedeutung der nachträglichen Erklärung des Verkäufers erkannt hat oder erkennen mußte, kommt es nicht an.

5. **RG.** 19. 5. 16, DJZ. 16, 990, LeipzZ. 16, 1181, WarnE. 16, 394. Bei dem Verkaufe einer Geige als echte Stradivarius-Geige darf der Verkäufer, wenn er die Geige zu einem sehr hohen Preise unter Vorlegung von Zeugnissen sechs bedeutender Fachleute für die Echtheit der Geige anbietet, nicht verschweigen, daß ein anderer, und zwar auch ein besonders hervorragender Fachmann, anderer Meinung ist. Er muß sich sagen, daß dessen Gutachten für den Entschluß des Käufers bezüglich des ihm gemachten Angebots von allerwesentlichster Bedeutung sein kann und fast sein muß.

III. Arglistige Vorspiegelung.

1. **RG.** 4. 10. 16, JW. 16, 1530, R. 16, Nr. 2082. Wird bei einem Geschäftsverkaufe der Umsatz als Grundlage für die Preisbemessung dem Kauflustigen angegeben, dann darf der Wert der von dem Verkäufer für den Eigenbedarf verbrauchter Waren nicht zum Umsatze gerechnet werden. Der Umsatz wird als Grundlage für die Preisbemessung verwendet, weil erfahrungsgemäß aus ihm im großen und ganzen ein bestimmter, nach den verschiedenen Geschäftszweigen verschiedener, aber nach der Erfahrung ziemlich feststehender Nutzen und damit der Reingewinn unter Berücksichtigung der Unkosten sich berechnen läßt. Ein derartiger für die Berechnung des Reingewinns zu berechnender Nutzen ergibt sich aber erst aus dem Verkaufe von Waren, und es kann von ihm keine Rede sein bei dem Eigenverbrauche, da dieser keinen Nutzen läßt und auch kein Bild geben kann von der Absatzfähigkeit des betreffenden Geschäfts.

2. **RG.** 13. 10. 15, LeipzZ. 16, 223. § 463 Satz 2 gilt auch im Falle der fälschlichen und arglistigen Zusicherung des Vorhandenseins von Eigenschaften.

3. **RG.** 8. 10. 15, LeipzZ. 16, 226. § 463 ist wegen des gleichen Rechtsgedankens auch dann anwendbar, wenn nicht ein arglistiges Verschweigen, sondern eine betrügliche Vorspiegelung vorliegt.

IV. 1. **RG.** 20. 10. 15, LeipzZ. 16, 306, R. 16, Nr. 658. Zur Begründung des Schadensersatzanspruchs aus § 463 Satz 2 ist nicht der Nachweis erforderlich, daß der Verkäufer durch die Täuschung zum Abschlusse des Kaufes bestimmt worden sei; es genügt vielmehr, daß der Verkäufer die Eigenschaft arglistig d. h. mit dem Bewußtsein vorgespiegelt hat, daß die Vorspiegelung für den Entschluß des Käufers zum Abschlusse des Kaufvertrags bestimmend oder mitbestimmend in Betracht kommen könne.

2. **RG.** 24. 6. 16, LeipzZ. 16, 1173. Bedarf es auch für § 463 der Feststellung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Täuschung und dem Willensentschluß des Käufers nicht, so muß doch immerhin festzustellen sein, daß der Verkäufer die unrichtige

Angabe gemacht hat in dem Bewußtsein, daß sie möglicherweise und nach vernünftigem Ermessen von Einfluß auf den Entschluß des Kauflustigen sein könne.

V. Schadensersatz.

1. **RG.** 27. 6. 16, LeipzZ. 16, 1293. §§ 463, 480 gewähren einen Anspruch auf Ersatz des unmittelbaren und des mittelbaren Schadens, sofern derselbe nur durch die Nichterfüllung der Zusicherung entstanden ist.

2. Im übrigen siehe § 249, IV 2, 3, 4.

VI. Riehl. Zu unterscheiden ist zwischen der arglistigen Übernahme von Vertragspflichten, der arglistigen Abgabe einer Willenserklärung, eines promissum, und der Arglist in Vorverhandlungen, der arglistigen Abgabe von Wissenserklärungen, eines dictum, die häufig unter dolus in contrahendo zusammengefaßt werden (797, 798). Deshalb muß zunächst der Vertragsinhalt von demjenigen Erklärungsmaterial, das neben dem Aufbau des Vertrags unbenutzt liegen geblieben ist, gesondert, die Willenserklärungen müssen von den Wissenserklärungen geschieden werden. Die Grundsätze, nach denen die Ausscheidung des Vertragsinhalts, insbesondere unter Berücksichtigung des § 313, zu erfolgen hat, werden kurz vorgeführt (798—800).

Der durch Arglist in den Vorverhandlungen getäuschten Vertragspartei stehen zu Gebote: 1. Die Anfechtungsklage wegen arglistiger Täuschung oder arglistigen Verschweigens wahrer Tatsachen auf Nichtigkeitserklärung des Vertrags (801—803), 2. die Bereicherungsklage auf Herausgabe der Bereicherung (804—809), 3. die Schadensersatzklage wegen Betrugs und Verstoßes gegen die guten Sitten auf Schadensersatz (809—821). Die Voraussetzungen und Ziele dieser Klagen, sowie die Rechtsverhältnisse, wenn dem Kläger mehrere Beklagte gegenüberstehen, werden erörtert, und das Verhältnis der drei Klagen zueinander behandelt (821—824). Grundlage für Vertragsansprüche, insbesondere für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags, geben außervertragliche Vorspiegelungen nicht ab.

Die durch Arglist bei den Vorverhandlungen hintergangene Vertragspartei kann Herstellung des Zustandes verlangen, der bestehen würde, wenn die arglistige Täuschung nicht eingetreten wäre. Kann sie beweisen, daß ein anderer für sie günstigerer Vertrag verabredet worden wäre, wozu der Nachweis gehört, daß der Gegner ihr größere Zugeständnisse bewilligt haben würde, dann kann sie fordern, so gestellt zu werden, wie wenn dieser imaginäre Vertrag erfüllt wäre. Kann sie diesen Beweis nicht führen, dann ist davon auszugehen, daß der Vertrag überhaupt nicht geschlossen wäre, und dann kann sie beanspruchen, so gestellt zu werden, wie sie vor dem Vertragsschlusse gestanden hat; ihr Anspruch geht auf Wiedererlangung der Vermögensabgänge, die sie infolge des Vertragsschlusses erlitten hat, wogegen sie die durch den Vertragsschluß ihr erwachsenen Vermögenszugänge dem Schadensersatzpflichtigen gutzubringen hat (sog. negatives Vertragsinteresse, richtiger: Schadensersatz wegen Verleitung zum Vertragsschlusse, Vertrauensinteresse). Geschädigt ist sie nur insoweit, als ihre Vermögensabgänge die Zugänge übersteigen. In dem Konto der Schadensberechnung treten den Kreditposten Debetposten gegenüber, nur der Saldo gebührt dem Schadensersatzberechtigten. Diese Debetposten sind keine selbständigen Ansprüche des Ersatzpflichtigen; dieser hat vielmehr lediglich ein sog. Abzugsrecht. Stehen sich die Kredit- und Debetposten als Geldbeträge gegenüber, so mindert sich die dem betrogenen Käufer zuzusprechende Schadenssumme ohne weiteres um den Betrag der Debetposten. Treten sich ungleichartige Posten gegenüber, dann ist der Schadensersatzpflichtige zur Zahlung der Geldsumme Zug um Zug gegen Wiederempfang der konkreten Werte oder je nach Lage des Falles umgekehrt zu verurteilen, weil sich die Subtraktion nur auf diese Weise bewerkstelligen läßt. Unrichtig ist vom Standpunkte des § 249 aus die sich in einigen Entscheidungen des RG. findende Annahme, daß die betrogene Vertragspartei so gestellt werden müsse, wie wenn der Gegner an Stelle unverbindlicher falscher Versicherungen vertragliche Zusicherungen abgegeben hätte, und

die Ansicht z. B. Gepperts, die vorübergehend auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vertreten worden, neuerdings in dieser aber im wesentlichen wieder aufgegeben worden ist, der betrogene Käufer dürfe von dem Kaufpreise so viel kürzen, als er bei Kenntnis der wahren Sachlage weniger bewilligt haben würde (sog. Differenzklage) (809—818). Unrichtig ist es auch, die bei den Vorverhandlungen gemachten unverbindlichen arglistigen Versicherungen, soweit sie Eigenschaften des Vertragsgegenstands betreffen, im Wege des Analogieschlusses aus § 463 Satz 2 als vertragliche Zusicherungen zu behandeln, wie es der 5. Zivilsenat des Reichsgerichts — z. B. **RG.** 66, 335; 83, 233, R. 11, Nr. 3446, R. 13, Nr. 3230, 3231 — tut. Eine Gleichstellung der außervertraglichen Wissenserklärungen mit den vertraglichen Willenserklärungen ist theoretisch nicht zu rechtfertigen. § 463 Satz 2 ist gar nicht auf einer Fiktion eines besonderen Versprechens der Mängelfreiheit aufgebaut, und deshalb kann diese nicht existierende Fiktion auch nicht durch einen Analogieschluß auf einen zweiten Tatbestand übertragen werden, der dem Tatbestand des § 463 Satz 2 wesensgleich sein soll; es besteht aber auch keine Wesensgleichheit der beiden Tatbestände. Auch in § 476 findet der Analogieschluß keine Stütze; diese Vorschrift zeigt keine außervertragliche Versicherung, die durch das hinzutretende Moment der Arglist in eine vertragliche Zusicherung verwandelt würde. Schließlich ist das Fehlen der versicherten, nicht vertraglich zugesicherten Eigenschaft kein Mangel im Sinne des BGB., und deshalb kann auch von einem arglistigen Verschweigen eines Mangels keine Rede sein (830—837). Die Auffassung des RG. entspricht auch nicht so sehr der Billigkeit, daß alle theoretischen Bedenken dagegen zurückzustellen sind (837—839). Der Analogieschluß bringt auch keine Verbesserung der Rechtsordnung mit sich. Schon vom Standpunkt der Gesetzestechnik aus bestehen Bedenken gegen ihn (839, 840). Ferner eignet sich der unbestimmte Begriff der Sacheigenschaft nicht zum Ausgangspunkt weittragender Haftungsunterschiede (840—843). Weiter beseitigt der Analogieschluß das Erfordernis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Betrug und Vertragsschluß (843), er bürdet dem Geschäftsherrn eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse auch wegen außervertraglicher Vorspiegelungen seines Bevollmächtigten auf (843) und fördert die unerquicklichen auf nachträgliche Preisdrückerei angelegten Prozesse (844, 845).

Die durch arglistige Übernahme einer Vertragspflicht getäuschte Partei hat sowohl die Vertragsklagen auf Erfüllung des Vertrags, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (sog. positives Vertragsinteresse), auf Schadensersatz wegen schuldhaft mangelhafter Erfüllung, gegebenenfalls auf Wandlung und Minderung, wie auch die außervertraglichen Anfechtungs-, Bereicherungs- und Deliktsklagen. Zwischen den Vertragsklagen und den außervertraglichen Klagen steht ihm das Wahlrecht zu. Welcher dieser Klagen er sich bedienen will, muß die Abwägung der Vorteile an die Hand geben, die die einzelnen Klagen nach Lage des Falls bieten (824—827). Die Anfechtungs- und Bereicherungsklage und die Vertragsklage schließen sich gegenseitig aus; sie können im Rechtsstreit, wenn sie verbunden werden sollen, nur in ein Eventualverhältnis gesetzt werden, und zwar muß die Anfechtungs- und Bereicherungsklage stets als Prinzipalklage erhoben werden (827, 828). Auch die Deliktsklage kann nicht kumulativ mit der Vertragsklage verbunden werden; doch steht es dem Betrogenen frei, welche von beiden er an erster Stelle erheben will (828, 829). Ist der Betrogene durch verschiedene arglistige Vorspiegelungen getäuscht, von denen eine sich zur vertraglichen Zusicherung verdichtet hat, während die andere außervertragliche Versicherung geblieben ist, so können beide zur Grundlage der Anfechtungs-, Bereicherungs- und Deliktsklage gemacht werden, als Gegenstand vertraglicher Ansprüche kann dagegen nur die vertragliche Lüge in Betracht kommen (829). Ist der Vertrag mit zwei Gegnern geschlossen, von denen einer seine Vertragspflichten arglistig, der andere ehrlich übernommen hat, so haftet der Arglistige der Vertrags-, Anfechtungs-, Bereicherungs- und Deliktsklage, der Ehrliche dagegen den drei ersten, nicht der Deliktsklage. Gleichzeitiges Vorgehen mit der Vertragsklage gegen den Ehrlichen und mit der Deliktsklage gegen den Arglistigen ist unzulässig (829, 830).

VII. Kiehl, a. a. O. 622—625. Dem Käufer steht nach § 463 bedingungslos das Recht zu, unter Ablehnung der Annahme der vertragswidrigen Sache Schadensersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung des Vertrags zu fordern. Eine entsprechende Anwendung der einschränkenden Bestimmung des § 325 Abs. 1 Satz 2 ist nicht zulässig, da die Schadensersatzansprüche aus dieser Bestimmung und aus § 463 auf durchaus verschiedenen Grundlagen beruhen, und daher die Rechtsähnlichkeit der Fälle zu verneinen ist; namentlich setzt § 325 ein Verschulden voraus, § 463 aber nicht. Der Schadensersatzanspruch aus § 463 ist daher nicht davon abhängig, daß der Käufer an der mangelhaften Lieferung kein Interesse hat. „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" in § 463 umfaßt sowohl den Fall, daß der Käufer die der zugesicherten Eigenschaft ermangelnde Sache annimmt, wie auch den, daß er die Annahme ablehnt. Auch im ersteren Falle kann er den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung in seinem vollen Umfange bedingungslos geltend machen, ohne daß er nachzuweisen braucht, daß er an dem Behalten der mangelhaften Sache kein Interesse habe.

VIII. Unanwendbarkeit des § 463.

1. **RG.** 10. 5. 16, R. 16, Nr. 1871. Ist ein Kaufvertrag infolge der Anfechtung des Käufers wegen Irrtums für nichtig erklärt, dann kann von dem Bestehen eines vertraglichen Anspruchs des Käufers auf Schadensersatz keine Rede sein; vielmehr könnte nur eine Haftung aus unerlaubter Handlung und ein darauf zu gründender außervertraglicher Schadensersatzanspruch in Frage kommen.

2. **RG.** 16. 10. 15, BayRpflZ. 16, 30, R. 16, Nr. 37. § 463 gilt nicht bei einem Vertrage, durch den sich der eine Vertragsteil dem anderen, einem Hypothekengläubiger, gegenüber verpflichtet, das mit der Hypothek belastete Grundstück in der Zwangsversteigerung zu erstehen; auch eine entsprechende Anwendung des § 463 ist nicht möglich.

3. **RG.** 8. 10. 15, LeipzZ. 16, 226, 305, SchlHolstAnz. 16, 45. § 463 ist auf den Kauf von Rechten nicht anwendbar. Er greift nur Platz bei Kauf und kaufähnlichen Geschäften, also nicht, wenn es sich um die Haftung aus einem Mäklervertrage handelt.

§ 464.

RG. 25. 11. 16, PosMSchr. 16, 91. § 464 gilt nur für Sachmängel und ist auf Rechtsmängel nicht auszudehnen.

§ 467.

Riehl. Dem bei dem Vertragsschlusse arglistig getäuschten Käufer ist bezüglich der Erhaltung der dem Betrüger bei Aufstellung der Schadensberechnung zukommenden Abzugswerte nicht die strenge Haftung aufzuerlegen, die dem Wandlungskläger und Rücktrittskläger obliegt. Er haftet vielmehr für diese Abzugswerte nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung. Seine Sorgfaltspflicht wird gegenüber der Haftpflicht des Bereicherungsbeklagten sogar noch insofern gemildert, als die nach §§ 818 Abs. 4, 819 angeordnete Verschärfung der Haftpflicht in seiner Schadensersatzklage keine Stelle findet, wo sie einsetzen könnte (818—820).

§ 469.

1. **RG.** 9. 5. 16, R. 16, Nr. 1090. Wenn in einem Kaufvertrage über ein Geschäft der Festsetzung des Kaufpreises für das Erwerbsgeschäft als solches sich die Bemerkung anschließt, die Warenvorräte seien in Höhe eines bestimmten Betrags angenommen worden, so kann daraus nicht hergeleitet werden, daß für die Warenvorräte einerseits und für die übrigen Bestandteile des verkauften Rechtsguts andererseits je ein besonderer Kaufpreis vereinbart worden wäre.

2. **RG.** 30. 10. 16, WarnE. 16, 501. Die Ausnahmebestimmung des Satzes 2 ist an zwei Voraussetzungen geknüpft, nämlich 1. daß die Sachen nach der Absicht und dem rechtlichen Interesse der Vertragschließenden als zusammengehörend verkauft sind, und

2. daß ihre Trennung nicht ohne Nachteil für denjenigen erfolgen kann, der die Gesamtwandlung begehrt.

§ 472.

Rostock 13. 7. 16, MecklZ. 35, 27. Der Käufer einer bereits zehn Jahre benutzten Maschine kann nicht auf die gleiche Dauer oder das gleiche Maß der Nutzbarkeit rechnen, wie der Käufer einer fünf Jahre alten. Das Maß dieses Minderwertes kann aber nicht durch eine Rechnungsoperation (Absetzung eines bestimmten Prozentsatzes des ursprünglichen Buchwerts für jedes Jahr der Mehrbenutzung), sondern nur durch freies richterliches Ermessen bestimmt werden.

§ 477.

RG. 27. 6. 16, LeipzZ. 16, 1293. Auch bei schuldhafter Lieferung einer mangelhaften Sache unterliegt der Schadensersatzanspruch des Käufers, sofern nicht Arglist vorliegt, der kurzen Verjährung des § 477, auch wenn der Schaden nicht unmittelbar durch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache verursacht ist, vielmehr in ihrer späteren Benutzung und einem dabei vom Käufer erlittenen Unfall seinen Grund hat.

§ 480.

1. Hamburg 4. 12. 15, OLG. 32, 352. Wenn holländische Kartoffeln mit dem Zusatze verkauft sind: „Versand in unserer Wahl, jedoch spätestens aus Kahn A", dann liegt ein Gattungskauf, nicht der Kauf einer bestimmten in Kahn A lagernden Ladung vor.

2. Rostock 5. 1. 16, MecklZ. 34, 273, OLG. 33, 218. Wählt der Käufer Lieferung einer anderen mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften, dann verlangt er nicht Rückgängigmachung des Kaufs, sondern hält an dem Vertrage fest; es tritt nur an Stelle der ursprünglichen Verpflichtung des Verkäufers eine Ersatzverpflichtung, eine Verpflichtung zu einer anderen Art der Erfüllung des ursprünglichen Vertrags. Die Verpflichtung des Käufers bleibt unberührt. Wenn seine Leistung noch aussteht, kann er dem Erfüllungsverlangen des Verkäufers mit denselben Einreden entgegentreten, wie vor der Lieferung der mangelhaften Sache, durch die der Verkäufer seiner Vertragspflicht nicht genügt hat; ihm steht also auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu. Da die Verpflichtung des Käufers sich auch gegenüber der Neulieferung nach den ursprünglichen Bedingungen des Kaufgeschäfts richtet, ist der Verkäufer auch bezüglich der Ersatzlieferung vorleistungspflichtig, wenn er dies bezüglich der ursprünglichen Lieferung war.

3. **RG.** 27. 6. 16, LeipzZ. 16, 1293. Schadensersatz betr., siehe: § 463, IX.

§ 481.

Kiel 19. 4. 16, SchlHolstAnz. 16, 170. Beim Viehkauf kann ein Wandlungsbegehren, das sich nicht an die sog. Hauptmängel anschließt, auch nicht auf arglistiges Verschweigen von Tierfehlern gestützt werden.

§ 492.

1. Königsberg 14. 12. 15, OLG. 33, 71. Wenn der Verkäufer bei dem Vertragsschlusse erklärt, er garantiere dafür, daß das verkaufte Tier leicht den in Aussicht genommenen Transport aushalte, so will er damit für die „Transportfähigkeit" des Tiers, d. h. für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften einstehen, die das Tier nach den allgemeinen Erfahrungen befähigen, einen Transport wie den in Frage kommenden zu überstehen. Es handelt sich also um Zusicherung gewisser Eigenschaften im Sinne des § 492.

2. Hirsch, Die Verjährung bei der Trächtigkeitsgarantie, WürttJ. 27, 244. In der Zusage der Trächtigkeit liegt die Vereinbarung einer entsprechenden Gewährfrist. Was RG. in JW. 14, 589 über die Zusage der Deckfähigkeit eines verkauften Hengstes ausführt, paßt wörtlich auch auf die Zusicherung der Trächtigkeit.

III. Besondere Arten des Kaufs.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

§ 494.

1. **RG.** 18. 14. 16, R. 16, Nr. 1091. Wenn der Verkäufer nach Beanstandung einer zuvor erfolgten Lieferung durch den Käufer diesem ein Probestück übersandt hat mit der Aufforderung, zu prüfen, ob dies nach seinen Wünschen sei und er die Ware so haben wolle, und der Käufer sich drei Tage nach Empfang bedingungslos mit der Probe einverstanden erklärt und Lieferung nach dieser Probe verlangt hat, dann bestimmt sich der Gegenstand der weiteren Lieferung lediglich nach dieser Probe, und die weiteren Lieferungen sind vertragsmäßig, wenn sie der Probe entsprechen; die Rüge heimlicher Mängel der Probe und damit der Ware ist dann ausgeschlossen.

2. Hamburg 22. 11. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 132, OLG. 33, 285, R. 16, Nr. 218. Der Umstand, daß die Ware nach einem Muster gekauft ist, schließt die Möglichkeit, daß es sich um einen Kauf auf Probe handelt, nicht aus. Ein Kauf auf Probe ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn der Kauf vorbehaltlich der Billigung des Käufers nach erst vorzunehmender Untersuchung geschlossen ist. Bei einer Vertragsbestimmung: „Falls die Ware nach Käufers Ansicht nicht dem Wunsche entspricht, so ist dieser Kontrakt nach beiden Seiten hin ohne Ansprüche annulliert" liegt ein Kauf auf Probe vor.

3. **RG.** 28. 3. 16, R. 16, 352. Allein aus der Tatsache, daß das vorgelegte Muster von einer beiden Parteien bekannten Fabrik stammt, folgt noch nicht, daß ausschließlich Ware dieser Fabrik zum Gegenstande des Kaufvertrags gemacht worden sei. Es kann auch die Lieferung einer dem Muster an Qualität gleichen Ware aus einer anderen Fabrik vereinbart sein.

4. **RG.** 11. 7. 16, HoldheimsMSchr. 16, 227. Aus dem Umstande, daß der Käufer, wenn der Verkäufer ihm statt der probemäßigen eine gleich gute Ersatzware andient, diese Ware nach den Kaufbedingungen (mit einer Vergütung bei Wertunterschied) annehmen muß, folgt noch nicht, daß der Verkäufer solche Ersatzware, wenn er sie zu beschaffen vermag, anstatt der ihm unmöglich gewordenen probemäßigen Lieferung dem Käufer andienen muß. Vielmehr kann sich der Verkäufer auf die Unmöglichkeit der Lieferung der probemäßigen Ware berufen. Hat er sich tatsächlich Ersatzware beschafft, dann darf er sie, ohne ein Recht des Käufers zu verletzen, anderweit, wenn auch mit noch so großem Gewinne, verkaufen.

3. Vorkauf.

§ 506.

Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, JheringsJ. 66, 130ff. Keine relative Rechtszuständigkeit im Falle des § 506 (283).

§ 507.

Siehe Ziff. 3 zu § 515.

IV. Tausch.

§ 515.

1. BayObLG. 24. 1. 16, BayNotZ. 53, 194. Die Eigenschaft des Rechtsgeschäfts als Tauschvertrag wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß neben der Leistung des individuellen Werts eine „Tauschaufgabe" in Geld vereinbart wird. Ist aber trotz der wechselseitigen Hingabe individueller Werte die Gegenleistung für die Hingabe so bestimmt, daß hierbei der von dem anderen Teil zu übergebende Gegenstand nicht berücksichtigt wird und die unmittelbare Gegenleistung ausschließlich in Leistungen anderer Art, als in Barzahlung, in der Übernahme oder Bestellung von Hypotheken usw. besteht, so kann von einem Tauschvertrage nicht mehr die Rede sein.

2. BayObLG. 30. 11. 14, BayObLG. 15, 696, ZBlFG. 17, 31. Das Wesen des Tauschvertrags besteht in dem Umsatz individueller Werte. Wird zum Ausgleich der Werte

eine Zahlung geleistet oder werden bei Grundstücken Hypotheken übernommen, so wird dadurch der Begriff des Tauschvertrags dann nicht ausgeschlossen, wenn auf jeder Seite nach dem so erfolgten Ausgleich noch ein Teil des Grundstückswerts übrig bleibt, der unmittelbar durch das von dem anderen Teile hingegebene Grundstück gedeckt wird. Werden dagegen die vollen Werte durch die Übernahme von Hypotheken oder durch Barzahlung gedeckt, ohne daß ein Ausgleich eines Teils des Werts durch gegenseitige Aufrechnung stattfindet, so fehlt es an den begrifflichen Voraussetzungen des Tausches und liegt ein doppelter Kauf vor (vgl. **RG.** 50, 285; 73, 88).

3. **RG.** 1. 7. 16; 88, 364, R. 16, Nr. 1481. Die Bestimmungen über das Vorkaufsrecht sind auf einen Tauschvertrag jedenfalls dann nicht anwendbar, wenn der Vorkaufsberechtigte nicht in der Lage ist, die in Tausch zu gebenden Grundstücke herzugeben, und die Verschaffung dieser Grundstücke auch keine Nebenleistung ist, die nach § 507 durch Wertersatz ausgeglichen werden könnte.

Zweiter Titel. Schenkung.

§ 516.

I. Allgemeines.

1. **RG.** 21. 3. 16, WarnE. 16, 211. Für die Frage, ob eine Schenkung vorliegt, ist keine entscheidende Bedeutung auf den Umstand zu legen, daß es in dem Vertrage heißt, der eine Teil „schenke", und der andere Teil nehme die „Schenkung" an, denn nicht nach der von den Parteien gewählten Bezeichnung, sondern nach der Gesamtheit der durch ihn begründeten Rechte und Pflichten bestimmt sich die rechtliche Natur eines Vertrags.

2. **RG.** 1. 7. 16, LeipzZ. 16, 1174. Schenkung liegt nur dann vor, wenn beide Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind (**RG.** 72, 191; 74, 143; 81, 366).

3. **RG.** 1. 5. 16, R. 16, Nr. 1092. Die Schenkungsabsicht kann auch lediglich mittelbar erkennbar sein, und es genügt eine stillschweigende Einigung der Vertragsteile.

4. **RG.** 31. 1. 16, R. 16, Nr. 925. Ist den Vertragschließenden das zwischen den beiderseitigen Leistungen bestehende Mißverhältnis bekannt, so folgt daraus allein noch nicht, daß eine Schenkung vorliegt. Es kommt vielmehr darauf an, ob und inwieweit die Beteiligten es auf eine unentgeltliche Zuwendung abgesehen haben.

5. **RG.** 21. 3. 16, WarnE. 16, 211. Für die Frage, ob der Empfänger durch die Zuwendung eines Grundstücks bereichert ist, ist nicht die im Vertrage enthaltene Angabe des Zuwendenden über den Wert des Grundstücks maßgebend, sondern der wirkliche, von dem Richter festgestellte Sachwert. JW. 11, 998 steht nicht entgegen, da der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt nach TSt. 56 des PrStempStG. vom 31. 7. 1895 zu beurteilen war.

II. Einzelheiten.

1. **RG.** 21. 3. 16, WarnE. 16, 211. Erfolgt die Zuwendung eines Grundstücks „gegen Übernahme der darauf lastenden Hypotheken", so stellt diese Übernahme eine dem Erwerber des Grundstücks obliegende Leistung dar, die entweder als Gegenleistung den Vertrag zu einem entgeltlichen macht, oder als eine der Zuwendung beigefügte Auflage anzusehen ist. Im ersteren Falle ist die Annahme einer Schenkung ausgeschlossen, im zweiten ist zu prüfen, ob nach dem übereinstimmenden Vertragswillen die Zuwendung trotz der Auflage unentgeltlich erfolgt ist.

2. **RG.** 5. 11. 15, R. 16, Nr. 127. Die Übertragung eines Grundstücks, dessen Wert die darauf haftenden Hypotheken übersteigt, auf die Ehefrau des bisherigen Eigentümers ist für gewöhnlich als Schenkung anzusehen, auch dann, wenn die Frau die den Hypotheken zugrunde liegenden persönlichen Verbindlichkeiten als persönliche Schuldnerin übernimmt.

3. **RG.** 22. 11. 15; 87, 301, BayNotZ. 53, 198, GesuR. 17, 350, JW. 16, 182, LeipzZ. 16, 223. Ein die Gütergemeinschaft begründender Ehevertrag stellt auch bei

großer Verschiedenheit der zusammengebrachten beiderseitigen Vermögensmassen eine Schenkung nicht schon an sich dar. Das schließt aber nicht aus, nach den Umständen des besonderen Falls die neben der objektiven Bereicherung zum Zustandekommen einer Schenkung erforderliche Einigung über die Unentgeltlichkeit als gegeben anzunehmen und in der Abschließung des Ehevertrags mehr als eine bloße Regelung ehegüterrechtlicher Beziehungen zu erblicken. Die Eingehung der Gütergemeinschaft kann sehr wohl zugleich ein Mittel bilden, das vermöge weiterhin geplanter Gütertrennung nur die Überleitung zu einer im schließlichen Erfolge aufwandfreien Übereignung bestimmter Gegenstände darstellt und dazu führt, daß bei bestehendem Einvernehmen über die Unentgeltlichkeit dem Empfänger durch die Zuwendung dieser Gegenstände eine den Schenkungsbegriff erfüllende Bereicherung zuteil wird

4. **RG.** 1. 7. 16, LeipzZ. 16, 1174. Daraus, daß die Parteien Eheleute sind, und die Ehefrau nach § 1356 Abs. 2 zu Arbeiten verpflichtet ist, ist nicht ohne weiteres zu folgern, daß, wenn der Mann der Frau für die von ihr zunächst unentgeltlich geleisteten Dienste im Geschäft nachträglich eine Vergütung versprochen hat, dies eine reine Schenkung gewesen ist. Es kommt hier in erster Linie auf die Bestimmung der Ehegatten selbst an. Sind sie darüber einverstanden, daß die Frau für gewisse Dienste ein Entgelt vom Manne erhalten soll, so kommt damit zum Ausdruck, daß der Mann insoweit eine Verpflichtung der Frau im Sinne des § 1356 Abs. nicht für gegeben erachtet und deshalb eine rein unentgeltliche Leistung der Dienste nicht in Anspruch nehmen will. Hierdurch wird aber für die versprochene Vergütung der Charakter als Schenkung ausgeschlossen (**RG.** 64, 328).

5. **RG.** 21. 2. 16, GruchotsBeitr. 60, 868, LeipzZ. 16, 878, R. 16, Nr. 1482. Ob ein Mitgiftversprechen gegenüber dem Ehemann als Schenkung zu behandeln ist, hängt wesentlich davon ab, ob das Versprechen den Tatbestandserfordernissen des § 516 Abs. 1 vollkommen entspricht. Dabei kommt es auch darauf an, ob nach den Anschauungen der Beteiligten, sowie nach den Lebensanschauungen der Kreise, denen sie angehören, die Eheschließung und das Mitgiftversprechen im Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung zueinander stehen (**RG.** 62, 273).

6. Stuttgart 2. 7. 15, WürttJ. 27, 131. Das Schmiergeldversprechen ist ein Schenkungsversprechen und bedarf zu seiner Gültigkeit der Form des § 518 (JDR. 14, 1 zu § 518).

7. Hamburg 7. 4. 16, HansGZ. 16, Bbl. 152. Wenn ein Fabrikunternehmen einen Geldbetrag aus seinen Überschüssen für eine zu gründende Invaliden- und Witwenkasse seiner Angestellten hergibt, dann liegt eine Schenkung vor. Der Annahme der Unentgeltlichkeit der Zuwendung steht namentlich nicht entgegen, daß die Kasse satzungsmäßig verpflichtet ist, den Angestellten der Fabrik als Zwangsmitgliedern und deren Witwen bestimmte Pensionen zu gewähren (vgl. JW. 09, 397).

8. Wegen der Vergütung, die der Geschäftsherr einem im Felde befindlichen Angestellten zahlt: siehe § 620.

9. LG. III Berlin 8. 6. 16, GewuKfmG. 21, 302. Die Zusage des Dienstberechtigten, im Falle einer Einberufung des Dienstverpflichteten zum Heeresdienste dessen Mutter eine Unterstützung für die Dauer des Kriegs zu gewähren, ist ein Schenkungsversprechen. Sie hat nicht den Charakter des Entgelts für die Diensttätigkeit des Angestellten, sondern erfolgt lediglich aus Gründen der Wohltätigkeit.

§ 518.

I. **RG.** 25. 2. 16, LeipzZ. 16, 593. Die Formvorschrift des § 518 bezieht sich nur auf Schenkungen unter Lebenden und kommt daher nicht zur Anwendung bei auf dem Wege eines Vertrags nach §§ 328ff. gemachten Zuwendungen, die erst mit dem Tode des Verfügenden und im Falle des Überlebens des Bedachten in Wirksamkeit treten sollen.

II. **RG.** 1. 5. 16, BankA. 15, 442, GruchotsBeitr. 60, 1002, LeipzZ. 16, 1017, R. 16, Nr. 1095. Durch die Ungültigkeit der Schenkung der Zinsen, deren Leistung im Verhältnisse zur Hauptforderung nicht eine Teilleistung, sondern eine Nebenleistung darstellt, wird die Gültigkeit der Schenkung der Wertpapiere in keiner Weise berührt (vgl. **RG.** 77, 335).

III. 1. **RG.** 31. 1. 16, R. 16, Nr. 926. Eine Vollziehung der versprochenen Schenkung einer gegen den Beschenkten begründeten Forderung liegt nicht vor, wenn nach dem Willen der Beteiligten der Schenker Gläubiger der Forderung bleiben und diese erst mit seinem Tode erlöschen soll.

2. **RG.** 1. 5. 16, BankA. 15, 442, GruchotsBeitr. 60, 1002, LeipzZ. 16, 1017, R. 16, Nr. 1094. Wird die Leistung nur teilweise bewirkt, dann tritt die heilende Wirkung nach § 518 Abs. 2 auch nur zu diesem Teile ein. Geht die Absicht dahin, außer den Wertpapieren auch die Zinsen aus den zu diesen gehörenden Zinsscheinen zu schenken, werden aber nur die Mäntel der Wertpapiere, nicht auch die Zinsscheine, übergeben, dann ist die formlose Schenkung bezüglich der Zinsen nicht wirksam geworden. Soweit die Zinsen durch Zinsscheine verbriefst sind, erlangen sie insofern die Natur eines selbständigen Rechts, als sie nur durch Übergabe des Zinsscheins übertragen werden können. Heilung des Formmangels durch Erfüllung kann bezüglich dieser Zinsen nur durch Übergabe des Zinsscheins, nicht durch Abtretung des Zinsanspruchs erfolgen.

3. **RG.** 28. 10. 15, GesuR. 17, 353, LeipzZ. 16, 224, JW. 16, 36, WarnE. 16, 120. Da die Abtretung eines Sparkassenguthabens durch bloßes mündliches Übereinkommen, auch ohne Aushändigung des Buchs, erfolgen kann, kann durch eine in der bezeichneten Weise vorgenommene Abtretung auch die Vollziehung der beabsichtigten Schenkung bewirkt werden.

4. Rostock 13. 7. 15, OLG. 32, 199. Die Schenkung der Rechte aus dem Versicherungsvertrage ist durch die mündliche Abtretung dieser Rechte bereits vollzogen.

5. **RG.** 1. 7. 16; 88, 366, JW. 16, 1335, R. 16, Nr. 1483. Der Mangel der Form wird durch die Eintragung einer Hypothek für die Forderung, auf die sich die Schenkung bezieht, und durch die Aushändigung des Hypothekenbriefs an den Schenkungsempfänger nicht geheilt. Die versprochenen Leistungen sind Zahlung des Kapitals und der Zinsen. Die Hypothekenbestellung dient aber nur zur Sicherung der künftigen Erfüllung, ist aber nicht die Erfüllung selbst.

§ 519.

Buch, Schuld und Haftung im geltenden Recht, München 1914. Im Falle des § 519 liegt ein Weigerungsrecht vor, das nicht die Schuld, sondern nur ihre gerichtliche Feststellbarkeit und ihre Erzwingbarkeit, also nur die Schuldpflicht, beeinflußt (23, 53).

§ 525.

1. Hamburg 29. 11. 15, HansGZ. 16, Bbl. 97. Eine Auflage liegt nur dann vor, wenn der Schenkgeber bei der Schenkung eine Zweckbestimmung dergestalt trifft, daß für den Beschenkten eine Rechtsverbindlichkeit zur Erfüllung dieses Zwecks geschaffen wird, nicht schon dann, wenn der Schenkgeber lediglich seinen Beweggrund für seine Schenkung oder seine Wünsche in betreff der Benutzung oder Verwendung des geschenkten Gegenstandes zum Ausdruck bringt.

2. **RG.** 12. 3. 15 — JDR. 14, 2 und 3 zu § 525 — abgedruckt auch: SeuffA. 71, 228.

§ 530.

1. **RG.** 27. 3. 16, GesuR. 17, 476, JW. 16, 833, R. 16, Nr. 1282. Bei der Frage nach dem Vorliegen groben Undanks ist die Verfehlung des Beschenkten auch nach der subjektiven Seite hin zu würdigen (GruchotsBeitr. 52, 985, JW. 07, 744).

2. LG. Darmstadt 14. 2. 16, HessRspr. 17, 73. Den Erben des Schenkers steht das Recht zum Widerrufe der Schenkung aus § 530 Abs. 2 auch gegen den Anstifter zum Morde zu.

§ 534.

RG. 4. 11. 15, GruchotsBeitr. 60, 661, JW. 16, 119, LeipzZ. 16, 605, R. 16, Nr. 219, WarnE. 16, 20. Die Frage, ob durch eine Schenkung einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, ist unter Beachtung der gesamten Umstände des Falls zu entscheiden. Dabei spielen neben der Gelegenheit, die zu der Schenkung Veranlassung gibt, die persönlichen Beziehungen zwischen dem Schenker und den Beschenkten, sowie die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten eine Rolle. — § 534 ist, auch ohne daß die Partei, zu deren Gunsten er wirkt, sich auf ihn beruft, zu berücksichtigen, wenn in der Verhandlung zutage tritt, daß es sich um Schenkungen der dort bezeichneten Art handelt. Er gewährt dem Beschenkten keine Einrede im bürgerlich-rechtlichen Sinne, sondern, wenn seine Voraussetzungen gegeben sind, gelangt das Widerrufsrecht des Schenkers gar nicht erst zur Entstehung.

Dritter Titel. Miete. Pacht.

§ 535.

I. 1. **RG.** 11. 1. 16, JW. 16, 599. Ein Vertrag, durch welchen eine Stadtgemeinde hinsichtlich gewisser in ihrem Eigentum stehender und ihrer öffentlich-rechtlichen Wegeunterhaltungspflicht unterliegender Straßen der anderen Vertragspartei das Recht der Benutzung zur Einführung und zum Betriebe einer elektrischen Straßenbahn auf gewisse Zeit gegen Entgelt einräumt, ist trotz § 6 PrKleinbahnGes. und, obwohl das durch den Vertrag und die staatliche Genehmigung des Bahnunternehmens geschaffene Rechtsverhältnis wesentlich dem öffentlichen Rechtsgebiete zugehört, doch als privatrechtlicher Vertrag, und zwar als Mietvertrag, aufzufassen.

2. Maschinendreschvertrag: § 611.

3. **RG.** 18. 2. 16; 88, 108, LeipzZ. 16, 1110. Der Vertrag zwischen einer Ausstellungsleitung und den Ausstellungsgastwirten, durch den diesen im Gelände der Ausstellung ein Platz zur Errichtung und zum Betriebe einer Wirtschaft gegen Zahlung einer „Platzmiete" „erwirkt" wird, und in dem diese sich verpflichten, den Betrieb des Unternehmens bei Eröffnung der Ausstellung zu eröffnen, während der ganzen Dauer derselben aufrechtzuerhalten, und in allen wesentlichen Beziehungen nach Vorschrift und unter Überwachung der Ausstellungsleitung zu führen, ist nicht nach den Regeln des Mietrechts zu bemessen, sondern es ist ein gesellschaftsähnlicher, eigenartiger Vertrag organisatorischer Natur. Auf Grund dieses Vertrags hat die Ausstellungsleitung den ordnungsmäßigen, regelrechten Bestand der Ausstellung während des vorgesehenen Zeitraums vertragsmäßig zu leisten. Ist diese Leistung der Ausstellungsleitung nicht möglich, dann sind §§ 323—325 anwendbar, insbesondere steht den Wirten ein Minderungsanspruch zu.

4. Colmar 6. 7. 15, ElsLothZ. 16, 304. Ein Vertrag, durch den eine Brauerei einem Wirte ein Wirtschaftsanwesen zum Bewohnen und zum Betrieb einer Schankwirtschaft für eigene Rechnung gegen ein festes Entgelt überläßt, ist auch dann, wenn die Zahlung des Entgelts nur dann und insoweit geschuldet werden soll, als sie aus den jeweiligen Einnahmen aus der Wirtschaft geleistet werden kann, trotz seiner Bezeichnung als „Wirtschaftsverwaltungsvertrag" als Miet- oder Pachtvertrag aufzufassen.

5. *Dickel, Forstzivilrecht 446. Überlassung eines Waldgrundstücks zur Überlandzentrale.

6. Gastaufnahmevertrag. a) Goldscheider, Die Haftung der Wirte für Unfälle in ihren Räumen, GruchotsBeitr. 60, 369ff. Der Vertrag, den der Wirt mit dem Gaste schließt, ist ein Vertrag eigener Art einheitlicher Natur; er darf nicht in einzelne Teile — z. B. Mietvertrag, Kaufvertrag — zerrissen werden. Das Entgelt gewährt der Gast durch Bezahlung der Speisen und Getränke, sofern nicht für besondere Leistungen ein besonderes Entgelt zu entrichten ist. Der Vertrag zwischen Wirt und Gast kommt schon durch den Eintritt des Gasts, der als solcher auftritt, in die Gasträume zustande, und zwar zunächst

ein Vertrag des Inhalts, daß der Gast die Wirtschaftsräume und Einrichtungen benutzen darf; dieser Vertrag wird dann in der Folge durch weitere Punkte (Vereinbarung über Speisen und Getränke usw.) ergänzt. Regelmäßig wird erforderlich sein, daß der Eintretende die Absicht hat, den Wirt für den Aufenthalt in den Räumen durch Verzehren von Speisen und Getränken schadlos zu halten; bei großen Unternehmungen (ausgedehnten Gartenrestaurants, Bierpalästen) muß genügen, daß der Eintretende mit dem Willen kommt, das ihm Gebotene auf sich einwirken zu lassen, und daß er den Willen hat, wenn es ihm gefällt, sich niederzulassen und eine Bestellung zu machen.

b) Celle 13. 5. 16, LeipzZ. 16, 1504. Der in einem Gasthofe abgestiegene Gast hat nach Bezahlung des üblichen Zimmerpreises noch für außergewöhnliche Beschädigungen des Zimmers oder seiner Einrichtung aufzukommen, die zwar ohne eigenes Verschulden, aber durch ihn, insbesondere durch eine plötzlich eingetretene, unvorhergesehene Krankheit verursacht sind, weil nach der Absicht der Parteien der verabredete Zimmerpreis lediglich als Entgelt für die gewöhnliche Abnutzung des Zimmers gelten soll, während bei einem außergewöhnlichen Schaden der vorbezeichneten Art nach dem nicht ausgesprochenen Willen der Beteiligten der Gast für die dadurch entstandenen besonderen Kosten aufzukommen hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich in dem Gasthofe nicht um eine Unterkunft für Kranke handelt, sondern in ihm nur Gesunde aufgenommen werden. Der Gast hat daher im Falle einer Erkrankung (Lungenleiden) die Kosten der Desinfektion zu erstatten und die Schäden zu ersetzen, die durch die Wertminderung der bei der Desinfektion beschädigten Einrichtungsstücke verursacht sind.

c) Karlsruhe 17. 2. 15, BadRpr. 16, 84. Wenn ein Schankwirt seinen Verkehrsgästen einen Stall zur Benutzung nach eigener Entschließung zur Verfügung stellt, und der bei ihm einkehrende Gast sein Pferd im Stalle einstellt, dann wird nach beiderseitigem Willen ein Vertrag abgeschlossen, durch den der Wirt allerdings die Beaufsichtigung und Wartung des Pferdes nicht übernimmt, nach dem er aber dafür einzustehen hat, daß der Stall zur Einstellung des Pferdes geeignet ist (JW. 10, 750). Ein Mietvertrag ist der Vertrag nicht, da die Einstellung unentgeltlich erfolgt. Aber die Haftung des Wirts geht keinesfalls weiter, als wenn ein Mietzins bedungen wäre und deshalb die Bestimmungen über die Miete zur Anwendung zu kommen hätten. Daher kann der Gast keine Ansprüche erheben, die ihm bei dem Vorliegen eines Mietvertrags mit Rücksicht auf die §§ 538, 539, 464 nicht zustehen würden.

d) Karlsruhe 8. 1. 16, BadRpr. 16, 132. Durch wiederholtes Feierabendbieten bringt der Gastwirt zum Ausdruck, daß ihm aus polizeilichen Gründen die längere Fortsetzung des Wirtschaftsbetriebs und folgeweise auch des Gastaufnahmevertrags nicht mehr möglich ist. Darin liegt eine Kündigung dieses Vertrags mit sofortiger Wirkung. Versieht sich der Gast darauf mit Hut und Überzieher und begibt sich zur Tür, so bekundet auch er, daß nunmehr sein Aufenthalt in der Wirtschaft als Wirtschaftsgast zu Ende sein soll. Wenn er dann nochmals zurückkehrt, um dem Wirt einen von ihm feilgehaltenen Gegenstand vorzuführen, also lediglich zu Reklamezwecken seines eigenen Betriebs, dann macht er bloß von einer reinen Duldung des Wirts Gebrauch und kann Rechte aus dem Gastaufnahmevertrag gegen den Wirt nicht mehr herleiten.

II. Verpflichtungen aus dem Mietvertrage.

1. **RG.** 24. 3. 16, WarnE. 16, 155. Wird ein Grundstück vom Eigentümer auf bestimmte Zeit vermietet, so ist der Vertragswille der Beteiligten beim Mangel einer entgegenstehenden Vereinbarung dahin zu verstehen, daß der Vermieter für die Fortdauer seiner Leistungsfähigkeit in den Fällen einer vorzeitigen willkürlichen, durch gesetzliche Gründe nicht gerechtfertigten Kündigung, wie sie durch § 57 Satz 2 ZVG., § 21 Abs. 2 KO. ermöglicht wird, dem Mieter einstehen will. Der Umstand, daß der Vermieter an der gegen seinen Nachfolger betriebenen Zwangsversteigerung, die zur Kündigung geführt hat, unschuldig ist, schließt seine Schadensersatzpflicht nicht aus. Der Vermieter hat auch

durch die Veräußerung an den Vollstreckungsschuldner derjenigen Gestaltung der Dinge, die durch die Zwangsversteigerung eingetreten ist, die Wege geebnet, und die Möglichkeit einer Zwangsversteigerung gegen den Erwerber ist keine so fernliegende, daß sie bei Beachtung der von dem Vermieter dem Mieter geschuldeten Sorgfalt außer Betracht gelassen werden darf. Auch wenn die Zwangsversteigerung erst gegen einen späteren Erwerber vorgenommen und der erste Erwerber ein reicher Mann gewesen ist, liegt ein Verschulden vor; denn auch die Weiterveräußerung liegt nicht außer dem Bereiche der Möglichkeiten, auf welche der Vermieter Rücksicht zu nehmen hat.

2. **RG.** 6. 6. 16, WarnE. 16, 431. Wenn dem Mieter auf Grund des abgeschlossenen Vertrags von dem Vermieter elektrischer Strom für Licht oder Kraft oder für beides geliefert wird, dessen er für seinen Gewerbebetrieb in den Mieträumen, also zu den Zwecken, für die er die Räume gemietet hat, bedarf, dann ist die Stromlieferung von dem Mietverhältnis nicht zu trennen; sie bildet nach Zweck und Sinn der Vertragsabreden nur eine nähere Ausgestaltung des Mietverhältnisses; sie hat gewolltermaßen keine selbständige Bedeutung, sondern ist als Nebenleistung dem Mietverhältnis ein- und untergeordnet. Deshalb gehört auch die Vergütung für den Strom zur Mieterleistung als solchen.

3. Stuttgart 19. 4. 16, R. 16, 348. Der Vermieter von Räumen, in denen ein Teesalon betrieben wird, handelt seiner Vertragspflicht, kein Konkurrenzgeschäft in das Haus aufzunehmen, nicht zuwider, wenn er in dem Hause die Errichtung eines Soldaten- und Verwundetenheims zuläßt, in dem den Soldaten und ihren Gästen ein gemütlicher Aufenthalt geboten und Gelegenheit gegeben wird, Kaffee, Kakao, Milch, Fleischbrühe, Limonade, Kuchen, Brot usw. billig zu verzehren.

4. a) Colmar 2. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 298. Bei einem Mietvertrag mit Eheleuten muß, wie dies dem Wesen der Ehe und in den weitaus meisten Fällen auch den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, ein gewisses einheitliches Mietvertragsverhältnis angenommen werden, wonach die Vertragsverpflichtungen der einen Mietpartei von denen der anderen abhängig sein sollen. Betont die Ausfüllung des Formulars des auch von der Ehefrau unterschriebenen Vertrags nur die Persönlichkeit des Ehemanns, läßt sie die Ehefrau dagegen fast völlig unberücksichtigt, dann ist anzunehmen, daß die Miete des Ehemanns das Hauptmietverhältnis, die der Ehefrau nur ein von diesem abhängiges akzessorisches Mietverhältnis sei. Die Ehefrau ist dann nur Mieterin neben dem Manne, insoweit dieser Mieter ist und bleibt. Ihre Miete unterliegt denselben Endigungsgründen, wie die des Mannes.

b) Vgl. hierzu: § 414, 7, § 564, 2.

5. Über die sog. Genossenmiete: Rieß, GruchotsBeitr. 61, 91.

§ 536.

Königsberg 6. 7. 15, SeuffA. 71, 8. Daß der Betrieb eines „Nachtlokals" zum Vertragsinhalte gemacht sei, der Vermieter für Benutzung der Mietsräume als Nachtlokal einstehen wolle, ergibt sich noch nicht daraus, daß er die Absicht des Mieters, die Mietsräume als Nachtlokal zu benutzen, gekannt hat, und daß der Mieter als Inhaber der „Casino Bar" im Vertrage bezeichnet ist.

§ 537.

I. Allgemeines.

1. **RG.** 7. 7. 16, WarnE. 16, 355. Das Vorhandensein einer zum Teil in Fäulnis übergegangenen Diele über einem Hohlraum ist als Fehler anzusehen, der die Tauglichkeit des Mietsraums zu dem vertragsmäßigen Gebrauch mindert. Denn die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauch ist schon dann aufgehoben oder gemindert, wenn diese nur in der Befürchtung einer vermöge des Zustands drohenden Gefahr benutzt werden kann (**RG.** 81, 202), und das würde der Fall sein, wenn der Mieter den Sachverhalt gekannt hätte.

2. Colmar 11. 4. 16, R. 16, Nr. 1096. Die Beschaffung der Schankerlaubnis ist eine rein persönliche Angelegenheit des Wirts. Die Versagung der Erlaubnis kann daher nur dann als ein Fehler des vermieteten Wirtschaftsanwesens gelten, wenn die behördliche Entscheidung in irgendwelchen Beziehungen zur Sache selbst steht, oder wenn die Vertragsparteien die Erteilung der Erlaubnis zur ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung des Mietsvertrags gemacht haben (**RG.** 79, 95).

3. Stuttgart 26. 3. 15, WürttJ. 27, 150. Das Fehlen von zur Abfuhr von Sand geeigneten Wegen kann einen Fehler der verpachteten Sandgrube im Sinne des § 537 darstellen; ein solcher Fehler liegt jedenfalls dann vor, wenn ein für die Abfuhr notwendiger Weg als Weg ganz eingeht oder für den Fuhrwerksverkehr oder wenigstens für den Verkehr mit Sandfuhrwerken allgemein gesperrt wird oder wenn die Sperrung zwar nur den Pächter betrifft, aber auf objektiven mit dem Pächter und seinem Verhalten zusammenhängenden Gründen nicht zurückzuführen ist. In diesem Falle wird dem Verpächter auch die ihm obliegende Leistung, ein mit den erforderlichen Abfuhrwegen versehenes Grundstück zu gewähren, unmöglich, ohne daß der Pächter die Unmöglichkeit zu vertreten hätte. Dagegen handelt es sich um keinen Fehler im Sinne des § 537 und die Unmöglichkeit der Leistung ist von dem Pächter zu vertreten, wenn die Sperrung der Straße für den Pächter im wesentlichen auf subjektiven, in seiner Person liegenden Gründen beruht.

II. Kriegsrecht.

1. Miete. a) Königsberg 14. 12. 15, DJZ. 16, 252, OLG. 33, 302, PosMSchr. 16, 18. Die in einer Festung gelegene Mietswohnung wird durch ein Zuzugverbot des Gouverneurs nicht vertragswidrig im Sinne des § 537.

b) Königsberg 6. 7. 15, SeuffA. 71, 8. Die Anordnung der Militärbehörde, die für eine Schankwirtschaft eine Polizeistunde einführt, begründet keinen Sachmangel im Sinne des § 537, macht auch nicht die dem Vermieter obliegende Leistung teilweise unmöglich. Von letzterem könnte höchstens die Rede sein, wenn der Betrieb eines Nachtlokals zum Vertragsinhalte gemacht worden wäre.

c) Hamburg 11. 11. 11 — JDR. 14, II zu § 537 —, betr. Beschränkung, Licht zu brennen, ist abgedruckt auch: DJZ. 16, 351, HansGZ. 16, Bbl. 85, R. 16, 143, 246, SeuffA. 71, 139. Hierzu: v. Dassel, Einfluß des Kriegs auf sog. Saisonmietverträge, R. 16, 31. Dem Urteil Hamburg 11. 11. 15 — JDR. 13, II 3 zu § 537, II 2, 3 zu § 542 — wird zugestimmt.

d) Colmar 1. 10. 15 — JDR. 14, II 5 zu § 537 —, betr. Verbot des Abhaltens öffentlicher Versammlungen, abgedruckt auch: ElsLothJZ. 16, 239.

e) LG. Insterburg 10. 1. 16, PosMSchr. 16, 15. Besetzung der Stadt und Belegung der Mietwohnung mit feindlichen Truppen, Bedrohung der Stadt mit feindlichem Einfall und Beschießung der Stadt stellen sich nicht als Fehler der Mietwohnung im Sinne der §§ 536, 537 dar, wenigstens dann nicht, wenn keine gesetzlichen oder behördlichen Anordnungen zur Räumung der Stadt oder Wohnungen — unter die ein Rat des Bürgermeisters nicht fällt — getroffen sind. Dem OLG. Königsberg JW. 15, 1377 (JDR. 14, II 1 zu § 537) ist nicht beizutreten. Ebenso bildet auch die Belegung der Wohnung mit deutschen Truppen keinen Fehler, da hier die dem Mieter obliegende Einquartierungslast in Frage steht. Auch die stillschweigende Vereinbarung eines Rücktrittsrechts für den Fall, daß infolge eines feindlichen Einbruchs, einer Belagerung oder Beschießung der Mieter die Wohnung nicht ruhig und ungestört benutzen kann, ist nicht anzunehmen, wenn es sich um einen Grenzort oder eine Grenzprovinz handelt; namentlich ist es nicht für Ostpreußen anzunehmen, da der Krieg mit Rußland schon seit einigen Jahren, jedenfalls seit 1912, drohte.

2. Pacht. a) **RG.** 9. 11. 15; 87, 277, LeipzZ. 16, 474, JW. 16, 120, R. 16, Nr. 38. Ein polizeiliches Verbot berechtigt den Pächter dann nach §§ 581, 537 zur Verweigerung oder Minderung des Pachtzinses, wenn es den Pachtgegenstand selbst trifft und ihm die

Möglichkeit nimmt, die vertragsmäßigen Nutzungen zu ziehen. Dies ist bei dem aus Anlaß des Krieges erfolgten Verbote öffentlicher Tänze der Fall, wenn die verpachteten Wirtschaftsräume zum Tanzbetriebe eingerichtet waren und ihm seit langer Zeit dienten, und die Verpachtung erfolgt ist, damit der Pächter die Nutzungen aus dem Tanz- und sonstigen Wirtschaftsbetriebe ziehe, und die infolge des Tanzbetriebs zu erzielenden Einnahmen im wesentlichen die Nutzungen bildeten, die dem Pächter zufallen sollten. Das Verbot trifft den Pachtgegenstand, die dem Tanzbetriebe dienenden Räume, selbst, da es sie der Eigenschaft einer Tanzwirtschaft beraubt und so mit einem die Tauglichkeit zu der vertragsmäßigen Nutzung mindernden Fehler behaftet.

b) Colmar 21. 2. 16, DJZ. 16, 452, ElsLothZ. 16, 233, OLG. 33, 321, R. 16, 352. Als Mangel im Sinne des § 537 gilt ein auf dem öffentlichen Rechte beruhendes Verbot, wenn es in Beziehung zu dem verpachteten Rechte selbst steht. Bei dem Jagdpachtvertrage liegt ein solcher Mangel vor, wenn für den betr. Bezirk durch militärische Anordnung das Waffentragen und durch Verfügung einer Zivilbehörde die Ausübung der Jagd allgemein untersagt ist. Daß die Anordnungen schon nach sechs Monaten wieder aufgehoben worden sind, und der Pächter in der Lage ist, im folgenden Jahr mehr Wild abzuschießen, ändert daran nichts.

III. Siehe auch §§ 542, 544, 552.

§ 538.

1. **RG.** 7. 7. 16, LeipzZ. 16, 1425, WarnE. 16, 355. § 538 greift auch bei dem Mangel eines nur als Zugang zu den Mietsräumen dienenden und dem Mieter zu dieser Benutzung überlassenen Raumes Platz.

2. Dresden 8. 2. 15, SeuffA. 71, 233. Der Vermieter kommt mit der Beseitigung eines Mangels nicht in Verzug, wenn die von ihm zur Beseitigung zu machenden Aufwendungen unverhältnismäßig hoch sind gegenüber dem, was er aus dem Mietsverhältnisse bis zu dessen Ablaufe noch zu ziehen hat, und wenn die Vornahme dieser kostspieligen Maßregeln nicht die geringste Gewähr für die dauernde Mängelabstellung bietet.

§ 541.

Stuttgart 26. 3. 15, WürttJ. 27, 150. Das Recht des Dritten, durch das dem Pächter die Ausnutzung des Pachtgegenstands geschmälert oder unmöglich gemacht wird, muß einen Mangel im Rechte des Verpächters, einen juristischen Fehler des Pachtgegenstands bilden, sich also auf den Gegenstand des Pachtvertrags selbst beziehen und darf nicht bloß auf eine Sache Bezug haben, hinsichtlich deren der Verpächter keine vertragsmäßigen Pflichten übernommen hat.

§ 542.

I. Allgemeines.

1. **RG.** 15. 2. 16; 88, 96, DJZ. 16, 534, JW. 16, 582, LeipzZ. 16, 606, R. 16, Nr. 661. Sind die Gastwirtschaftsräume für den Nachtbetrieb bestimmt und nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien unter Vereinbarung einer dieser Art des Betriebs entsprechenden hohen Vergütung zu einem solchen Betrieb verpachtet worden, dann besteht der vertragsmäßige Gebrauch in der Benutzung als Nachtwirtschaft, und es handelt sich nicht um den Umfang des Fruchtbezugs, sondern um die Möglichkeit der Fruchtziehung durch den Pachtgegenstand, wenn durch die Festsetzung der Polizeistunde auf 12 Uhr der Nachtbetrieb so beeinträchtigt wird, daß man von einem Nachtbetriebe im gewöhnlichen Sinne und im Sinne des Vertrags nicht mehr sprechen kann. Die Festsetzung der Polizeistunde auf 12 Uhr trifft daher nicht nur die Person des Pächters (§ 552), sondern den Pachtgegenstand selbst in seiner Eigenschaft als Nachtwirtschaft. Deshalb ist infolge dieser Festsetzung der Polizeistunde der Pächter zur Kündigung nach § 542 berechtigt.

2. München 31. 3. 15, SeuffA. 71, 9. Ernstliche Belästigungen des Mieters durch Beleidigungen können sich als Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs der Miet-

wohnung darstellen. Doch muß es dem Mieter genügen, wenn auf sein Abhilfeverlangen hin weitere Beleidigungen und Belästigungen unterbleiben.

3. Fristsetzung. a) Colmar 29. 2. 16, SeuffA. 71, 267. Der Fristsetzung bedarf es nur dann nicht, wenn der Vermieter die Vertragserfüllung ernstlich geweigert hat. Eine solche Weigerung ist aber nur dann anzunehmen, wenn gewichtige Umstände vorliegen, die es nach Lage der Sache ausgeschlossen erscheinen lassen, daß Abhilfe geschaffen wird.

b) München 31. 3. 15, SeuffA. 71, 8. Bei äußerst schweren Beleidigungen des Mieters durch den Vermieter selbst ist die Setzung einer Abhilfefrist unnötig, doch bedarf es der Fristsetzung bei Beleidigungen und Belästigungen, welche ohne Mitwirkung oder Einverständnis des Vermieters nur von dessen Angehörigen oder Angestellten begangen werden.

II. Kriegsrecht.

1. Miete. a) Josef, Flucht des Mieters und des Pächters vor dem heranrückenden Feind, PosMSchr. 16, 56. Besteht bei verständiger Würdigung die Gefahr des Einsturzes oder der Vernichtung der Mietsache selbst infolge kriegerischer Ereignisse — nicht nur eine solche für Leben und Gesundheit des Mieters —, so ist die Mietsache mit einem ihre Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch aufhebenden Fehler behaftet, so daß die Zinszahlungspflicht aufgehoben ist, auch dem Mieter das Rücktrittsrecht wegen nicht rechtzeitiger Gewährung oder Wiederentziehung zusteht.

b) Hamburg 11. 11. 15 — JDR. 14, II 2, 3 zu § 542 —, betr. Einschränkung des Badelebens und Verbot, Licht zu brennen, abgedruckt auch: DJZ. 16, 351, HansGZ. 16, Bbl. 85, R. 16, 143, 246, SeuffA. 71, 139.

c) Colmar 1. 10. 15 — JDR. 14, II 4 zu § 542 —, betr. Verbot des Abhaltens militärischer Versammlungen, abgedruckt auch: ElsLothJZ. 16, 239.

d) Stuttgart 26. 11. 15, R. 16, 20. Wird ein zusammen mit anderen Sachen vermietetes Pferd durch die Militärbehörde beschlagnahmt und eingezogen, dann ist der Mieter berechtigt, das Mietverhältnis nach § 542 Abs. 1 zu kündigen. Er kann auch Minderung des Mietzinses um denjenigen Teil, der auf die Miete des Pferdes entfällt, nach § 323 verlangen. Dagegen hat er nicht das Recht, an Stelle des Pferdes die von der Militärbehörde für das Pferd bezahlte Vergütung für seine Zwecke zu benutzen.

e) LG. Flensburg 25. 10. 15, DJZ. 16, 355. Ist das Bestehen der Badesaison Inhalt des Mietvertrags über die Vermietung eines Ladens in einem Kurorte geworden — was sich aus der Lage des Ladens, der Höhe des Mietpreises, der Bestimmung über die vom Mieter feilzuhaltenden Gegenstände, die von ihm übernommene Verpflichtung, den Laden während der ganzen Saison offen zu halten, und daraus ergibt, daß die Zeit vom 1. 6. bis 31. 12. als ein volles Jahr gerechnet ist —, dann hat der Vermieter gemäß § 323 mit dem vorzeitigen Schluß der Badesaison infolge einer für die Gäste des Kurorts erlassenen militärischen Räumungsanordnung seinen Anspruch auf Mietzins verloren.

2. Colmar 11. 4. 16, ElsLothJZ. 16, 235, LeipzZ. 16, 897, OLG. 33, 321 Anm., R. 16, 401. Auf den Jagdpachtvertrag finden die Grundsätze über Pacht, mithin auch § 542 Anwendung. Beim Jagdpachtrecht besteht der vertragsmäßige Gebrauch im Sinne des § 542 in der an sich unbehinderten, nur den jagdgesetzlichen Beschränkungen unterliegenden Jagdausübung in dem im Vertrage angegebenen Bezirk. Ein allgemeines Verbot der Jagdausübung in diesem Bezirk berechtigt deshalb den Pächter zur Kündigung.

III. Siehe auch §§ 537, 552.

§ 544.

1. a) **RG.** 21. 3. 16; 88, 168, R. 16, Nr. 815. Ist ein Übelstand, der nur bei längerem Bestehen eine Gesundheitsschädigung befürchten läßt, leicht und in verhältnismäßig kurzer Zeit zu beseitigen, dann fehlt es an einem wesentlichen Begriffserfordernis der erheblichen Gesundheitsgefährdung, die die Wahrscheinlichkeit einer nachhaltigen Beeinträchtigung

der Gesundheit voraussetzt (**RG.** 51, 210, JW. 12, 288). Die Frage aber, ob ein Mangel leicht und verhältnismäßig schnell zu beseitigen ist, kann nur unter Zugrundelegung des Sachstandes beantwortet werden, der zur Zeit der Ausübung des Kündigungsrechts bekannt war. Der Schutz des § 544 würde vereitelt werden, wenn die Besorgnis der Gesundheitsgefährdung lediglich nach der objektiven Beschaffenheit der Mieträume und ohne Rücksicht auf den Zeitraum beurteilt würde, den die Ermittlung der Ursache des gefahrbringenden Mangels und die hiervon abhängige Ergründung der Mittel und Wege zur Abhilfe erfordert.

b) Hamburg 31. 5. 16, HansGZ. 16, Bbl. 233, JW. 16, 1293, SeuffA. 71, 397. Feuchtigkeit einer Wohnung, die die Gesundheit der Bewohner erheblich gefährdet, berechtigt den Mieter zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, wenn dieser Zustand nicht durch äußere Umstände leicht zu beseitigen ist, sondern einen nachhaltigen und nicht bloß vorübergehenden Übelstand darstellt.

c) Colmar 7. 7. 15, ElsLothZ. 16, 312. Das Vorhandensein von Wanzen in der Mietswohnung und der mangelhafte Zustand der Kellertreppe, der des öfteren Ausgleiten und Stürzen zur Folge hat, lassen den Zustand der Wohnung als erheblich gesundheitsgefährlich erscheinen.

2. a) **RG.** 14. 1. 16, LeipzZ. 16, 536, R. 16, Nr. 1485, WarnE. 16, 75. Die Kündigung des Mieters kann in seinem Auszuge aus der Wohnung gefunden werden. Die Formlosigkeit einer solchen Kündigung ist trotz der Abrede, alle Kündigungen müßten durch Einschreibebrief erfolgen, unbedenklich, weil die Wirksamkeit des im öffentlichen Interesse erlassenen § 544 durch Parteivereinbarung nicht eingeschränkt werden kann.

b) **RG.** 21. 1. 16, BayRpflZ. 16, 178, GruchotsBeitr. 60, 664, LeipzZ. 16, 543, R. 16, Nr. 424, WarnE. 16, 118. Eine außerordentliche fristlose Kündigung erfordert zwar zu ihrer Gültigkeit nicht die Angabe des Kündigungsgrundes, wohl aber eine Erklärung des Kündigenden, daß er das Mietsverhältnis auflösen wolle. Diese kann stillschweigend erfolgen, muß aber erkennen lassen, daß der Erklärende ein Kündigungsrecht ausüben will. In der Erklärung des Mieters, daß er die Wohnung infolge der von dem Vermieter ausgesprochenen Kündigung geräumt habe, liegt daher eine Kündigung des Mieters nicht.

3. a) **RG.** 21. 1. 16, BayRpflZ. 16, 178, GruchotsBeitr. 60, 664, LeipzZ. 16, 543, R. 16, Nr. 421—423, SeuffA. 71, 400, WarnE. 16, 118. Das Kündigungsrecht des Mieters aus § 544 setzt nicht voraus, daß er zuvor gemäß § 542 eine Frist zur Abhilfe gesetzt hat. Es geht durch Unterlassung der Mängelanzeige nach § 545 nicht verloren und auch nicht dadurch, daß der Mieter trotz des Zustandes der Wohnung auf Fortsetzung des Mietverhältnisses bestanden und ihm demnach keine Bedeutung beigemessen hat.

b) Hamburg 31. 5. 16, HansGZ. 16, Bbl. 233, JW. 16, 1293, R. 16, Nr. 1486, SeuffA. 71, 397. Für § 544, der nur einen besonderen Fall aus § 542 regelt, gelten die §§ 542, 543, soweit nicht in § 544 etwas anderes bestimmt ist. Deshalb hat der Mieter regelmäßig die Pflicht, dem Vermieter zunächst eine Frist zur Beseitigung der Mängel zu setzen, es sei denn, daß die Erfüllung des Vertrags infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstands für ihn kein Interesse hat.

c) Colmar 7. 7. 15, ElsLothZ. 16, 312. Für die Wahrung des Kündigungsrechts aus § 544 sind eine Anzeige nach § 545, sowie die Satzung einer Abhilfefrist nach § 542 nicht erforderlich.

4. Hamburg 31. 5. 16, HansGZ. 16, Bbl. 233, JW. 16, 1293, SeuffA. 71, 397. Da der § 544 im öffentlichen Interesse gegeben, zwingenden Rechts ist, kann er durch Parteivereinbarung nicht abgeändert werden.

5. Hamburg 31. 5. 16, HansGZ. 16, Bbl. 233, JW. 16, 1293, OLG. 33, 305, R. 16, Nr. 1486, SeuffA. 71, 397. Wie sich aus der Geltung der allgemeinen Bestimmungen der §§ 542, 543 für den Fall des § 544 ergibt, kann sich der Mieter auf diese Bestimmung nicht berufen, wenn er den gesundheitsgefährdenden Zustand selbst verschuldet hat.

6. RG. 14. 1. 16, LeipzZ. 16, 594, R. 16, Nr. 1484. Wenn der Mieter einer Gastwirtschaft von dem Einsturz der Decke eines Zimmers des baufälligen Hauses der Polizei Anzeige erstattet, so ist ihm daraus ein Vorwurf nicht zu machen. Wird auf die Anzeige hin durch die Polizei die Schließung der Wirtschaft angeordnet, die im öffentlichen Interesse mit Rücksicht auf die den Gästen drohenden Gefahren erfolgt (WarnE. 11, 360), so steht dem Vermieter ein Anspruch auf Ersatz der ihm durch die Schließung erwachsenen Nachteile gegen den Mieter nicht zu.

§ 545.

RG. 7. 7. 16, WarnE. 16, 355. Die Anzeigepflicht des Mieters erstreckt sich auch auf Vorrichtungen und Räume, die er nur als Zugang zu den Mietsräumen benutzen darf (RG. 59, 161, JW. 06, 546).

§ 548.

Hamburg 25. 11. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 102, OLG. 33, 309, SeuffA. 71, 98. Wenn die Mietsache beschädigt zurückgegeben wird, und die Beschädigung ihrer Natur nach augenscheinlich nicht als eine bloße durch den vertragsmäßigen Gebrauch als solchen hervorgerufene Veränderung sich darstellt, dann ist der Mieter dem Vermieter aufklärungspflichtig dafür, wie der Schaden sich ereignet hat, und wie er sich trotz der dem Mieter obliegenden Obhutspflicht ereignen konnte. Bleibt infolge mangelhafter Aufklärung die Möglichkeit, daß der Schaden durch Verschulden des Mieters entstanden ist, dann haftet dieser dem Vermieter kraft des Mietvertrags auf Schadensersatz.

§ 549.

1. Königsberg 6. 7. 15, SeuffA. 71, 11. Die Bestimmung, daß der Mietvertrag durch den Mieter frei übertragbar sei, hat lediglich die Bedeutung, die Erlaubnis des Vermieters zur Aftervermietung im voraus festzulegen.

2. Lesser, Rechtsstellung des Untermieters, wenn der Mieter seine Rechte aus dem Mietvertrage abtritt, R. 16, 510. Im angegebenen Falle ist der neue Mieter an den Mietvertrag des alten Mieters mit dem Untermieter nicht gebunden; insbesondere ist die Ausnahmebestimmung des § 571 nicht auf den Fall entsprechend anwendbar, daß der Vermieter selbst nur schuldrechtlich Berechtigter ist. Trotzdem kann der neue Mieter die Mietsache von dem Untermieter nicht herausverlangen. Auf § 986 Abs. 2 zwar kann sich der Untermieter nicht berufen, weil diese Bestimmung nur bei der Eigentumsklage Anwendung findet, der neue Mieter aber nicht Eigentümer ist. Es läßt sich auch nicht sagen, daß der Mieter dem neuen Mieter nur ein um die Rechte des Untermieters gemindertes Recht abgetreten habe. Aber der neue Mieter hat gegenüber dem Untermieter überhaupt kein Recht, auf das er das Herausgabeverlangen stützen könnte. Er ist nur mittelbarer Besitzer geworden, während der unmittelbare Besitz bei dem Untermieter geblieben ist, der auch nicht als Besitzentzieher im Sinne des § 858 angesehen werden kann. Demgemäß kann der Untermieter die Mietsache bis zum Ablaufe der Mietzeit behalten; der Anspruch auf Herausgabe nach Ablauf dieser Zeit kann dem neuen Mieter abgetreten werden. Ähnlich ist die Stellung desjenigen, der von einem Pächter mietet, und desjenigen, der die Sache nicht auf Grund eines Mietvertrags, sondern eines anderen Vertrags, z. B. Leihe- oder Dienstvertrag, von dem Mieter oder Pächter überlassen erhalten hat.

§ 550.

1. Hamburg 18. 11. 15, LeipzZ. 16, 255, R. 16, Nr. 221. Der Vermieter muß dulden, daß der Mieter sich auf eigene Kosten elektrischen Strom zur Erleuchtung der Mieträume zuführen läßt, wenn dies ohne Beschädigung und Belästigung des Vermieters geschehen kann.

2. Hamburg 9. 12. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 35, LeipzZ. 16, 346, OLG. 33, 292, R. 16, 143. Wenn Kohlenschuten zum Bunkern für Kriegsschiffe in der Manöverzeit vermietet werden, dann schließt diese ausdrückliche Zweckbestimmung auch die Tragung

derjenigen Gefahren für den Vermieter in sich, welche durch kriegsmäßiges Bunkern zu entstehen pflegen.

§ 552.

1. Miete. a) Josef, Flucht des Mieters und des Pächters vor dem heranrückenden Feinde, PosMSchr. 16, 56. Der Mieter (Pächter) kann die Annahme der Mietsache nicht verweigern wegen der Gefahr von Seuchen, Hungersnot, Aufruhr und räuberischen Überfällen; denn diese Gefahren betreffen nur Leben und Gesundheit des Mieters, nicht aber die Mietsache; Gefahren dieser Art haben folglich für den Mieter auch kein Rücktrittsrecht und keine Leistungsfreiheit zur Folge. Dagegen stehen diese Rechte dem Mieter zu, wenn bei verständiger Würdigung die Gefahr des Einsturzes oder der Vernichtung der Mietsache durch kriegerische Ereignisse besteht, also eine Gefahr, die die Mietsache (Pachtgrundstück) selbst (und nur mittelbar daneben Leben und Gesundheit des Mieters) betrifft und deren Eintritt also den Fortfall der Mietzinszahlung zur Folge haben würde.

b) Posen 29. 3. 16, DJZ. 16, 912. Durch ein allgemeines Verbot der Abhaltung von Festlichkeiten und die Herabsetzung der Polizeistunde durch die Militärbehörde wird der Mieter — nicht Pächter — eines Kaffeehauses mit Saal nur durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm vom Vermieter zugestandenen Gebrauchsrechts gehindert. Eine in objektiven Gründen liegende Gebrauchsbeschränkung liegt nicht vor.

c) Königsberg 14. 12. 15, DJZ. 16, 252, JW. 16, 212, OLG. 33, 302, PosMSchr. 16, 18, R. 16, 143. Kann der Mieter eine Wohnung, die er in einer Festung im April 1914 zum 1. Oktober 1914 gemietet hat, nicht beziehen, weil er durch das inzwischen ergangene Zuzugsverbot des Gouverneurs der Festung an dem Zuzuge in die Stadt gehindert ist, dann wird er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des Gebrauchsrechts gehindert. Die dem Vermieter obliegende Leistung ist nicht infolge eines objektiven Umstands unmöglich geworden (§ 323).

d) LG. Königsberg 18. 10. 15, JW. 16, 215, R. 16, 142. Auf den Pensionsvertrag ist ein militärisches Zuzugsverbot von Einfluß. Der Pensionsgeber verliert seine Ansprüche, weil die Unmöglichkeit von keiner Seite zu vertreten ist. Insoweit ist der Pensionsvertrag anders zu behandeln, wie eine gewöhnlicher Mietvertrag.

e) LG. Insterburg 10. 1. 16, PosMSchr. 16, 15. Der Krieg mit seinen Folgen, insbesondere die Flucht vor dem einrückenden Feind, ist ein lediglich subjektiv in der Person des Mieters liegender Grund. Die Anwendbarkeit des § 552, eines Ausnahmegesetzes, schließt die Anwendung des § 323 aus.

2. Pacht. Karlsruhe 8. 3. 16, BadRpr. 16, 134, LeipzZ. 16, 1140, OLG. 33, 320, R. 16, 591. Das Verbot des Generalkommandos, das den Abschluß von Jagdpachtverträgen mit Ausländern und die Jagdausübung durch solche verbietet, stellt lediglich einen in der Person des ausländischen Jagdpächters liegenden Grund dar (§ 552 Satz 1); auch ein Fall des § 553 Satz 3 liegt nicht vor. Ebensowenig wird die dem Verpächter als Leistung aus dem Jagdpachtvertrage obliegende Überlassung der Jagd an den ausländischen Pächter unmöglich.

§ 554.

1. **RG.** 19. 7. 15 — JDR. 14, 2 zu § 554 —, kein Kündigungsrecht bei Rückständigkeit unerheblicher Teile der Mietzinsrate, ist abgedruckt auch: SeuffA. 71, 315.

2. **RG.** 27. 6. 16, WarnE. 16, 360. Die Zahlung einer von mehreren rückständigen Raten bewirkt keinen Ausschluß des Kündigungsrechts, da dieser voraussetzt, daß eine vollständige Befriedigung des Vermieters vor Ausübung des Kündigungsrechts eingetreten sei.

3. **RG.** 27. 6. 16, WarnE. 16, 360. § 554 Abs. 2 ist zum Schutze des Vermieters aufgestellt. Dieser muß in der Lage sein, zur Erwägung der Wirksamkeit seiner Kündigung die angeblichen Gegenforderungen des Mieters auf ihren Bestand zu prüfen. Die allgemeine Erklärung des Mieters, er berufe sich auf § 554 Abs. 2, die jede nähere Bezeich-

nung der zur Aufrechnung gestellten Forderungen vermissen läßt, macht die Kündigung nicht unwirksam.

§ 555.

RG. 5. 5. 16, LeipzZ. 16, 1187, R. 16, Nr. 1098, 1099, SeuffA. 71, 401. Der Vermieter, der dem zahlungsunfähigen Mieter ohne Einhaltung einer Frist kündigt, kann zwar nicht mehr den Mietzins als solchen verlangen, wohl aber den Ersatz des Schadens beanspruchen, der ihm durch die auf die Schuld des Mieters zurückzuführende Beendigung des Mietverhältnisses entstanden ist, also auch den Ausfall an Mietzins für die vereinbarte Zeit (**RG.** 76, 367). Tut er dies, dann ist es nicht Sache des Mieters, zu behaupten und zu beweisen, daß der Vermieter infolge anderweitiger Vermietung einen Ausfall nicht erlitten habe, sondern der Vermieter muß das Vorliegen des Schadens beweisen, den er nur unter der Voraussetzung erleidet, daß die Weitervermietung nicht zu seiner Befriedigung in der Höhe des ursprünglich vereinbarten Mietzinses geführt hat. Dazu gehört, daß er dartut, daß und in welcher Höhe er trotz seines Pfandrechts an den von den späteren Mietern eingebrachten Sachen nicht in der Lage ist, sich für die Rückstände dieser Befriedigung zu beschaffen.

§ 558.

RG. 9. 11. 15, R. 16, Nr. 40. Der Verjährung nach § 558 unterliegen die Ersatzansprüche des Vermieters, auch wenn sie aus der Nichterfüllung einer vertraglichen, nicht einer gesetzlichen Verpflichtung des Mieters hergeleitet werden (**RG.** 62, 329; 66, 364).

§ 559.

1. Colmar 6. 7. 15, ElsLothZ. 16, 304. Das Gesetz knüpft das Pfandrecht des Vermieters an einen tatsächlichen Vorgang, nämlich die Einbringung von Sachen des Mieters in die gemieteten Räume. Auf einen rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien kommt es nicht an. Das Vermieterpfandrecht entsteht unabhängig von dem Willen des Mieters und selbst gegen diesen.

2. Frankfurt a. M. 6. 4. 16, FrankfRundsch. 50, 27, SeuffA. 71, 352. Die von dem Vorerben in ein gemietetes Grundstück eingebrachten Nachlaßsachen sind „Sachen des Mieters" und unterliegen dem Vermieterpfandrechte des Vermieters. Im Sinne des § 559 Abs. 3 ist ein Gegenstand nicht um deswillen allein „der Pfändung nicht unterworfen", weil er von der Vorschrift des § 773 ZPO. betroffen wird; **RG.** 80, 30 steht nicht entgegen, da der in dieser Entscheidung behandelte Fall des § 394 anders liegt.

3. LG. I Berlin 7. 4. 16, KGBl. 16, 57. Die Kosten, die dem Vermieter durch Intervention gegen Gläubiger des Mieters erwachsen sind, können nicht als Kosten der Verfolgung des Vermieterpfandrechts angesehen werden, für die dem Vermieter das Vorzugsrecht aus § 559 zusteht. Denn das Vermieterpfandrecht greift nur gegenüber dem Mieter, nicht aber gegenüber den Gläubigern des Mieters durch, und die Interventionskosten sind zwar durch die Nichtzahlung der Miete des Mieters verursacht, aber nicht gegenüber diesem, sondern gegenüber seinen Gläubigern entstanden.

4. Schucany, Der Mitabschluß eines Schuldvertrags durch die Ehefrau des Vertragschließenden, Aarau 1916. Die Illaten der Ehefrau, die den Mietvertrag mitabgeschlossen hat und deshalb als kumulative Schuldübernehmerin anzusehen ist, sind, sofern im übrigen die Voraussetzungen des § 559 gegeben sind, dem Vermieterpfandrechte des Vermieters ebenso unterworfen, wie die des Ehemanns (66, 67).

5. LG. Breslau 6. 4. 16, BreslauAK. 16, 45. Dem Vermieter steht gegen den Gläubiger des Mieters, der dem Vermieterpfandrechte unterliegende Sachen des Mieters hat pfänden und versteigern lassen und den Versteigerungserlös angenommen hat, ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu.

§ 561.

1. LG. Breslau 6. 4. 16, BreslauAK. 16, 45. § 561 Abs. 2 ist für den Fall nicht anwendbar, daß die Entfernung der Sachen des Mieters aus der Mietwohnung heraus im

Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, weil der Vermieter einer solchen Entfernung nicht widersprechen und auch die Zurückschaffung nicht fordern kann. Deshalb ist die Geltendmachung des Anspruchs aus § 805 ZPO. an die einmonatige Frist nicht gebunden.

2. Hamburg 20. 1. 16, LeipzZ. 16, 830, OLG. 33, 311, SeuffA. 71, 269. Gegenüber der Klage des Vermieters aus § 561 Abs. 2 kann sich der die Sachen lagernde Spediteur auf das ihm als solchem zustehende Pfandrecht berufen, wenn er dies gutgläubig erworben hat, und dies daher dem Pfandrecht des Vermieters vorgeht.

§ 564.

1. Celle 10. 2. 16, SeuffA. 71, 230. Ein Mietvertrag, bei dessen Abschluß ein gedrucktes Formular benutzt worden ist, und der nach Ausfüllung desselben dahin lautet, das Mietverhältnis gelte für eine bestimmte Zeit fest abgeschlossen, es könne nur durch halbjährige Kündigung aufgehoben werden, bei Abschluß des Vertrags auf längere Zeit beginne das Kündigungsrecht erst nach Ablauf der Vertragszeit, ist regelmäßig dahin auszulegen, daß mit „Beginn des Kündigungsrechts" nicht der Zeitpunkt der Zulässigkeit der Erklärung der Kündigung, sondern der des Wirksamwerdens der Erklärung getroffen werden soll. Alsdann besteht ein Widerspruch zwischen den angeführten Vertragsbestimmungen nicht.

2. a) Schucany, Der Mitabschluß eines Schuldvertrags durch die Ehefrau des Vertragschließenden, Aarau 1916. Hat die Ehefrau den Mietvertrag mit abgeschlossen, dann hört mit dem Tage, auf den der Ehemann gekündigt hat, auch ihre Verpflichtung zur Zinszahlung auf. Das ergibt sich aus dem Wesen der in diesem Falle vorliegenden kumulativen Schuldübernahme. Ein eigenes Kündigungsrecht mit der Wirkung, daß dadurch die Miete beendigt würde, hat die Frau nicht, doch ist ihr ein Kündigungsrecht mit der Wirkung zuzugestehen, daß sie für nach dem Tage, auf den sie gekündigt hat, entstehende Mietschulden des Ehemanns nicht mehr haftet, mindestens gilt letzteres dann, wenn sie einen triftigen Grund geltend machen kann. Die Mieterrechte des Mannes bleiben durch ihre Kündigung unberührt (67, 68).

b) Vgl. hierzu § 414, 7, § 535, 4.

3. Karlsruhe 8. 1. 16 betr. Beendigung des Gastaufnahmevertrags durch Kündigung: § 535, I 4c.

§ 566.

1. a) KG. 8. 6. 16, KGBl. 16, 69. Mietverträge, die zwar auf ein Jahr geschlossen sind, aber die Klausel enthalten, daß sie im Falle der Nichtkündigung als auf ein weiteres Jahr verlängert gelten sollen, bedürfen der Form des § 566. Denn die Aufnahme dieser Klausel bindet die Vertragschließenden, wenn auch nur bedingt, über die Dauer eines Jahres hinaus.

b) Darmstadt 23. 12. 14, HessRspr. 16, 317. Auch der Mietvertrag ist für länger als ein Jahr geschlossen, der zunächst nur für ein Jahr gelten, sich aber auf ein weiteres Jahr oder irgend einen weiteren Zeitraum verlängern soll, wenn die Kündigung unterbleibt.

c) LG. Aachen 14. 4. 16, JW. 16, 1041. Bei allen ohne Schriftform geschlossenen Mietverträgen ist nach Ablauf des ersten Mietjahrs die Bindung an eine längere als die gesetzliche Kündigungsfrist ausgeschlossen. Deshalb ist bei einem auf unbestimmte Zeit formlos abgeschlossenen Mietvertrage die Vereinbarung einer längeren als der gesetzlichen Kündigungsfrist vom Ablaufe des ersten Mietjahrs an unwirksam. Hiergegen: Mittelstein, JW. 16, 1178. § 566 ist eine Ausnahmebestimmung und kann deshalb nicht entsprechend angewendet werden. Seine klare Voraussetzung ist, daß der Mietvertrag auf längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen ist. Daran fehlt es, wenn die Miete auf unbestimmte Zeit eingegangen war und nicht eine so lange Kündigungsfrist vereinbart war, daß der Vertrag nicht schon mit dem Ablaufe des ersten Vertragsjahrs gelöst werden kann. Es besteht kein Anlaß oder gesetzgeberischer Grund, weshalb ein auf unbe-

stimmte Zeit geschlossener, mit kurzer Frist kündbarer Mietvertrag, wenn er tatsächlich länger als ein Jahr ausgehalten war, alsdann nur unter Einhaltung der gesetzlichen, nicht der vereinbarten längeren Kündigungsfrist sollte gekündigt werden dürfen. **RG.** 59, 246 betrifft einen Fall, in dem ein Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr vorlag.

2. **RG.** 21. 1. 16, LeipzZ. 16, 1293. Aus der Rechtsfolge, die in § 566 Satz 2 an die Nichteinhaltung der Schriftform geknüpft wird, ergibt sich, daß ein nur mündlicher Zusatz zu einem schriftlich abgeschlossenen Mietvertrag, dessen verabredete Dauer ein Jahr überschreitet, nicht ungültig ist (JW. 11, 94).

3. LG. Cöln 16. 3. 16, LeipzZ. 16, 710. Der Eintritt eines neuen Mieters in einen schriftlich abgeschlossenen Mietvertrag bedarf der Schriftform nicht.

4. Hamburg 14. 2. 16, HansGZ. 16, Bbl. 131. Eine Klage auf Unterzeichnung eines schriftlichen Mietvertrags, durch den der bestehende auf drei Jahre verlängert wird, ist zulässig (vgl. JW. 15, 136). JW. 08, 446 steht nicht entgegen, da hier nur der Mietvertrag selbst, nicht der Vorvertrag zu einem Mietvertrag behandelt wird.

§ 569.

1. Colmar 2. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 299. Ist die Ehefrau, die den Mietvertrag mit unterschrieben hat, nur als Nebenmieterin neben dem Manne anzusehen (vgl. § 535, 5), dann ist sie nach dem Tode des Mannes als dessen alleinige Erbin zur Kündigung des Hauptmietverhältnisses aus § 569 befugt; mit der Beendigung des Hauptmietverhältnisses endigt auch ihr Nebenmietverhältnis.

2. Manthey, Wirkungen der Todeserklärung und ihrer Aufhebung. DNotV. 16, 497, 523. Kündigt im Falle der Todeserklärung des Mieters der Vermieter allen denen gegenüber, die als Erben des Mieters anzusehen sind, dann führt die Kündigung zur endgültigen Beendigung der Miete, auch bei Fortleben des für tot Erklärten oder bei Unrichtigkeit des als Todeszeit angenommenen Zeitpunkts. Ob ein Erbschein erteilt war oder nicht, ist unerheblich. Kannte der Vermieter zur Zeit der Kündigung die Unrichtigkeit der Todeserklärung oder ihre Aufhebung infolge Anfechtungsklage, dann ist seine Kündigung unwirksam. Kündigen die vermeintlichen Erben des Mieters, dann muß der Vermieter es zunächst geschehen lassen, daß die Miete als aufgelöst gilt. Stellt sich aber später heraus, daß die Kündigenden in Wirklichkeit nicht die Erben waren, dann kann er die Kündigung als ungeschehen betrachten, Weitererfüllung des Mietvertrags und für die Zwischenzeit Mietzins nach Maßgabe des § 552 verlangen; nicht dagegen kann der Zurückgekehrte Fortsetzung der Miete fordern. Auch hier ist gleichgültig, ob ein Erbschein erteilt war, oder nicht.

§ 570.

I. 1. **RG.** 3. 12. 15, BayRpflZ. 16, 69; GruchotsBeitr. 60, 493, JW. 16, 261, R. 16, Nr. 43, WarnE. 16, 76. § 570 findet Anwendung, wenn die Versetzung wieder rückgängig gemacht wird, ehe der Beamte die neue Stellung angetreten und die gemietete Wohnung bezogen hat. In der Mitteilung der zuständigen Behörde, daß die Versetzung mit Rücksicht auf den bestehenden Kriegszustand bis auf weiteres aufgehoben werde, ist eine Rückversetzung zu finden.

2. Königsberg 6. 6. 16, JW. 16, 977, R. 16, 461. Die während des Kriegs erfolgte Zuordnung eines Offiziers als Adjutant zum Oberkommando einer Armee ist nicht als Versetzung im Sinne des § 570 anzusehen, mag auch die Möglichkeit bestehen, daß der Offizier später im Frieden an den alten Garnisonort nicht zurückkehren wird.

3. LG. III Berlin, GesuR. 16, 332, JW. 16, 224 (JDR. 14, 2 zu § 570). Der Offizier einer neutralen Macht, der von seiner Regierung nach Berlin geschickt ist, um die Kriegsakademie zu besuchen, hat im Falle der durch die Mobilmachung in seinem Heimatsstaat veranlaßten Abberufung auch dann kein außerordentliches Kündigungsrecht, wenn er bis zu dieser Abberufung preußischer Offizier gewesen ist, und wenn § 570 im Mietvertrage ausdrücklich erwähnt ist.

II. 1. **RG.** 7. 12. 15, R. 16, Nr. 16. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch kann von einer Versetzung eines Angestellten nur gesprochen werden, wenn der Dienstberechtigte — sei es aus eigenem Antrieb, sei es auf Wunsch des Dienstverpflichteten — diesem zur Leistung der Dienste einen anderen Wohnsitz anweist. Doch kann die Bestimmung eines Mietvertrags, die dem kaufmännischen Angestellten für den Fall der Versetzung ein Kündigungsrecht einräumt, nach ihrem allgemeinen Zwecke, den Mieter in der Ausnutzung seiner kaufmännischen Tätigkeit nicht allzusehr zu behindern, und mit Rücksicht auf die begleitenden Umstände auch dahin ausgelegt werden, daß sie auch den Fall der Entlassung des Mieters aus seiner bisherigen Stellung und den Eintritt in ein anderes Geschäft außerhalb des bisherigen Wohnorts trifft.

2. **RG.** 5. 2. 15 — JDR. 14, 1 zu § 570 —, betr. Versetzung eines kaufmännischen Angestellten, abgedruckt auch: BauersZ. 23, 74.

§ 571.

1. Königsberg 23. 6. 14, OLG. 32, 213. Eine Veräußerung im Sinne des § 571 Abs. 1 ist nur die Übertragung des Eigentums.

2. **RG.** 24. 3. 16, GruchotsBeitr. 60, 853, LeipzZ. 16, 876, WarnE. 16, 155. Nur soweit der Erwerber des Grundstücks in den Pflichtenkreis des Vermieters eintritt, scheidet dieser aus dem Mietsverhältnis aus und verwandelt sich seine vertragliche Haftung kraft Gesetzes in eine bürgschaftliche Mithaftung für den von dem Erwerber zu ersetzenden Schaden (**RG.** 63, 66).

3. **RG.** 24. 3. 16, LeipzZ. 16, 876, WarnE. 16, 155. § 571 Abs. 2 Satz 2 ist nicht anwendbar, wenn eine Kündigung des Mieters angesichts einer bestimmten vereinbarten Mietzeit unstatthaft ist.

4. **RG.** 24. 3. 16, GruchotsBeitr. 60, 853, LeipzZ. 16, 876, R. 16, Nr. 901, 927, WarnE. 16, 155. Der Vermieter ist schadensersatzpflichtig, wenn der Ersteher das Mietsverhältnis gemäß § 57 ZwVG. vor Ablauf der vertraglichen Mietzeit kündigt. Das folgt aus dem den § 571 beherrschenden Grundsatz, den Mieter gegen eine vorzeitige Austreibung sowie dagegen zu sichern, daß der Vermieter ihm durch die Veräußerung des Grundstücks einen neuen, vielleicht zahlungsunfähigen Schuldner aufdrängt. Der Vermieter hat die Kündigung des Erstehers zu vertreten, da bei der Vermietung auf bestimmte Zeit bei Mangel einer entgegenstehenden Vereinbarung der Vertragswille dahin geht, daß der Vermieter für die Fortdauer seiner Leistungsfähigkeit in den Fällen einer vorzeitigen, willkürlichen, durch gesetzliche Gründe (§§ 553, 554, 567, 569) nicht gerechtfertigten Kündigung, wie sie durch § 57 Satz 2 ZwVG. und § 21 Abs. 3 KO. ermöglicht wird, dem Mieter einstehen will. Darauf, ob der Vermieter an der Zwangsversteigerung und der damit zusammenhängenden Kündigung schuldlos ist, kommt es dabei nicht an.

5. Buch, Schuld und Haftung im geltenden Recht. München 1914. Vor der Veräußerung schuldet der Veräußerer die Vermieterleistungen und haftet auch dafür. Nach der Veräußerung bekommt der Erwerber diese Vermieterstellung mit Schuld und Haftung, und der Veräußerer hat nur noch für die Ersatzschuld miteinzustehen, sofern es sich um eine Schadensersatzpflicht handelt. Tritt diese ein, so wird sie für den Veräußerer zum Haftungs- und Schuldinhalt. Bis dahin besteht für ihn weder eine Schuld noch eine Haftung (44, 45).

6. *Dickel, Forstzivilrecht 1058, verwirft den vom Reichsgericht bei der Jagdpacht angenommenen Grundsatz „Kauf bricht Pacht".

7. Über die Anwendbarkeit des § 571 auf das Rechtsverhältnis zwischen Mieter und Untermieter: § 549, 2.

§ 573.

Zu vgl. der Sonderbericht zu dem Gesetz zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen vom 8. 6. 15 (RGBl. 327) unten S. 532 ff.

§ 574.

Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, IheringsJ. 66, 130ff. Keine relative Rechtszuständigkeit im Falle des § 574 (243).

§ 577.

Hamburg 27. 5. 16, HansGZ. 16, Bbl. 268. Auch bei dem Nießbrauch finden nach § 577 die §§ 571—576 entsprechende Anwendung. Die Mietverträge werden durch die Nießbrauchsbestellung nicht berührt, aber Verfügungen des Eigentümers über den Mietzins für eine spätere Zeit, als das zur Zeit der Bestellung laufende und folgende Kalendervierteljahr, sind dem Nießbraucher gegenüber unwirksam, wenn er sie nicht gekannt hat (§ 573).

II. Pacht.

§ 581.

1. **RG.** 9. 11. 15, R. 16, Nr. 44. Wenn die zum Betriebe einer Gastwirtschaft überlassenen Räume baulich und hinsichtlich der sonstigen Ausstattung im wesentlichen schon derartig eingerichtet sind, daß der Gastwirtschaftsbetrieb in ihnen beginnen kann, und die Ausstattungsgegenstände mit überlassen werden, dann liegt Pacht, nicht Miete vor (**RG.** 81, 23, GruchotsBeitr. 57, 681, JW. 13, 982).

2. **RG.** 22. 10. 15, BayRpflZ. 16, 46. Der Vertrag, durch welchen sich der eine Teil verpflichtet, für die ihm von dem anderen überlassene Gastwirtschaft die Getränke und sonstigen Waren von diesem zu bestimmt vereinbarten Preisen zu beziehen, die dessen Einkaufspreise übersteigen, um sie dann auf eigene Rechnung, ohne an vereinbarte Sätze gebunden zu sein, zu veräußern, ist ein Pachtvertrag. Der Betrag, um den die vereinbarten Preise die Einkaufspreise des anderen Teils übersteigen, bildet die Vergütung für den überlassenen Gebrauch.

3. *Dickel, Forstzivilrecht 381, 471, 475, Jagdpacht nach Kriegsrecht, über Jagdpacht im allg. 1054ff., Jagdpachtvertrag als Vertrag über das Grundstück 1057.ff, Waldpacht 478, Domänen und Forsten 479, Pacht der Forstbeamten 479.

4. Vgl. im übrigen die in bezug genommenen §§ über die Miete.

Fünfter Titel. Darlehn.

§ 607.

1. **RG.** 17. 3. 16, WarnE. 16, 150. Ein Vertrag, durch den der eine Vertragsteil als stiller Gesellschafter in die Firma des anderen für ein Jahr eintritt und sich an ihr mit einer bestimmten von ihm zu zahlenden Summe beteiligt, diese aber bereits im Laufe der Vertragszeit wieder zurückzuerhalten hat, als Gewinnanteil in jedem Falle — mochte der Gewinn so hoch sein, wie er wollte, oder mochte gar mit Verlust gearbeitet werden — eine bestimmte Summe zugesagt erhält, während er an dem Verluste nicht teilzunehmen hat, ist ein in die Form eines Gesellschaftsvertrags gekleideter Darlehnsvertrag.

2. **RG.** 23. 9. 15, BankA. 15, 263. Darlehen von Wertpapieren sind im Bankgewerbe wenig üblich, deshalb bedarf es zur Annahme eines solchen besonderer zweifelsfreier Beweisgründe. Diese fehlen, wenn eine Partei sich von einem Bankier mündelsichere Wertpapiere, die sie zur Stellung einer Sicherheit gebraucht, gegen eine Barzahlung und Verpfändung anderer Wertpapiere geben läßt, sich die Rückgewähr dieser Wertpapiere für den Fall ausbedingt, daß sie die mündelsicheren zurückreichen werde, mit dem Preise der mündelsicheren Wertpapiere sowie mit Zinsen und Provision belastet, für die von ihr geleistete Barzahlung und die abgetrennten Zinsscheine der von ihr verpfändeten Wertpapiere aber erkannt wird.

3. **RG.** 22. 11. 15, WarnE. 16, 121. Gläubiger des Sparkassenguthabens ist nicht ohne weiteres derjenige, auf dessen Namen das Sparkassenbuch ausgestellt ist. Es kommt vielmehr darauf an, wer Eigentümer des bei der Sparkasse eingezahlten Geldes ist. Der

Eigentümer des Geldes ist Darlehnsgläubiger. Der Darlehnsvertrag wird von der Sparkasse mit demjenigen abgeschlossen, der das Darlehn gewährt, gleichviel auf wessen Namen das Ausweispapier gestellt wird; einer Aufklärung des Sachverhalts der Sparkassenverwaltung gegenüber bedarf es nicht (**RG.** 73, 221, **RG.** St. 43, 18).

4. Über Meliorationsdarlehn vgl. *Dickel, Forstzivilrecht 481 ff.

§ 609.

1. **RG.** 18. 3. 15 — JDR. 14, 1 zu § 609 —, Kündigung liegt regelmäßig nicht in der Anmeldung zum Konkurs und zu der Zwangsversteigerung, ist abgedruckt auch: LeipzZ. 16, 242.

2. Schucany, Der Mitabschluß eines Schuldvertrags durch die Ehefrau des Vertragschließenden, Aarau 1916. Die Ehefrau, die eine verzinsliche Darlehnsschuld ihres Mannes durch Mitabschluß kumulativ übernommen hat, hat ein selbständiges Kündigungsrecht. Der Ehemann wird durch ihre Kündigung zunächst überhaupt nicht betroffen (68, 69).

§ 610.

1. **RG.** 10. 7. 16, BankA. 16, 14, DJZ. 16, 1079, WarnE. 16, 347. Auch wenn bei einer Kreditzusage das Kreditverhältnis sich nicht in der Gewährung von Darlehen erschöpfen sollte, und deshalb die unmittelbare Anwendbarkeit des § 610 zweifelhaft sein mag, ist dem Kreditgeber ein Einwand gleichen Inhalts zu verstatten auf Grund der Annahme, daß eine stillschweigende Bedingung der Kreditgewährung die unveränderte Kreditwürdigkeit des anderen Teils bildet, und eine Änderung dieser Verhältnisse mithin ein Rücktrittsrecht gewährt (ROHG. 23, 137, **RG.** 60, 60).

2. Siehe § 321, 1.

Sechster Titel. Dienstvertrag.

§ 611.

I. Allgemeines.

1. **RG.** 2. 5. 16, R. 16, Nr. 1284. Für die Frage, ob Werk- oder Dienstvertrag vorliegt, ist die Form, in welcher die Vergütung gezahlt wird (Stück- oder Zeitlohn), nicht entscheidend. Beim Werkvertrage mag häufiger Stücklohn, beim Dienstvertrage häufiger Zeitlohn vorkommen; aber möglich ist auch die umgekehrte Regelung. Aus **RG.** 81, 9 ergibt sich nicht, daß in dem dort erörterten Falle bei Vorliegen einer Pauschalvergütung Werkvertrag hätte angenommen werden müssen.

2. Josef, Trinkgeld, Schenkung und Vergütung, BadRpr. 16, 77 (vgl. DJR. 14, 1 zu § 611). Hat jemand seine Dienste aus bloßer Gefälligkeit geleistet, und bietet ihm demnächst der Empfänger der Dienste eine Vergütung an, so erklärt dieser hiermit jenem stillschweigend, er wolle von den unentgeltlich geleisteten Diensten so Gebrauch machen, als wären sie auf Grund eines Dienstvertrags geleistet; und durch die Annahme der Vergütung erklärt der erstere sich hiermit einverstanden; er übernimmt also stillschweigend die Haftung für den Schaden, der aus schuldhafter Ausführung der Dienste entsteht. Auch wo für unentgeltlich geleistete Dienste nach der Verkehrsübung ein „Trinkgeld" bezahlt, also eine Schenkung gemacht wird, kann die gleiche Folgerung geboten sein, wenn der geleistete Dienst erkennbar bestimmt ist, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Zahlenden zu beeinflussen, so wenn eine vom Empfänger des Trinkgelds fahrlässig erteilte bloße Empfehlung (§ 676) den es Zahlenden zu einem Ankaufe zu veranlassen geeignet ist.

3. **RG.** 25. 1. 16, R. 16, Nr. 662. Der Dienstberechtigte ist regelmäßig nur zur Zahlung der Vergütung, nicht zur Annahme der Dienste verpflichtet. Doch kann etwas anderes vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung ist anzunehmen bei Verträgen, die die gesamte Tätigkeit des Dienstverpflichteten umfassen und auf dessen Lebensdauer zugeschnitten sind, z. B. bei der Übertragung der Dienststellung eines Bahnhofsverwalters bei einer Privateisenbahn.

4. a) RG. 4. 4. 16, GewuKfmG. 21, 304. Ob die regelmäßige Gewährung einer besonderen Entlohnung (Gratifikation) einen Rechtsanspruch auf Fortzahlung begründet, kann nur mit Rücksicht auf die begleitenden Umstände, unter denen sie erfolgt, beurteilt werden, da nur aus diesen Umständen ein Schluß darauf möglich ist, welchen Willen der Geschäftsherr bei Gewährung der besonderen Entlohnung hatte. Hatte er von vornherein dem Angestellten gegenüber zum Ausdruck gebracht, daß die Gewährung der besonderen Entlohnung in jedem Falle von seinem Willen abhänge, dann kann die regelmäßig erfolgende Gewährung dieser besonderen Entlohnung dem Angestellten niemals einen Rechtsanspruch gewähren.

b) KG. 25. 9. 16, KGBl. 16, 91. Wenn nach den Anstellungsbedingungen die Verteilung einer Weihnachtsgratifikation jedesmal im Ermessen des Dienstberechtigten steht, so liegt nicht die Höhe der Gratifikation allein in dessen Ermessen, sondern die Zuteilung an den Angestellten überhaupt. Jedenfalls kann der Angestellte ein klagbares Recht auf die Gratifikation nur dann haben, wenn er zur Zeit der Verteilung oder wenigstens allgemeinen Bewilligung der Gratifikation noch im Dienste ist, da diese nicht bloß eine Belohnung für treues Aushalten im Dienst und gute Leistungen überhaupt, sondern dafür ist, daß der Angestellte diese brauchbaren Dienste bis zu Weihnachten bzw. bis zu Neujahr leistet und den Prinzipal der Notwendigkeit eines Personenwechsels im Laufe des Jahrs überhebt. Einen Anspruch auf teilweise Gratifikation gibt es nicht, sondern nur einen Anspruch auf unteilbare Gratifikation.

5. Bamberg 30. 11. 15, BauersZ. 23, 219, LeipzZ. 16, 702. Der Dienstberechtigte darf bei dem Dienstverpflichteten diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten voraussetzen, die man auf dem betr. Gebiete bei gewöhnlichem Fleiß und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit erwerben kann. Wer sich zur Leistung von Diensten verpflichtet, die eine besondere Sachkenntnis erfordern, übernimmt die Garantie dafür, daß er die erforderliche Eigenschaft besitzt. Besitzt er diese nicht, dann handelt er grob fahrlässig und hat seine Unfähigkeit zu vertreten. Er hat dann keinen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung zu machen, weil er seinen Vertrag nicht erfüllt hat. Dies gilt auch von den Mitgliedern des Vorstands einer e. Gen. m. b. H., denen die erforderlichen geschäftlichen Kenntnisse fehlen, um die aus §§ 33, 34 GenG. sich ergebenden Pflichten erfüllen zu können, und die sie deshalb nicht erfüllen.

II. Einzelne Vertragsverhältnisse.

1. Vertrag mit dem Arzt, der Universitätsklinik. a) **RG.** 8. 6. 15, SeuffA. 71, 98. Wenn ein aktiver Stabsarzt in seiner Eigenschaft als Militärarzt den dienstlichen Befehl zur Übernahme einer ärztlichen Behandlung erhält und nur auf Grund seines öffentlich-rechtlichen Sanitätsoffiziers-Dienstverhältnisses die Behandlung übernimmt und ausführt, dann liegt ein privatrechtlicher Dienstvertrag oder Auftrag nicht vor. Daß es sich im gegebenen Falle um eine außergewöhnliche Tätigkeit handelt, ändert daran nichts.

b) Breslau 1. 5. 16, BreslauAK. 16, 43. Zwischen dem leitenden Arzt eines Krankenhauses, der diesem gegenüber nur verpflichtet ist, die Kranken der dritten Klasse unentgeltlich zu behandeln, und dem in das Krankenhaus aufgenommenen Krankenkassenpatienten, der wegen Überfüllung der dritten Klasse, in der die ärztliche Behandlung für Kassenmitglieder unentgeltlich ist, in die zweite Klasse aufgenommen wird, kommt kein Dienstvertrag zustande, wenn der Kranke nur in seiner Eigenschaft als Kassenmitglied die ärztliche Behandlung nachsucht und nichts davon weiß, daß nur die Behandlung in der dritten Klasse unentgeltlich ist. Nur dann, wenn ihm mitgeteilt wird, oder wenn er weiß, daß er bei Aufnahme in die zweite Klasse die ärztliche Behandlung besonders zu bezahlen habe, ist er dem Arzte vertraglich verpflichtet. Es ist dessen Sache dafür zu sorgen, daß den Kranken, die als Kassenmitglieder Aufnahme suchen, mitgeteilt wird, daß sie bei Aufnahme in die zweite Klasse das Arzthonorar besonders zu bezahlen haben.

c) RG. 24. 3. 16, LeipzZ. 16, 1185. Wird ein Kranker in die 3. Pflegeklasse einer Universitätsklinik aufgenommen, in der er für jeden Tag zwei Mark zahlt, und werden die Pfleglinge der 3. Klasse entlassen, wenn sie sich weigern, sich den Hörern der Universität vorstellen zu lassen, dann handelt es sich bei dieser Vorstellung um einen Vorgang, dessen Duldung die Universität auf Grund ihres Vertragsverhältnisses mit dem Pflegling erwartet, und den dieser eben mit Rücksicht auf das Vertragsverhältnis duldet. Durch Duldung der Vorstellung gewährt der Pflegling der Universität die von dieser als Voraussetzung für die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses erwartete Gegenleistung für die zu dem geringen Satze von 2 M. gewährte Verpflegung und ärztliche Behandlung. Auf diesen Vorgang sind daher die Vertragsgrundsätze anzuwenden.

2. Rechtsverhältnis des Notars. a) α. RG. 18. 1. 16, WarnE. 16, 128. Der Notar kann, soweit er in seiner amtlichen Eigenschaft tätig wird, nicht auch in ein bürgerlich-rechtliches Vertragsverhältnis zu dem ihn Ersuchenden treten (RG. 85, 409, JW. 15, 1007, 1193). Dagegen kann mit ihm als Rechtskundigen ein Vertrag über sachgemäße Beratung geschlossen werden. Ebenso: RG. 22. 2. 16, R. 16, Nr. 1298 und 12. 5. 16, JW. 16, 1116, SeuffA. 71, 445.

β. RG. 3. 3. 16, LeipzZ. 16, 1025. Vertragsmäßige Beratung durch den Notar als Rechtsbeistand liegt vor, wenn vor dem Abschlusse des Vertrags auf die Erklärung des Beurkundungsbeteiligten, er verlasse sich ganz auf den Notar, dieser unter Versicherung seiner Sachkunde den Beurkundungsbeteiligten beruhigt.

γ. RG. 3. 3. 16, LeipzZ. 16, 1025. Der Notar hat nur die Pflicht, den erklärten Willen der Vertragschließenden in klarer, gültiger Fassung und Form urkundlich festzulegen, der Urkunde den Inhalt zu geben, der dem Willen der Vertragsteile und dem Zwecke der Urkundenerrichtung entspricht. Wenn er es später für nötig hält, die Ausführung des von ihm beurkundeten Vertrags zu verhindern, dann steht dies zwar in einer gewissen Beziehung zu seiner Amtstätigkeit, er handelt aber insoweit nicht mehr als Notar, sondern als Privatperson und verletzt deshalb auch keine Amtspflicht.

b) Sorgfaltspflicht. α. RG. 8. 10. 15; 87, 232, DNotV. 16, 53, JW. 16, 40, LeipzZ. 16, 39, R. 16, Nr. 65, SeuffA. 71, 323, ZBlFG. 16, 618. Hat der (preußische) Notar mit Zustimmung der Beteiligten von dem Inhalte der Urkunde, deren Unterschrift er beglaubigen soll, Kenntnis erlangt und ersieht er daraus die offenbare Strafbarkeit oder offenbare Ungültigkeit des Inhalts, so ist er verpflichtet, die Unterschriftsbeglaubigung abzulehnen, sofern wegen des strafbaren oder ungültigen Inhalts die Urkunde gänzlich wegfallen müßte, oder wenn man eine mögliche Abänderung nicht vornehmen will, und er ist haftbar, wenn er trotzdem die Beglaubigung vornimmt. Ebenso haftet er für diese, wenn die Ungültigkeit des Inhalts so offenbar ist, daß er ohne grobe Fahrlässigkeit sie erkennen mußte.

β. Cohn, Zur Haftpflicht des Notars, KGBl. 16, 29. Wenn der Notar auch bei der Tätigung eines ungültigen Geschäfts nicht mitwirken soll, auch nicht in der Weise, daß er nur die Unterschrift der Beteiligten beglaubigt, so handelt es sich doch in dem vom RG. am 8. 10. 15 — α — entschiedenen Falle gar nicht um ein ungültiges, sondern nur um ein gemäß §§ 108, 1829 zurzeit unwirksames Geschäft, das mit der Genehmigung wirksam geworden sein würde. In einem solchen Falle ist es bedenklich anzunehmen, daß der Notar nicht verpflichtet sei, auf das Hinken des Geschäfts mit seinen möglichen Folgen hinzuweisen, da er durch ein derartiges Eingreifen gerade die Perfektion des Geschäfts, das ihn im übrigen nichts angeht, positiv stören würde.

γ. Schmitt, Die Grenzen der Belehrungspflicht des Notars, LeipzZ. 16, 977. Mit dem RG. — JDR. 14 § 276 II 22e — und gegen Cahn — JDR. 14 § 611 II 2aβ — ist anzunehmen, daß für den Notar, da das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Beurkundungsbeteiligten — und zwar sowohl nach preußischem wie nach bayrischem Recht — öffentlich-rechtlicher Natur ist, eine Pflicht zur Belehrung nur insoweit besteht, als diese für das Zustandekommen einer rechtswirksamen Beurkundung erforderlich ist. Aus der

Unterlassung einer Belehrung hierüber hinaus kann ihm nicht der Vorwurf einer Amtspflichtverletzung erwachsen.

δ. Josef, Die Schadensersatzpflicht des Notars wegen mangelhafter Beratung und Belehrung der Beteiligten, ElsLothNotZ. 16, 214ff. § 176 FGG. gibt keine Vorschriften darüber, wie der Urkundsbeamte bei der Niederschrift der Erklärung der Beteiligten zu verfahren hat. Aus seiner Stellung als Beamter der freiwilligen Gerichtsbarkeit und landesgesetzlichen Vorschriften folgt aber seine Verpflichtung, hierbei die Beteiligten zu belehren, darauf hinzuwirken, daß der von ihnen mit der Beurkundung beabsichtigte Zweck erreicht werde. Insoweit hat er sogar Tatsachen, die ihm bekannt, den Beteiligten aber unbekannt sind, zu offenbaren, um so mehr also ihnen Belehrung über die Rechtsfolgen ihrer Erklärungen zu geben. Soweit indessen diese Rechtsfolgen auch dem minder Gebildeten und dem minder Geschäftskundigen als naheliegend erscheinen müssen, liegt die Belehrungspflicht dem Urkundsbeamten nur ob, wenn eine besonders hohe geistige Unbeholfenheit und Geschäftsunerfahrenheit der Beteiligten für ihn erkennbar hervortritt. Da nach dem Grundbuchrecht ferner der Rechtserwerb durch eine Tätigkeit der Buchbehörde bedingt ist, ist im grundbücherlichen Verkehr ein gewisses Vertrauen der Beteiligten zueinander erforderlich und üblich, so daß z. B. der Käufer den Kaufpreis noch vor Eintragung seines Eigentums zahlt, der Eigentümer noch vor Auszahlung des Darlehns die Aushändigung des Hypothekenbriefs an den Gläubiger bewilligt und der Gläubiger das Darlehn im Anschluß an die notarielle Hypothekenbestellung vor Behändigung des Hypothekenbriefs auszahlt. Da eine derartige Abwicklung der Rechtsbeziehungen überaus häufig ist, kann grundsätzlich und wenn man von den oben bezeichneten Ausnahmefällen absieht, ein Verschulden des Urkundsbeamten darin nicht gefunden werden, daß er die Beteiligten nicht auf die sich aus einer solchen Erledigung ergebende Möglichkeit einer Gefährdung hinweist.

ε. **RG.** 18. 1. 16, R. 16, Nr. 1502, WarnE. 16, 128. Der Notar muß es bei der Beratung der Beteiligten unter allen Umständen vermeiden, sie der Gefahr ungünstiger gerichtlicher Entscheidungen auszusetzen. Er muß daher einer Rechtsmeinung, die durchaus die herrschende ist, Rechnung tragen und die Beteiligten auf die Bedenken aufmerksam machen, die sich nach dieser Meinung bezüglich des von ihnen beabsichtigten Geschäfts ergeben. Daß in der Rechtslehre auch eine von der herrschenden abweichende Ansicht von einigen Schriftstellern verteidigt wird, entlastet ihn nicht.

ζ. **RG.** 12. 3. 15 — JDR. 14, II 23h zu § 276 —, betr. die Belehrungspflicht des Notars, abgedruckt auch: SeuffA. 71, 228.

η. **RG.** 22. 2. 16, BayNotZ. 53, 350, LeipzZ. 16, 947, R. 16, Nr. 1299, WarnE. 16, 453. Darin, daß der Notar nicht zur Sicherungsübereignung, sondern zum Faustpfandvertrage rät und diesen beurkundet, liegt kein Verschulden, wenn er davon ausgehen kann, daß der zu sichernde Gläubiger als Angestellter und demnächstiger Teilhaber des Schuldners in der Lage sein werde, durch geeignete Vorkehrungen den zur Begründung und Wahrung des Pfandrechts erforderlichen Besitz in einer auch für Dritte erkennbaren Weise sich zu verschaffen und dauernd zu behalten. Er muß aber über das Erfordernis strengster Besitzwahrung Rechtsbelehrung erteilen.

ϑ. Colmar 23. 11. 14 — JDR. 14, II 23r zu § 276 —, betr. Belehrungspflicht des Notars über die Erfordernisse der Wirksamkeit eines Wohnungsrechts, abgedruckt auch: ElsLothNotZ. 16, 123.

ι. **RG.** 12. 5. 16, BayRpflZ. 16, 388, JW. 16, 1116, R. 16, Nr. 1120, SeuffA. 71, 445. Der Notar, der einen Vertrag über die Übereignung der gesamten Waren eines Kaufmanns beurkundet, hat, wenn er statt einer zusammenfassenden verkehrsüblichen Bezeichnung — z. B. Warenlager — eine Aufzeichnung der einzelnen Waren wählt, diese genau zu individualisieren. Der Vertrag muß erkennen lassen, daß alle Waren übereignet werden sollen. Der Glaube des Notars, die in dem dem Vertrage beigefügten, zur genügenden

Individualisierung nicht ausreichenden Verzeichnisse aufgeführten Waren umfaßten das Warenlager, entschuldigt ihn nicht.

κ. **RG.** 7. 12. 15, LeipzZ. 16, 1372, R. 16, Nr. 64, ZBlFG. 16, 618. Mit der Beurkundung dessen, was die Parteien wollen, ist die Tätigkeit des Notars in der Regel erschöpft. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß ihm unter Umständen auch die Pflicht obliegt, die Beteiligten über die Höhe der Kosten, namentlich auch des Stempels, aufzuklären. Eine solche Verpflichtung kann jedoch nur da angenommen werden, wo ein besonderer Anlaß zur Aufklärung vorhanden ist (JW. 15, 513). Hat er Personen vor sich, von denen er annehmen darf, daß sie sich der rechtlichen Bedeutung ihrer Handlungen bewußt sind, den Unterschied der in Frage stehenden Geschäfte — Abtretung und Vollmacht — auch in stempelrechtlicher Beziehung kennen und, falls sie Bedenken haben sollten, dies zu erkennen geben würden, dann ist er nicht verpflichtet, auf die Höhe des Stempels des Geschäfts, um dessen Beurkundung er angegangen ist, hinzuweisen.

λ. München 13. 12. 15, BayRpflZ. 16, 97, JW. 16, 688, ZBlFG. 17, 31. Der Notar hat die von ihm aufgenommenen Urkunden nach Maßgabe der verfügbaren Zeit und der Arbeitskräfte der Reihenfolge nach unter Bevorzugung der offensichtlich dringlichen Sachen fertig zu machen, mag sich die Vorlegung bei dem Gericht dadurch auch über den Beurkundungstag hinaus verschieben. Eine schuldhafte Verzögerung ist daher im vorliegenden Falle, in dem die Urkunde erst am vierten Tage nach dem Aufnahmetage eingereicht worden ist, unter der Voraussetzung verneint worden, daß dem Notar erst unmittelbar vor der Einreichung Kenntnis davon gegeben worden ist, daß es sich um Gefahr im Verzuge handele. Sollte indessen noch am Tage der Beurkundung schleunige Vorlegung wegen Gefahr im Verzuge begehrt worden sein, dann würde kein Zweifel über ein grobes Verschulden des Notars möglich sein.

μ. **RG.** 18. 1. 16, R. 16, Nr. 150, WarnE. 16, 128. Übersieht der Notar, in der Anmeldung nach § 106 HGB. den Zeitpunkt anzugeben, mit dem die neue Gesellschaft begonnen hat, so haftet er für den Schaden, der den Beteiligten daraus entsteht, daß infolge der durch die Beanstandung des Registergerichts entstandenen Verzögerung der vereinbarte Ausschluß der Haftung für die Verbindlichkeiten des von der Gesellschaft übernommenen Geschäfts unwirksam ist.

ν. BayObLG. 27. 3. 16, BayNotZ. 53, 266, BayRpflZ. 16, 230, JW. 16, 1284, R. 16, Nr. 1118. Wenn auch die Verpflichtung des bayerischen Notars zur sofortigen Vorlegung der Urkunden an das Grundbuchamt bis zur Entrichtung der Staatsgebühren, der gemeindlichen Besitzveränderungsabgaben und der Gebühren und Auslagen des Notars ruht, so muß doch diese Zeit des Ruhens dazu benutzt werden, die für die Grundbuchanlagen erforderlichen Auszüge herzustellen, die etwa notwendige Grundbucheinsicht vorzunehmen und etwaige Abweichungen zwischen dem Grundbuche und dem Kataster aufzuklären und zu beseitigen. Hiermit darf nicht bis zur Entrichtung der Gebühren und Abgaben gewartet werden (zu vgl. auch III 4 zu § 249).

ξ. **RG.** 18. 1. 16, R. 16, Nr. 1501, WarnE. 16, 128. Der Notar, der von seinem Rechte Gebrauch machen will, die Aushändigung der Ausfertigung der aufgenommenen notariellen Urkunden bis zur Zahlung der Gebühren, Auslagen und Stempelabgaben zu verweigern, muß die Beteiligten, die mit einer solchen Rechtsausübung nicht ohne weiteres zu rechnen brauchen, hierauf hinweisen. Eine rücksichtslose, zudem nicht einmal angedrohte Ausübung des Rechts in einer Angelegenheit, bei der eine Verzögerung die wesentlichsten Interessen aufs Spiel setzt, macht den Notar unter Umständen schadensersatzpflichtig.

ο. **RG.** 3. 3. 16, BayRpflZ. 16, 293, LeipzZ. 16, 1025. Wenn es unter dem Rechtsbeistande des Notars zum Abschlusse eines Vertrags gekommen ist, dann darf der Notar kraft des Vertragsverhältnisses zwischen ihm und den von ihm beratenen Personen nichts tun, was die Ausführung des von ihm selbst empfohlenen Vertrags beeinträchtigen kann.

π. BayObLG. 27. 3. 16, BayNotZ. 53, 266, BayRpflZ. 16, 230, JW. 16, 1284,

R. 16, Nr. 1117. Von einem Notar kann nicht verlangt werden, daß er auf die in einer Gemeinde, in der er nicht einmal seinen Amtssitz hat, möglicherweise bevorstehende Einführung eines Zuschlags zur Zuwachssteuer Bedacht nehme und aus diesem Grunde die Vorlegung der von ihm aufgenommenen Urkunde bei dem Grundbuchamte möglichst beschleunige.

ϱ. **RG.** 7. 5. 15 — JDR. 14, 23c zu § 276 —, betr. Verhalten des Notars bei der Erhebung eines Wechselprotests, abgedruckt auch: ZBlFG. 16, 618.

σ. Siehe auch die Übersicht von Weißler, Die Rechtsprechung über Dienstrecht und Verantwortlichkeit des Notars, DNotV. 16, 116.

3. Vertrag mit dem Rechtsanwalt. a) **RG.** 3. 3. 16, LeipzZ. 16, 1188, R. 16, Nr. 817, SeuffA. 71, 285. Das vertragliche Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Auftraggeber ist regelmäßig ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (JW. 14, 642). Nur ausnahmsweise kann es sich als ein Werkvertrag darstellen, wenn ein durch Arbeits- oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg Gegenstand des Vertrags ist, und nach dem Willen der Beteiligten Erfolg und Vergütung als die eigentliche Leistung und Gegenleistung sich gegenüberstehen. Ein Erfolg wird schließlich bei jeder Arbeit erstrebt, auch bei jeder Tätigkeit des Rechtsanwalts. Aber deshalb ist nicht stets das Vertragsverhältnis als Werkvertrag anzusehen. Wäre es das, dann hätte es der Abänderung der RAO. im § 32a nicht bedurft. Aus § 675 geht auch hervor, daß nicht jede Geschäftsbesorgung ein Werk im Sinne der §§ 631 ff. ist.

b) **RG.** 5. 5. 16; 88, 223, R. 16, Nr. 1102. Das Entwerfen eines Vertrags im Auftrage einer Partei stellt regelmäßig nicht einen Werkvertrag (vgl. JW. 14, 642), sondern einen Dienstvertrag dar. Dies trifft selbst dann zu, wenn der Anwalt auf Verlangen die unbedingte Gültigkeit des Vertrags zugesichert hat.

c) **RG.** 26. 5. 16, JW. 16, 1189. Wenn der Rechtsanwalt Auskunft über rein wirtschaftliche Dinge gibt, so wird dadurch nicht notwendig ein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Anfragenden begründet.

d) Über die Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts zu vgl. II 4 zu § 276.

4. Vertrag mit dem Ingenieur und Architekten. a) **RG.** 2. 5. 16, R. 16, Nr. 1283. Der Vertrag, durch den einem Ingenieur die Beaufsichtigung der Herstellung eines Werks übertragen wird, ist ein Dienstvertrag. Für den rechtlichen Charakter des Vertrags kann nur die Hauptleistung maßgebend sein, und diese besteht in der Raterteilung und in der Bauaufsicht. Die Anfertigung der Zeichnungen und Listen ist nur eine Nebenleistung ohne selbständige Bedeutung, die nur zur Vorbereitung der Hauptleistung dient. Raterteilung und Bauaufsicht fallen aber unter den Begriff der Dienste im Sinne des § 611. Daran ändert der Umstand nichts, daß noch besonders die Haftung für richtige Bauausführung übernommen wird.

b) LG. Darmstadt 8. 6. 16, HessRspr. 17, 183. Ein Architekt kann für einen von ihm gefertigten Vorentwurf keine Vergütung verlangen, wenn ihm der Bauherr erklärt hatte, er möge einmal eine flüchtige Bleistiftskizze machen. Von dem Standpunkt des Bauherrn als Laien aus beurteilt konnte dies nur eine von einem Fachmann ohne nennenswerten Aufwand von Zeit und Arbeitskraft sofort zu erledigende Arbeit bedeuten, die deshalb, auch wenn sie von einem berufsmäßigen Bauverständigen geliefert werden sollte, nicht nur gegen eine Vergütung zu erwerben ist. Das muß der Architekt erkennen und daher den Bauherrn darauf aufmerksam machen, wenn er nicht in der Lage ist, den Auftrag so auszuführen, wie dieser ihn sich gedacht hat.

5. Agenturvertrag. **RG.** 7. 1. 16, R. 16, Nr. 426. Der Agenturvertrag ist eine Unterart des Dienstvertrags. Die §§ 611 ff. sind nur entsprechend anzuwenden und da nicht anwendbar, wo das Wesen des Agenturverhältnisses, insbesondere die Selbständigkeit des Agenten, entgegensteht.

6. Maschinendreschvertrag (JDR. 14, II 6 zu § 611). a) **RG.** 1. 10. 15, BayRpflZ. 15, 386, LeipzZ. 16, 235. Bei einem Maschinendreschvertrag, bei dem die Ver-

tragspflicht des Maschinenbesitzers sich nicht auf die Überlassung der Maschine und eines Maschinisten beschränkt, sondern auch die Inbetriebsetzung und Inbetriebhaltung der Maschine umfaßt, handelt es sich um einen gemischten Vertrag, der Elemente verschiedener Vertragsarten umfaßt und in bezug auf die technische Betriebsführung den Charakter eines Dienstvertrags trägt.

b) Kiel 7. 3. 16, SchlHolstAnz. 16, 72. Der Vertrag, durch den der Besitzer einer Dreschmaschine diese zur Benutzung liefert und gleichzeitig die zur Inbetriebsetzung erforderlichen Arbeitskräfte stellt, ist kein reiner Mietvertrag, sondern ein aus Sachmiete und Dienstverschaffung gemischter Vertrag (**RG.** 48, 91; 56, 361; 82, 429). Aus dieser Natur des Vertrags erhellt noch nicht, ob die Verpflichtung des Besitzers sich in der Gestellung einer ordentlichen Dreschmaschine, sowie tauglicher Leute erschöpft, oder ob er auch für das Arbeitsergebnis und für seine Leute nach § 278 einzustehen haben soll. Hierfür kommt es vielmehr auf die im einzelnen Falle getroffenen näheren Vereinbarungen an.

c) Mittelstein, Der Maschinendreschvertrag, R. 16, 97. Gegenüber Kreß — BayRpflZ. 15, 179 (IDR. 14, § 611 II 6) — ist mit der herrschenden Meinung daran festzuhalten, daß es sich bei dem Maschinendreschvertrag nicht um einen Dienstvertrag, sondern um Sachmiete handelt. Kreß, Nochmals der Maschinendreschvertrag, R. 16, 414, widerspricht dieser Auffassung und bleibt dabei, daß der Maschinendreschvertrag in dem von ihm behandelten Falle Dienstvertrag sei, weil eine Gewährung des Gebrauchs, wie bei der Miete, nicht stattfinde, dazu vielmehr Besitzübertragung erforderlich wäre.

7. Colmar 28. 9. 15, ElsLothIZ. 16, 332. Die Gemeinde als Unternehmerin des städtischen Theaters ist vertraglich verpflichtet, für die Verkehrssicherheit der Zugänge zu dem Theater den Billettnehmern einzustehen.

8. München 11. 10. 15, SeuffA. 71, 62. Die Annahme einer Musikkapelle zu allabendlichen Vorträgen in einer Gastwirtschaft ist Dienst-, nicht Werkvertrag. Ebenso der Vertrag mit dem Leiter der Kapelle (IDR. 14, II 9 zu § 611).

9. Pensionsvertrag. LG. Osnabrück, NaumburgAK. 16, 35. Der Vertrag, durch den die Eltern ihren eine auswärtige Schulanstalt besuchenden Sohn in dem Orte der Schulanstalt in Pension geben, untersteht den §§ 611ff. Er verpflichtet den Pensionsinhaber in erster Linie, dem Sohn Pflege und Aufsicht zuteil werden zu lassen, erzieherisch auf ihn einzuwirken, ihm das Elternhaus zu ersetzen. Gegenüber diesen Pflichten tritt die zur Gewährung eines Wohnraums zur Benutzung völlig zurück.

10. Hamburg 22. 10. 15, HansGZ. 16, Bbl. 22. Der Vertrag mit einer Reinmachefrau ist ein Dienstvertrag — kein Werkvertrag —, auch wenn sich ihre Tätigkeit auf Fensterputzen beschränkt und nur stundenweise bezahlt wird.

11. GewG. Berlin 20. 3. 16, GewuKfmG. 21, 205. Der Vertrag mit dem Zahlkellner eines großen Kaffeehauses, dem das Inkasso in einem Revier übertragen ist mit der Ermächtigung, außer den für den Geschäftsherrn einzukassierenden Beträgen auch die gewährten Trinkgelder in Empfang zu nehmen, ist ein Dienstvertrag, kein Pachtvertrag.

12. Bamberg 30. 11. 15, BauersZ. 23, 219, LeipzZ. 16, 702. Das Verhältnis der besoldeten Vorstandsmitglieder einer e. G. m. b. H. ist nach den Bestimmungen über den Dienstvertrag zu beurteilen.

13. Karlsruhe 7. 7. 15, BadRpr. 16, 69. Führt eine Frauensperson einem Manne gegen Gewährung von Wohnung und Beköstigung den Haushalt, weil beide vorhaben, einander zu heiraten, und sich zunächst näher kennen lernen wollen, dann liegt ein Dienstverhältnis nicht vor. Nach dem Zwecke des Zusammenlebens soll die Frau keine Dienstbotenstellung haben, sondern das leisten, was eine Hausfrau üblicherweise zu leisten pflegt; deshalb besteht kein lohnbegründendes Verhältnis.

14. Hamburg 18. 6. 15, SeuffA. 71, 70. Der Vertrag, durch den sich ein Teil verpflichtet, den erkrankten anderen Teil bis an sein Lebensende zu pflegen und ihm den Haushalt zu führen, wogegen ihm eine jährliche Vergütung bis an

sein eigenes Lebensende zugesichert wird, ist ein Dienstvertrag. Dadurch, daß der Dienstberechtigte bei Vertragsabschluß mit Rücksicht auf eine bevorstehende Operation Befürchtungen für sein Leben hegt, wird der Vertrag nicht zu einem Geschäft von Todeswegen.

15. *Dickel, Forstzivilrecht 484ff. unter besonderer Berücksichtigung der Forstbeamten.

III. Unmöglichkeit der Leistung.

1. Hamburg 18. 5. 16, R. 16, 460. Die Dienste, die der Prokurist eines Kaufmanns für diesen in Portugal zu leisten hat, sind infolge des Kriegs weder objektiv noch subjektiv unmöglich geworden. Insbesondere wird weder seine Tätigkeit als Prokurist unmöglich, wenn die Rückreise für ihn auch riskant ist, noch ist er außerstande, in Portugal als Leiter einer Export- und Importabteilung für den Geschäftsherrn zu arbeiten.

2. LG. Frankfurt a. M. 21. 12. 15, FrankfRdsch. 49, 311. Wird der Dienstverpflichtete zum Kriegs-Heeresdienst einberufen, dann wird ihm die Erfüllung seiner Pflichten aus dem Anstellungsvertrage unmöglich, und diese Unmöglichkeit ist weder von ihm noch von dem Dienstberechtigten zu vertreten. §§ 275, 323 sind anwendbar. Als teilweise Unmöglichkeit im Sinne des § 323 Satz 1 Halbsatz 2 ist auch eine zeitweilige Unmöglichkeit anzusehen. Hat der Dienstverpflichtete in einem Geschäftsjahr teilweise Dienste geleistet, teilweise infolge seiner Einberufung zum Heeresdienste nicht, dann erhält er von der vereinbarten Tantieme dieses Geschäftsjahrs einen Teil, der der Zeit der geleisteten Dienste entspricht.

3. GewG. Kiel 12. 7. 16, GewuKfmG. 21, 319. Da bei Lehrverträgen die Zahl der Arbeitsstunden nicht solche wesentliche Rolle spielt, wie bei anderen Lohnarbeiten, sofern immer noch eine geordnete Arbeitszeit aufrecht erhalten bleibt, kann eine Verminderung der Bezüge des Lehrlings gemäß § 323 Abs. 1 nicht eintreten, wenn durch Verordnungen der Militärbehörden die Arbeitszeit verkürzt ist.

IV. Über österreichisches Recht: Grünberg, Die neue Gestaltung des allgemeinen Dienstvertragsrechts in Österreich, GewuKfmG. 21, 257.

§ 615.

1. **RG.** 30. 6. 16, R. 16, Nr. 1462, WarnE. 16, 351. Haben die Parteien vereinbart, daß der Dienstberechtigte die Dienste des Dienstverpflichteten in Zukunft nicht mehr in Anspruch nehmen, ihm aber das Gehalt weiter zahlen soll, so ist für die Anwendung der §§ 615 Satz 1, 323 kein Raum. Denn durch die Vereinbarung, durch die der Dienstberechtigte endgültig sich des Anspruchs auf die Dienstleistung begeben hat, während das Versprechen der Gehaltsfortzahlung sich als Zusage einer Entschädigung wegen Aufhebung des Dienstvertrags darstellt, hat der Dienstvertrag seine Erledigung gefunden, und an seine Stelle ist ein einseitiges Schuldverhältnis getreten, kraft dessen nur noch der frühere Dienstverpflichtete Ansprüche erheben kann. Dessen Anspruch auf das Gehalt ist deshalb nicht davon abhängig, daß er sich dem Dienstberechtigten zur Verfügung hält; er erlischt auch nicht, wenn der Dienstverpflichtete zum Heere einberufen wird.

2. a) **RG.** 16. 11. 15, WarnE. 16, 47. § 615 Satz 2 findet auf das Dienstverhältnis eines Kommunalbeamten keine Anwendung.

b) **RG.** 11. 2. 16, LeipzZ. 16, 879. Dem lediglich dem öffentlichen Recht unterstehenden Anspruche des vom Amte suspendierten Beamten auf Zahlung seines Gehalts gegenüber kommt der zivilrechtliche Gesichtspunkt der Anrechnung nach § 615 Satz 2 nicht in Betracht.

§ 616.

I. GewG. Nürnberg 15. 5. 16, GewuKfmG. 21, 270. Der erkrankte Dienstpflichtige hat Anspruch auf Vergütung für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit, gleichviel, ob er kürzere oder längere Zeit an der Dienstleistung verhindert ist. Von Ausnahmefällen abgesehen, ist bei Verträgen auf unbestimmte Zeit die Kündigungsfrist als „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" im Sinne des § 616 anzusehen.

II. 1. Hamburg 9. 6. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 216, SeuffA. 71, 403. Der Anspruch auf Gehalt steht dem Handlungsgehilfen nur im Falle der Leistung der übernommenen Dienste zu. Der Umstand, daß er in Veranlassung seiner Dienstleistung, nämlich infolge seines vertraglichen Aufenthalts in Indien, nach dem Kriegsausbruch interniert worden ist, steht der Abhängigkeit des Gehaltsbezugs von der Leistung der Dienste nicht entgegen.

2. Dresden 22. 2. 16, LeipzZ. 16, 968. Das Vorstandsmitglied eines Versicherungsvereins verliert seinen Anspruch auf Gehalt dadurch, daß es infolge Einberufung zum Heer verhindert ist, seine Dienste zu leisten (§ 323 Abs. 1). Eine Zeit von fünf Monaten ist nicht eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit im Sinne des § 616.

3. Colmar 22. 11. 15, BauersZ. 23, 211, ElsLothJZ. 16, 3, JW. 16, 212, LeipzZ. 16, 261, OLG. 32, 94, R. 16, 143. Für die Frage nach der Anwendbarkeit des § 616 Satz 1 ist nicht lediglich die Dauer und deren Verhältnis zur Vertragszeit entscheidend, sondern es kommen die besonderen Umstände in Betracht, die für den Wert der Dienste gerade in der Zeit der Verhinderung maßgebend waren. Ist ein Angestellter zu Beginn des Kriegs nur während einer Zeit zum Heere eingezogen gewesen, in der der Betrieb des Geschäftsherrn infolge des Kriegs fast völlig stillgelegen hat, dann geht er seines Anspruchs auf die Vergütung nicht verlustig.

III. Colmar 22. 11. 15, BauersZ. 23, 211, ElsLothJZ. 16, 3, JW. 16, 213, LeipzZ. 16, 213. Der für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit zum Heere eingezogene Dienstverpflichtete braucht sich den Wert des von der Heeresverwaltung gewährten Unterhalts nicht anrechnen zu lassen.

IV. GewG. Berlin 23. 11. 14, GewuKfmG. 21, 293. Die Frage, ob ein Arbeitnehmer auch dann Weiterzahlung seines Lohnes für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit beanspruchen kann, wenn die Dauer der Verhinderung den Zeitraum einer verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit übersteigt, ist zu bejahen.

§ 618.

I. 1. **RG.** 24. 3. 16, R. 16, Nr. 928, WarnE. 16, 158. § 618 legt dem Dienstherrn die Pflicht auf, die Beschaffenheit der Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften auf ihre Gefährlichkeit für Leben und Gesundheit der Dienstverpflichteten zu prüfen, auch wenn diese keine Beschwerde erheben, und die erkennbaren Mängel zu beseitigen. Er bezweckt, die Dienstverpflichteten auch vor den Nachteilen zu schützen, die aus ihrer Gewöhnung an die Gefahren, aus ihrer Abstumpfung gegen diese erwachsen können.

2. **RG.** 2. 7. 15, R. 16, Nr. 407. Bestellt der Dienstberechtigte den im Keller arbeitenden Dienstverpflichteten zum Abholen des Lohnes in seine Wohnung, dann ist er verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Dienstverpflichtete über den von ihm einzuschlagenden Weg und über die Gefahr, die ihm beim Begehen der Treppe in der Dunkelheit droht, genau unterrichtet werde. Beauftragt er das Dienstmädchen, den Dienstberechtigten zum Erscheinen bei ihm zu veranlassen, dann überträgt er auf dies die ihm obliegende Verpflichtung, und er haftet dann für das das Dienstmädchen bei Ausführung des Auftrags treffende Verschulden.

3. **RG.** 30. 11. 15, LeipzZ. 16, 752, R. 16, Nr. 46. Verlangt der Dienstherr von dem Angestellten bei der Dienstleistung Verwendung eines Mittels, das unter Umständen eine Beschädigung des Körpers des Angestellten zur Folge haben kann, — „Spülowit“, das für verletzte Hautstellen eine schädliche und schwer heilende Wirkung hat —, dann hat er die Pflicht, den Angestellten darüber zu belehren, wie er ohne Schädigung seines Körpers von dem Mittel Gebrauch machen kann, und ihn auf die bei dem Gebrauch ihm drohenden Gefahren aufmerksam zu machen. Ist ihm die Beschaffenheit des Mittels und dessen Wirkung nicht bekannt, dann hat er sich hierüber zu erkundigen. Von diesen seinen Verbindlichkeiten wird er nicht dadurch frei, daß das Mittel in seinem Betriebe wiederholt ohne Nachteil benutzt worden ist, und sein Verschulden wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß es allgemein bekannt ist, daß Hautverletzungen schonend behandelt werden müssen, zumal

kleine Verletzungen, insbesondere von jugendlichen Personen, häufig nicht beachtet werden. Das Verschulden ist um so größer, wenn er in Kenntnis der Hautverletzung des Angestellten Gebrauch des Mittels verlangt oder diesen Gebrauch duldet.

4. **RG.** 24. 3. 16, R. 16, Nr. 929, WarnE. 16, 159. Zu den dem Gastwirt gegenüber einem Angestellten, der Bierfässer aus dem Keller heraufzuschaffen hat, nach § 618 obliegenden Pflichten gehört auch die zur Beleuchtung der Kellertreppe. Ist die Treppe infolge Ausschüttens einer Flüssigkeit schlüpfrig geworden, dann hat er sie nicht nur reinigen zu lassen, sondern muß sich nach Ausführung dieser Arbeit auch davon überzeugen, daß das Betreten der Treppe keine Gefahr mehr bietet.

5. Königsberg 19. 11. 14, DJZ. 16, 828. Eine Theaterdekoration ist eine Gerätschaft, die der Theaterdirektor nach § 618 in verkehrssicherem Zustande zu erhalten hat.

6. Hamburg 22. 10. 15, HansGZ. 16, Bbl. 22, R. 16, Nr. 45. Wer durch eine Reinemachefrau die Fenster reinigen läßt, hat ihr die erforderlichen Schutzvorrichtungen zur Verfügung zu halten und sie zur Benutzung derselben aufzufordern.

7. Darmstadt 14. 7. 15, HessRspr. 17, 50. Für die Entschädigungspflicht des Dienstherrn wird ein Verschulden auf seiner Seite vorausgesetzt. Dies ist von dem Dienstverpflichteten darzulegen. Dieser hat nachzuweisen, welche Schutzmaßregeln erforderlich gewesen wären, der Dienstberechtigte dagegen darzutun, daß er diese Maßregeln getroffen hat, oder daß die Unterlassung auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande beruht.

8. Hamburg 12. 7. 16, HansGZ. 16, Bbl. 301. Der Staat hat dem Zollbeamten gegenüber nicht nur die Verpflichtung zur Gestellung einer Barkasse und des Bedienungspersonals, sondern er ist verpflichtet, ihn sicher auf seinen Dienstfahrten befördern zu lassen. Über eine Haftung nach § 618 BGB. hinaus haftet er also auch für schuldhaftes Verhalten der Bedienungsmannschaft nach § 278 BGB. (nicht etwa § 831).

II. Dresden 13. 7. 15, SächsRpflA. 16, 303. § 618 kann auch beim Werkvertrag entsprechend anwendbar sein. Bildet die Überlassung von Geräten durch den Besteller an den Unternehmer einen Bestandteil des Werkvertrags, dann hat der Besteller die Überlassung der Geräte so zu regeln, daß Leben und Gesundheit des Unternehmers in dem Maße geschützt sind, als die Natur der Vertragsleistung es zuläßt (**RG.** 80, 27). (Vgl. § 631 III.)

III. **RG.** 2. 6. 16, LeipzZ. 16, 1102. Auf das Beamtenverhältnis ist § 618 oder vielmehr der darin zum Ausdruck gekommene Gedanke anwendbar als eine aus dem Wesen dieses Verhältnisses sich ergebende Vorschrift des öffentlichen Rechts. Die Schutzpflicht des Staats gegenüber seinen Beamten ist nicht eine privatrechtliche, sondern eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung.

IV. BayObLG. 23. 4. 15, betr. Anwendbarkeit des § 618 auf das Verhältnis zwischen dem Benefiziaten und der Benefiziumsstiftung — JDR. 14, 1, 2 und 8 zu § 618 — abgedruckt auch: BayObLG. 16, A 74.

§ 620.

I. **RG.** 26. 5. 16, R. 16, Nr. 1285. Wenn ein Erfinder sein Geschäft mit allen Rechten verkauft, von dem Käufer in dessen Geschäft angestellt wird und ihm wertvolle, von ihm herrührende und geheimgehaltene Erfindungen offenbart, dann hängt die Ermittlung des Vertragswillens hinsichtlich der Dauer des Dienstvertrags in erster Linie von der Beantwortung der Frage ab, ob durch die Ausübung des von dem Geschäftsherrn beanspruchten Kündigungsrechts etwa der Erfolg erzielt wird, daß der Geschäftsherr aller Vertragspflichten ledig wird, aber im Genusse der ihm mitgeteilten Verfahren bleibt: ein Ergebnis, das von den Parteien schwerlich gewollt und deshalb unannehmbar ist.

II. Kriegsrecht.

1. Stuttgart 27. 4. 16, R. 16, 401. Wird ein Buchhalter ausgesprochenermaßen zur Vertretung des durch Einberufung zum Heere verhinderten bisherigen Buchhalters „über

Kriegsdauer" angestellt, so wird dadurch die Kündigung des Dienstverhältnisses während des Kriegs unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist nicht ausgeschlossen. Eine bestimmte Dauer des Dienstverhältnisses ist nicht vereinbart; die Dauer des Kriegs ist und war für die Beteiligten zur Zeit des Vertragsschlusses so ungewiß, daß sie keine Grundlage für eine feste Zeitbestimmung bilden kann. Mit den Worten „über Kriegsdauer" ist nur gesagt, daß in Aussicht genommen werde, das Dienstverhältnis werde bis zur Beendigung des Kriegs dauern, und daß der Angestellte wegen des Wiedereintritts des früheren Buchhalters nicht auf eine längere Dauer rechnen könne.

2. a) Dresden 13. 1. 16, SächsRpflA. 16, 444. Hat der Angestellte mit dem Dienstherrn, der vorher angeboten hatte, er wolle seine Angestellten während des Kriegs durchhalten, die Vereinbarung getroffen, das Gehalt solle während des Kriegs um eine bestimmte Summe herabgesetzt werden, dann kann er nicht Nachzahlung des gekürzten Gehalts verlangen, wenn das Dienstverhältnis infolge Kündigung noch während des Kriegs sein Ende erreicht. Weder der Wortlaut der Vereinbarung noch die begleitenden Umstände, insbesondere das erwähnte Anerbieten des Dienstherrn, gewähren irgend einen Anhalt dafür, daß die Herabsetzung des Gehalts nur dann Geltung haben solle, wenn der Dienstherr bis zur Beendigung des Kriegs nicht kündige, daß sie von der Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Kriegsende abhängig sein solle. Als Gegenleistung für die Herabsetzung hat der Dienstherr den Vorteil eingeräumt, daß er auf das Recht der Kündigung vor Beendigung des Kriegs verzichtete.

b) GewG. Berlin 2. 2. 15, DJZ. 16, 148. Wenn der Arbeitgeber nach Kriegsausbruch geäußert hat, er beabsichtige während der Kriegsdauer das Personal zu halten, so ist darin nicht die Übernahme einer rechtsverbindlichen Erklärung zu sehen, sondern eine allgemeine Redewendung, wie sie der Stimmung jener ersten aufgeregten Kriegstage entspricht.

3. LG. I Berlin 21. 1. 16, JW. 16, 1433. Wenn der Geschäftsherr dem im Felde befindlichen kaufmännischen Angestellten sein Gehalt oder einen Teil des Gehalts weiterzahlt, dann liegt eine Leistung aus dem Dienstvertrage, nicht eine freiwillige, rein liberale Zuwendung vor. Der Umstand, daß der Angestellte während des Kriegs seine vertraglich übernommenen Dienste nicht leisten kann, daß also eine Leistung des Dienstherrn ohne zeitweilige Gegenleistung vorliegt, steht der Annahme nicht entgegen, daß der Dienstvertrag weiter läuft und die gezahlte Vergütung als solche aus dem Dienstvertrag anzusehen ist. Die Sache ist nicht anders zu beurteilen, als wenn der Dienstherr dem Angestellten in der Absicht späterer Fortsetzung des Dienstvertrags bei einer über sechs Wochen dauernden Krankheit oder sonstigen unverschuldeten Verhinderung das Gehalt weiterzahlt. Auch hier wird das Gehalt nicht dadurch zum Geschenk, daß der Angestellte zeitweilig keinen Dienst tut und der Dienstherr berechtigt gewesen wäre, ihm nach § 63 HGB., § 323 Abs. 1 BGB. eine Gehaltszahlung zu verweigern.

4. GewG. Berlin-Schöneberg 4. 10. 16, GewuKfmG. 22, 49. Der Arbeitgeber übernimmt durch Einreichung eines Gesuchs bei der Militärbehörde, den Arbeiter vom Militärdienst zu befreien, nicht die Verpflichtung, den Arbeiter während des Zeitraums zu beschäftigen, für den die Militärbehörde dem Gesuche stattgibt, und zwar um so weniger, wenn er in dem Gesuche nicht einmal Befreiung für einen bestimmten Zeitraum verlangt hat.

§ 624.

1. Dresden 9. 7. 14, SächsOLG. 37, 280. Wenn der Dienstherr das Vertragsverhältnis des Architekten gekündigt hat, ist es erloschen. Er kann dann nicht durch die einseitige Aufforderung an den Architekten, weiter zu bauen, dessen Verpflichtung für die Zukunft wieder herstellen.

2. **RG.** 18. 10. 15, R. 16, Nr. 47. Bei einem Abkommen, durch das bei fortgesetzter Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte einen Dritten auf Lebenszeit an der Verwaltung des Gesamtguts beteiligt, und das ebensowenig ein Dienst- wie ein Auftrags-

verhältnis zwischen den Parteien, vielmehr ein Vertragsverhältnis eigener Art begründet hat, kann auch eine nur entsprechende Anwendbarkeit des § 624 oder ähnlicher Vorschriften des BGB. in dem Sinne, daß der überlebende Ehegatte jederzeit und selbst ohne einen wichtigen Grund kündigen könnte, nicht in Frage kommen.

§ 626.

I. 1. **RG.** 3. 12. 15, WarnE. 16, 80. Der Begriff „wichtiger Grund" ist ein Rechtsbegriff, und es unterliegt der Nachprüfung des Revisionsgerichts, ob dieser Begriff verkannt ist.

2. **RG.** 30. 11. 15, GewuKfmG. 21, 179, JW. 16, 261. Für die Beurteilung des Dienstverhältnisses ist es nicht gleichgültig, auf welchem Vertragsboden es gewachsen ist; aus der Tatsache seines Zusammenhangs mit dem Vertrage, durch welchen der jetzige Dienstverpflichtete das Geschäft, in dem er jetzt tätig ist, dem Dienstberechtigten veräußert hat, können sich Besonderheiten ergeben, die auf die Entscheidung der Frage Einfluß gewinnen, aus welchen Gründen eine Auflösung des Dienstverhältnisses verlangt werden kann. (Vgl. § 620 I.)

3. **RG.** 22. 2. 16; 88, 127, R. 16, Nr. 664. Zur Rechtfertigung der Entlassung eines Dienstverpflichteten können in dem Rechtsstreit auch solche Tatsachen verwertet werden, die dem Dienstherrn erst nach der Entlassung bekannt geworden sind, und sogar auch solche, die sich erst nach der Entlassung ereignet haben (**RG.** 32, 250).

4. a) **RG.** 6. 10. 16, BayRpflZ. 16, 388, WarnE. 16, 478. Die Kündigung aus wichtigen Gründen kann im voraus nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden (**RG.** 69, 365; 75, 234).

b) Dresden 23. 3. 15, SächsOLG. 37, 125. Die Vereinbarung, wonach nur einzelne, vertragsmäßig festgesetzte Gründe die Auflösung des Dienstverhältnisses rechtfertigen sollen, hat nicht die Wirkung, daß die fristlose Kündigung aus anderen wichtigen Gründen ausgeschlossen ist (**RG.** 69, 365, WarnE. 11, 187, LeipzZ. 13, 295).

5. München 19. 6. 14, OLG. 32, 111. Der als alleiniger Vorstand einer Aktiengesellschaft Angestellte hat einen wichtigen Grund zur Kündigung des Dienstverhältnisses, wenn noch eine zweite Person in den Vorstand berufen wird mit dem Rechte, die Gesellschaft allein zu vertreten, während der bisherige alleinige Vorstand fortan nur zusammen mit dem zweiten Vorstandsmitgliede oder mit einem Prokuristen soll zeichnen dürfen.

6. Dresden 9. 12. 15, SächsOLG. 37, 310. Die unzulässige Zurückhaltung von Aufträgen durch den Vermittlungsagenten gibt für den Geschäftsherrn keinen Grund zur fristlosen Kündigung ab, wenn sie durch grobvertragswidriges Verhalten des Geschäftsherrn veranlaßt worden ist, und der Betrag der zurückbehaltenen Beträge im Verhältnisse zum Jahresumsatze nicht hoch erscheint.

7. München 11. 10. 15, SeuffA. 71, 62. Darin, daß die Mitglieder einer zu allabendlichen Vorträgen in einer Gastwirtschaft angenommenen Musikkapelle an einem Abend fortgehen, weil die Wirtschaft so schlecht besucht ist, daß für sie an jenem Abend nur ein äußerst geringer Verdienst zu erwarten ist, und sie von einem anderen Wirte dringend eingeladen sind, bei ihm zu spielen, liegt ein Grund zur fristlosen Kündigung für den dienstberechtigten Gastwirt nicht.

8. **RG.** 22. 2. 16; 88, 127, HoldheimsMSchr. 16, 113, R. 16, Nr. 663. Der Dienstverpflichtete, der seine Entlassung als unbegründet ansieht, ist befugt, seine Dienste, nachdem er sie seinem bisherigen Dienstherrn vergeblich zur Verfügung gestellt hat, anderweit zu verwerten, und zwar auch in einem mit dem Dienstherrn im Wettbewerb stehenden Geschäfte, soweit nicht ein auch für diesen Fall wirksames Wettbewerbsverbot entgegensteht. Er darf jedoch nicht die ihm für seinen bisherigen Dienstherrn erteilten Kundenaufträge für seine Rechnung oder für Rechnung seines neuen Dienstherrn ausführen.

9. Frankfurt a. M. 16. 12. 14 — JDR. 14, § 626 I 1d —, betr. Kündigung eines Reklamevertrags zwischen dem Inhaber eines Zigarrenladens und einer Zigaretten-

fabrik wegen deren Abhängigkeit von dem englisch-amerikanischen Tabakstrust, ist abgedruckt auch: FrankfRdsch. 49, 162, OLG. 32, 289.

10. Kleeis, GewuKfmG. 21, 98. Der § 626 ist im gewerblichen Arbeitsverhältnis nicht anwendbar; er wird durch § 124a GewO. ausgeschlossen.

11. Hamburg 18. 5. 16, R. 16, 460. Die in den §§ 323ff. enthaltenen Bestimmungen über den Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung finden grundsätzlich auch auf Dienstverträge Anwendung, wenn in den meisten Fällen auch § 626 genügen wird, um die Lösung eines Dienstvertrags wegen Unmöglichkeit herbeizuführen.

12. Lazar, Die Vorbereitung zu einer Leistung. Königsberg 1916. Liegt bei einer Kündigung aus § 626 vor Antritt der Dienste der wichtige Grund in objektiven, nur das Interesse des Gläubigers berührenden Umständen oder in solchen, die der Kündigende selbst herbeigeführt hat, so ist eine Vergütung für die Vorbereitungen des Schuldners erforderlich (75, 76).

II. Kriegsrecht.

1. a) **RG.** 30. 11. 15; 87, 349, DJZ. 16, 337, GewuKfmG. 21, 179, JW. 16, 261, LeipzZ. 16, 160, R. 16, 20. Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung liegt nicht schon dann vor, wenn die unter Einwirkung des Kriegs entstandene wirtschaftliche Lage den Betrieb, für den der Dienstverpflichtete tätig zu sein hat, nicht mehr lohnend erscheinen läßt, ja selbst dann nicht, wenn aus diesem Grunde der Dienstberechtigte sich zur Einstellung des Betriebs entschließt, sondern nur dann, wenn die Weiterführung des Betriebs mit Rücksicht auf die Folgezustände des Kriegs unmöglich erscheint. Diese Unmöglichkeit ist schon dann gegeben, wenn nach den tatsächlichen Verhältnissen vernünftigerweise und nach Treu und Glauben dem Dienstberechtigten die Weiterführung unter keinen Umständen zugemutet werden kann. Vgl. hierzu auch **RG.**, BauersZ. 23, 86.

b) **RG.** 11. 1. 16, LeipzZ. 16, 401, R. 16, 143, WarnE. 16, 62 im wesentlichen wie zu a.

c) **RG.** 11. 1. 16, LeipzZ. 16, 401, WarnE. 16, 62. Daß der Dienstberechtigte infolge des Kriegs nicht genügende Beschäftigung für seine Angestellten hat, berechtigt ihn nicht zur fristlosen Kündigung.

d) **RG.** 11. 1. 16, BauersZ. 23, 149, GewuKfmG. 21, 181, LeipzZ. 16, 401, SeuffA. 71, 288, WarnE. 16, 62. Eine einen wichtigen Kündigungsgrund darstellende Unmöglichkeit, den kaufmännischen Angestellten zu beschäftigen, liegt nicht vor, wenn dieser auch schon vor dem Krieg nicht nur die englischen, französischen und belgischen, sondern auch die deutschen Geschäfte bearbeitet hat, nur die Hälfte der Zeit auf Reisen und in der übrigen im Bureau tätig gewesen, kaufmännisch vorgebildet, zum Abschlusse von Inlandsgeschäften imstande und in seiner vertragsmäßigen Stellung auch für die Bearbeitung von Inlandsgeschäften geeignet und bestimmt gewesen ist.

e) Colmar 22. 11. 15, ElsLothZ. 16, 3, JW. 16, 212, LeipzZ. 16, 261. Beeinträchtigungen des Gewerbebetriebs, die auf den allgemeinen Folgen des Kriegs für die deutsche Wirtschaft beruhen, berechtigten den Dienstberechtigten nicht zur fristlosen Kündigung.

f) Dresden 23. 3. 15, SächsOLG. 37, 125. Die Stillegung seines Betriebs nach Kriegsausbruch gibt dem Unternehmer, wenn sie von dem eigenen, wenn auch wirtschaftlich noch so gerechtfertigten Willensentschluß des Unternehmers abhängt, noch kein Recht zur fristlosen Kündigung. Nur dann, wenn ihm die Fortsetzung des Betriebs durch außerhalb seines Willens liegende Ereignisse, wie feindliche Einfälle, Inbrandsetzung oder durch militärische Anordnungen, unmöglich gemacht wird, ist für ihn das Recht zur fristlosen Kündigung infolge des Kriegs gegeben.

2. **RG.** 30. 6. 16, WarnE. 16, 351. Haben die Parteien vereinbart, daß der Dienstberechtigte die Dienste des Dienstverpflichteten nicht mehr in Anspruch nehmen, ihm aber das Gehalt weiter zahlen soll, dann kann keine Rede davon sein, daß der Dienstverpflichtete

sich einer gröblichen Täuschung schuldig gemacht und damit einen ausreichenden Grund zu seiner Entlassung gegeben habe, wenn er es unterläßt, von seiner militärischen Einziehung während der Vertragsdauer dem Dienstberechtigten Mitteilung zu machen.

3. Frankfurt a. M. 14. 2. 16, FrankfRdsch. 50, 16. Der Umstand, daß der Geschäftsführer einer GmbH., der vertraglich zu einer persönlichen Ausübung der Pflichten eines Geschäftsführers nicht verpflichtet ist, als Engländer infolge des Kriegs zwangsweise in Ruhleben seinen Aufenthalt nehmen muß, gibt keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung ab. Dagegen ist die Entlassung aus dem Grunde gerechtfertigt, weil bei der nach Kriegsausbruch auch im deutschen Volke weitverbreiteten feindlichen Stimmung gegen die im Inlande befindlichen Engländer und englische geschäftliche Unternehmungen die Gesellschaft mit Beeinträchtigungen in ihrem Geschäftsbetriebe von seiten ihrer Lieferanten und Kunden rechnen durfte, wenn sie einen Engländer ferner noch in der Leitung des Geschäfts beließ.

4. Rostock 8. 7. 15 — IDR. 14, II 6c zu § 626 —, betr. Entlassung des Direktors eines Technikums bei Ausbruch des Kriegs —, abgedruckt auch: MecklZ. 34, 181, OLG. 32, 318, R. 16, 402.

5. Jena 1. 11. 15, OLG. 32, 318 Anm., R. 16, 402, ThürBl. 63, 59. Durch den Kriegsausbruch wird die fristlose Kündigung eines Konzertvertrags nicht gerechtfertigt.

6. KreisGewG. Moers, Spruchkammer Friemersheim, 12. 4. 16, GewuKfmG. 21, 235. Der Dienstherr hat keinen wichtigen Grund zur Entlassung, wenn der Schmiedegeselle sich weigert, als Zuschläger mit einem französischen Gefangenen, der auch gelernter Schmied ist, zusammenzuarbeiten. Ein derartiges Arbeiten in untergeordneter Stellung unter dem feindlichen Gefangenen widerstrebt dem nationalen Empfinden eines jungen Deutschen und kann ihm nicht zugemutet werden.

7. LG. Osnabrück, NaumburgAK. 16, 35. Ein wichtiger Grund zur Kündigung eines Schülerpensionsvertrags ist gegeben, wenn der Schüler infolge des Kriegs die Notabiturientenprüfung besteht und in das Heer eintritt.

8. Horrwitz, Deutsche Prinzipale und feindliche Angestellte, IW. 16, 235, hält — namentlich gegenüber Dove IW. 15, 894 — an seiner früher — DIR. 14, 1334 — geäußerten Ansicht fest, daß im gegenwärtigen Krieg der deutsche Dienstherr den feindlichen Angestellten lediglich auf Grund seiner Zugehörigkeit zum feindlichen Auslande im Zweifel ohne weiteres entlassen kann. Hierzu: Harder, IW. 16, 902, Hackenberger, IW. 16, 1032.

III. Über die Aufrechterhaltung der privaten Dienstverhältnisse während des Kriegs in Österreich auf Grund der VO. v. 29. 2. 16: Mayer, DIZ. 16, 384.

§ 630.

1. Celle 7. 10. 16, IW. 16, 1430. Der Vorschrift, daß aus dem Zeugnis das Dienstverhältnis hervorgehen soll, ist nicht genügt, wenn nur bescheinigt ist, daß der Dienstverpflichtete als Architekt beschäftigt war. Da dieser als Architekt Verrichtungen verschiedener Art gehabt haben kann, muß das Zeugnis diesen verschiedenen Möglichkeiten Rechnung tragen und sich darüber aussprechen, welche Beschäftigung dem Dienstverpflichteten obgelegen hat.

2. a) **RG.** 7. 1. 16; 87, 440, GewuKfmG. 21, 240, HoldheimsMSchr. 16, 115, IW. 16, 590, LeipzZ. 16, 350, R. 16, Nr. 426. Dem Handlungsagenten steht ein Recht auf ein Dienstzeugnis nicht zu. § 630 bezieht sich nur auf solche Dienstverhältnisse, bei denen der Dienstberechtigte über Zeit und Arbeitskraft des Dienstpflichtigen unmittelbar verfügt, und die infolgedessen eine persönliche Abhängigkeit und Unterordnung begründen. Der Agent steht aber dem Geschäftsherrn als selbständiger Kaufmann persönlich unabhängig gegenüber. Deshalb ist § 630 auf das Agenturverhältnis nicht anwendbar, wenn auch im einzelnen Falle Bestimmungen vereinbart worden sind, die die Stellung des Agenten der eines Handlungsgehilfen ähnlich erscheinen lassen.

b) Dresden 11. 5, 15, BauersZ. 23, 142. Die Entscheidung, ob dem Handlungsagenten ein Dienstzeugnis erteilt werden muß, kann nur nach den Umständen des einzelnen Falls getroffen werden. Ist ein Abhängigkeitsverhältnis des Agenten begründet, muß er insbesondere nach dem Vertrag ausschließlich für den Geschäftsherrn tätig sein, dann kommt seine Stellung der eines Handlungsgehilfen so nahe, daß ihm ein Anspruch auf ein Zeugnis zuzuerkennen ist.

Siebenter Titel. Werkvertrag.

Schrifttum: Fischer, Die Vorarbeiten eines Bauwerks und allgemeine Rechtsfragen des Hausbaus. Hannover 1915. — Hausmeister, Über die Verbindlichkeit von Straßenbahn-Transport-Reglements für die Fahrgäste. RheinZ. 8, 127 ff.

§ 631.

I. 1. **RG.** 19. 9. 16, R. 16, Nr. 1873. Ist nicht für eine Arbeitstätigkeit als solche, sondern nur für deren bezwecktes Ergebnis — Freilegen von Kohlenfeldern — die Vergütung zugesagt, so liegt Werkvertrag auch dann vor, wenn die Verpflichtung zur Herbeiführung des Ergebnisses nur für bestimmte Zeit und an einem von dem anderen Teil noch zu bezeichnenden Gegenstand übernommen ist.

2. Werk- oder Dienstvertrag: siehe § 611 I 1.

II. 1. a) Kiel 15. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 124. Vorarbeiten, die nach Umfang und Wert weit über den Rahmen eines Angebotsmittels hinausgehen, müssen als Erzeugnisse zielbewußter menschlicher Schaffenskraft auch bei Nichtannahme des Ausführungsangebots unter Umständen eine Entlohnung finden. Das gilt auch von den von dem Bauunternehmer hergestellten Bauplänen. Mag der Verfertiger aus Gründen des Wettbewerbs handeln, so darf der Bauherr doch nicht diese Beweggründe und ihr Ergebnis gar zu einseitig zu seinen Gunsten und zu Ungunsten der Arbeitskraft des anderen ausnutzen. Handelt es sich um umfangreiche, zeitraubende und sachdienliche Arbeiten, hat der Bauherr andere Personen mit der Angelegenheit nicht befaßt, dem Bauunternehmer, wenn er auch keinen festen Bauauftrag erteilt hat, doch durch sein Verhalten die Hoffnung auf Erteilung des Auftrags gemacht und später die Arbeiten durch Einreichung bei einer Behörde benutzt, dann ist er zur Zahlung eines Entgelts für die Baupläne verpflichtet. (Vgl. § 611 II 4.)

b) Colmar 17. 2. 15, ElsLothZ. 16, 97. Der Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, dem anderen auf dessen Grundstück eine Gewächshausanlage nebst Warmwasserheizung fix und fertig zu liefern und aufzustellen, ist ein reiner Werkvertrag, kein Werklieferungsvertrag.

c) **RG.** 28. 9. 15, JW. 16, 115, LeipzZ. 16, 321. Bei Vergebung von Arbeiten, insbesondere Tiefbauarbeiten, im Wege der öffentlichen Ausschreibung steht den Bewerbern ein Rechtsanspruch darauf nicht zu, daß die vergebende Stelle genaue Untersuchungen über alle bei der Ausführung des Werks zu erwartenden Verhältnisse vornimmt und lückenlose, jedes Risiko ausschließende Angaben hierüber macht. Von einer Nebenverpflichtung der ausschreibenden Behörde aus dem noch nicht abgeschlossenen Werkvertrag kann keine Rede sein.

2. Hausmeister, 127 ff. Das Verhalten bzw. die Willensbetätigung einer Partei wird — vorausgesetzt, daß zum Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts nur noch eine entsprechende Willenserklärung dieser Partei fehlt, — als solche aufgefaßt und damit der Vertrag insoweit als geschlossen angesehen, als Leistung und Gegenleistung fest miteinander verknüpft sind, sobald die andere Partei mit Zustimmung bzw. ohne Widerspruch des Vertragsgegners teilweise oder ganz voraus geleistet hat. Mit der Beförderung des Fahrgasts im Wagen einer Straßenbahn findet hiernach und, da andererseits eine besondere Einigung über Nebenbedingungen durch das Einsteigen allein nicht erzielt wird, eine Verständigung über die Essentialien eines Beförderungsvertrags statt, ohne daß das Transportreglement als solches zu dessen Bestandteil geworden wäre.

(129—140). Dieser Vertrag legt dem Benutzer als Hauptleistung die Bezahlung des Fahrpreises auf, dessen Höhe nach § 632 aus den von der Behörde vorgeschriebenen oder genehmigten Taxen zu ersehen ist (140), und als Nebenverbindlichkeit aus § 242 die Entgegennahme und Verwahrung bzw. Vorzeigung des Fahrscheins. Wird diese Nebenverbindlichkeit nicht erfüllt, dann kann der Unternehmer mit sofortiger Wirkung vom Vertrage zurücktreten und den Benutzer aus dem Wagen entfernen (142—146). Die nicht die Ausgabe und Kontrolle der Fahrscheine betreffenden Bestimmungen des Reglements sind, da ein sie als Vertragsstrafe festsetzender Vertrag nicht zustande gekommen ist, als einseitige Erklärungen der Transportanstalt unwirksam; ebenso sind sog. Schädigungstarife und andere willkürliche Regeln über die Höhe des für irgendwelche Schadenszufügung zu leistenden Schadensersatzes unbeachtlich (148).

3. a) **RG.** 18. 1. 16, JW. 16, 583, LeipzZ. 16, 1112, R. 16, Nr. 428, WarnE. 16, 77. Der Vertrag, durch den sich ein Unternehmer verpflichtet, gegen Vergütung für eine bestimmte Zeit gewisse Anschläge in den Straßenbahnwagen dauernd zum Aushang zu bringen, ist ein Werkvertrag oder steht dem Werkvertrag wenigstens so nahe, daß die für diesen geltenden Vorschriften auf ihn anzuwenden sind.

b) **RG.** 6. 10. 16, DJZ. 16, 1168, JW. 16, 1526, WarnE. 16, 440. Bei einem Werkvertrag, durch den sich der Unternehmer verpflichtet, Reklameplakate in den Straßenbahnwagen auszuhängen, besteht der herbeizuführende Erfolg darin, daß der Unternehmer das Aushängen der Plakate in der vereinbarten Anzahl in den Wagen zu veranlassen und dafür Sorge zu tragen hat, daß die Plakate für die Dauer des Vertrags ausgehängt bleiben. Dafür, daß der Besteller durch die Reklameplakate zu geschäftlichen Vorteilen gelangt, daß sie ihm Kunden zuführen, hat der Unternehmer nicht einzustehen. Deshalb wird mangels einer entgegenstehenden Vereinbarung das Vertragsverhältnis durch den Umstand, daß die Reklame sich nicht als wirksam erweist, nicht berührt, und es ist daher auf das Fortbestehen des Vertrags von keinem Einfluß, daß der Krieg auf den Vertrieb der Waren, für welche die Reklame gemacht werden soll, ungünstig einwirkt. Ein stillschweigender Vorbehalt gleicher Verhältnisse ist dann zu verneinen, wenn die wirtschaftliche Konjunktur nicht derart für einen Bestandteil des Vertrags zu erachten ist, daß von ihrer unveränderten Fortdauer das Bestehen des Vertrags abhängig gemacht ist.

4. a) Hamburg 2. 2. 14, OLG. 33, 199. Der Anzeigenvertrag verpflichtet den Verleger nur dazu, die Anzeige in seinem Blatte aufzunehmen. Er darf sie auch nicht so anbringen, daß sie unmöglich die beabsichtigte Wirkung ausüben kann, und keine Zusätze beifügen, die die beabsichtigte Wirkung ausschließen. Aber die Wirkung des Vertrags kann sich nur auf den Anzeigenteil erstrecken. Dafür zu sorgen, daß der Anzeigende nicht im redaktionellen Teil des Blattes bekämpft wird, ist er nicht verpflichtet.

b) KG. 4. 1. 15, 10. 5. 15, DJZ. 16, 820. Der mit einer Zeitschrift d. h. dem Verleger derselben abgeschlossene langfristige Anzeigenvertrag braucht von dem Besteller nicht aufrecht erhalten zu werden, wenn das Verlagsrecht auf eine andere Person übertragen wird. Ohne seine Zustimmung kann dem Besteller ein anderer Vertragsgegner nicht aufgedrängt werden. Der Übergang der Zeitschrift von einer bekannten Firma auf ein neugegründetes, auf eine Zeitschrift zugeschnittenes Unternehmen bedeutet eine so schwerwiegende Änderung der Grundlagen des Vertragsverhältnisses, daß dem Besteller die Fortsetzung des Vertrags nicht zuzumuten ist, und zwar auch dann, wenn die Zeitschrift in ihrer bisherigen Entwicklung keine Einbuße durch den Wechsel des Verlags erleidet, vielmehr in der äußeren Erscheinung verbessert und die Auflage nicht zurückgegangen ist. Ein angeblicher Handelsbrauch, daß beim Übergang der Zeitschrift auf einen anderen Verlag die laufenden Anzeigenverträge ohne weiteres auf den neuen Verleger übergehen, ändert hieran nichts. Zustimmend: **RG.** 22. 10. 15, DJZ. 16, 821 Anm. 1, OLG. 33, 246 Anm. 1.

c) KG. 18. 2. 15; 29. 4. 15; 7. 6. 15; 21. 6. 15, DJZ. 16, 245. Der Kriegsausbruch gibt kein Recht zum Rücktritt von langjährigen Anzeigenverträgen, insbesondere von

solchen auf dem Gebiete der Licht- und Straßenbahnreklame. Die wirtschaftlichen Verhältnisse haben sich in Deutschland nicht so grundlegend geändert, daß dem Besteller eine Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zugemutet werden könnte. Andererseits sind der Erfolg der Reklame, die Empfänglichkeit des Publikums dafür und allgemein die wirtschaftliche Konjunktur nicht in der Art Bestandteile des Vertragsverhältnisses, daß von ihrer unveränderten Fortdauer auch der Fortbestand des Vertrags abhängig wäre. Der Unternehmer hat für den Erfolg der Reklame nicht einzustehen. Die Frage, ob bei der Zeitungsanzeige der Wegfall der vertraglich zugesicherten oder sonst zu vertretenden Auflagehöhe oder Verbreitungsart eine Herabsetzung der Vergütung oder eine Unterbrechung oder Aufhebung des Vertrags herbeiführen könnte, ist hier nicht entschieden.

d) Rostock 17. 5. 15 — JDR. II 6 zu § 361 —, betr. unsittliche Anzeigen, abgedruckt auch: OLG. 32, 345.

III. 1. **RG.** 13. 4. 15, LeipzZ. 16, 162. Hat der Besteller des Werks nach dem Inhalte des Vertrags die Verpflichtung, die Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften zur Herstellung des Werks zu beschaffen, so hat er sie dem Unternehmer in solcher Weise zu gewähren, daß dessen Leben und Gesundheit, soweit es die Natur der Vertragsleistung zuläßt, geschützt sind (**RG.** 80, 27). (Vgl. § 618 II.)

2. **RG.** 26. 10. 15, LeipzZ. 16, 1485. Ist ein Werkvertrag über die Fertigung eines Architekturentwurfs geschlossen, und bietet dann der Besteller dem Unternehmer an, um die erforderliche gemeinschaftliche Besichtigung der Örtlichkeit am leichtesten zu erreichen, ein von ihm zu stellendes Automobil zu benutzen, und nimmt der Unternehmer dies Angebot an, dann wird nicht neben dem Werkvertrag noch ein besonderes Vertragsverhältnis eingegangen, sondern, weil der Besteller sich für eine Vertragsleistung des Unternehmers die ihm erwünschte Ausführung sichern will, werden die vertraglichen Beziehungen aus dem Werkvertrage dahin gestaltet, daß die Reise an Ort und Stelle von dem Unternehmer auf dem von dem Besteller gestellten Transportmittel auszuführen ist. Die Beförderung des Unternehmers an Ort und Stelle wird dadurch zu einer Vertragspflicht des Bestellers. Dieser haftet daher nach § 278 für das Verschulden des Automobilführers.

§ 633.

1. **RG.** 18. 1. 16, JW. 16, 583, WarnE. 16, 77. Hat ein Unternehmer statt 1000 Anschlägen, die er in den Straßenbahnwagen zum Aushang zu bringen hat, nur 890 ausgehängt, dann ist das von ihr herzustellende Werk fehlerhaft.

2. **RG.** 6. 10. 16, JW. 16, 1526, WarnE. 16, 440. Wenn bei einem auf das Aushängen von Reklameplakaten in den Straßenbahnwagen gerichteten Werkvertrage das Werk auch nicht in eine Mehrzahl einzelner, voneinander unabhängiger Leistungen zerfällt der Art, daß die Anbringung jedes Plakats ein Werk für sich darstellt, sondern es sich um eine einheitliche Werkleistung handelt, so kann doch wegen Nichtumlaufs einer großen Anzahl Plakate der Erfolg des Werkvertrags mangelhaft herbeigeführt sein, und daraus können sich Einwendungen des Bestellers gegen die geforderte Vergütung, insbesondere der Minderungseinwand, ergeben.

§ 634.

1. **RG.** 3. 11. 16, WarnE. 16, 499. Aus §§ 633—635 läßt sich ein Anspruch auf Beseitigung des ganzen gelieferten Werks und auf Neulieferung nicht herleiten (**RG.** 57, 275).

2. KG. 2. 6. 16, JW. 16, 1295, KGBl. 16, 78, LeipzZ. 16, 1141. Wandlung und Rücktritt sind bei einem Plakatreklamevertrag, der den Unternehmer zu einer einheitlichen Gesamtleistung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt verpflichtet, nach Ablauf dieses Zeitpunkts ausgeschlossen, da es rechtlich unmöglich ist, von einem Vertrage zurückzutreten, der schon abgelaufen ist. Dagegen darf der Besteller, wenn der Unternehmer nicht die vereinbarte Zahl Plakate ausgehängt hat, den Werklohn verhältnismäßig um so viel mindern, als weniger Plakate angebracht sind, als ausgemacht war.

3. a) Colmar 17. 2. 15, ElsLothJZ. 16, 97. In dem Bestreiten der die Nachbesserungs-

pflicht begründenden Tatsachen durch den Unternehmer liegt eine Weigerung, die Mängel zu beseitigen, die die Fristsetzung entbehrlich macht (vgl. **RG.** 64, 296).

b) **RG.** 18. 1. 16, JW. 16, 583, WarnE. 16, 77. Ein besonderes Interesse des Bestellers, das die Fristbestimmung erübrigt, liegt vor, wenn sich aus dem Werkvertrage ein besonderes Vertrauensverhältnis ergibt, — z. B. insofern, als sich der Besteller hinsichtlich der Erfüllung des Vertrags in besonders hohem Grade auf die Vertragstreue des Unternehmers verlassen muß —, und wenn der Unternehmer dies Vertrauen stark erschüttert hat.

§ 635.

Dörr, Zur Haftung des Unternehmers für Mängel des Werkes, R. 16, 100. Die Rechtsfolgen des § 635 sind dieselben, die sich aus den allgemeinen Bestimmungen des BGB. — §§ 160 Abs. 1, 249, 250, 251 — bei dem Vorliegen einer schuldhaften Beeinträchtigung des Rechts des Bestellers auf mangelfreie Herstellung des Werks durch den Unternehmer ergeben. Deshalb ist überall da, wo der Mangel des Werks auf einem von dem Unternehmer zu vertretenden Umstande beruht, eine schuldhafte Beeinträchtigung des Rechts auf mangelfreie Herstellung des Werks durch den Unternehmer gegeben. Im § 635 hat also eine positive Vertragsverletzung ihre Regelung gefunden; hier wird eine schuldhafte Handlung des Unternehmers gefordert, während es in § 633 Abs. 2 lediglich eines Mangels ohne jede Beziehung zu dem Verhalten des Unternehmers bedarf.

§ 636.

RG. 18. 1. 16, JW. 16, 583, LeipzZ. 16, 1112, WarnE. 16, 77. Bringt ein Unternehmer, der 1000 Anschläge in den Straßenbahnwagen auszuhängen hat, bis zu dem bestimmten Zeitpunkt nur 890 Anschläge zum Aushange, dann liegt eine nicht rechtzeitige Herstellung eines Teils des von ihm herzustellenden Werks vor.

§ 638.

1. **RG.** 3. 11. 16, WarnE. 16, 499. Unter Herstellung eines Bauwerks ist ebensowohl die Aufführung des Gebäudes im Ganzen, wie die Herstellung der einzelnen Bauteile und Bauglieder zu verstehen, insbesondere auch die Herstellung von Malerarbeiten, (**RG.** 57, 377). Deshalb ist auch die Herstellung eines Estrichs, der nach Erhärtung des in zwei Schichten auf die Fußböden aufgetragenen Korkestrichgemischs aus diesem entstanden ist, als die Herstellung einer unbeweglichen Sache, nämlich eines Bauwerks, anzusehen.

2. **RG.** 3. 12. 15, LeipzZ. 16, 1362, R. 16, Nr. 222. Schadensersatzansprüche gegen einen Baumeister wegen Verwendung frischen Holzes und nassen Lehms, sowie vorzeitiger Dielenauflage unterliegen der kurzen Verjährung des § 638. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist nicht da ausgeschlossen, wo ein dem Werk unmittelbar anhaftender Mangel auf eine Verletzung der Vertragspflicht bei Herstellung des Werks zurückzuführen ist.

3. **RG.** 3. 12. 15, R. 16, Nr. 223. Eigener Einzug und Vermieten der übrigen Räume kann als Abnahme des Baus angesehen werden, auch wenn noch kleine Nachbesserungen vorkommen.

4. Karlsruhe 19. 6. 15, BadRpr. 16, 117. Ein arglistiges Verschweigen eines Mangels durch den Unternehmer liegt nur dann vor, wenn ihm zur Zeit der Lieferung bekannt ist, daß das von ihm gelieferte Werk die besondere vertragsmäßige Beschaffenheit nicht besitzt.

5. **RG.** 5. 5. 16; 88, 223. Ist der Vertrag zwischen Rechtsanwalt und Auftraggeber ausnahmsweise ein Werkvertrag, dann verjährt der Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz in der Frist des § 638. § 32a RAO. greift hier nicht Platz.

§ 646.

KG. 2. 6. 16, JW. 16, 1295, KGBl. 16, 78, LeipzZ. 16, 1141. Bei einem Werkvertrag, durch den der Unternehmer es übernommen hat, eine gewisse Anzahl Reklameplakate in die Wagen der Straßenbahn auszuhängen, ist eine Abnahme ausgeschlossen,

da eine ausreichende Kontrolle durch den Besteller, der nicht nachprüfen konnte, ob die bestimmte Anzahl Plakate gleichzeitig angebracht, nicht möglich ist.

§ 649.

RG. 2. 6. 16, R. 16, Nr. 1286. Die Kündigung des Werkbestellers hat die Wirkung daß der Werkvertrag für die Zukunft aufgehoben wird, und nur für den Unternehmer der zu ermäßigende Anspruch auf die Vergütung bestehen bleibt, und zwar unabhängig von irgendwelcher seitens des Unternehmers zu bewirkenden Leistung (GruchotsBeitr. 51, 945, **RG.** 74, 197). Damit entfällt auch die dem Unternehmer nach dem Vertrage obliegende Lieferung des zu verarbeitenden Stoffes.

§ 651.

RG. 26. 10. 15; 87, 305, JW. 16, 185, NaumburgAK. 16, 32, R. 16, Nr. 44. § 651 Abs. 1 schließt zwar die Anwendung der §§ 477—79 aus. Er setzt aber an deren Stelle die Vorschriften über den Werkvertrag in den §§ 638, 639, und von diesen verweist § 639 Abs. 1 wiederum auf die §§ 477 Abs. 2 und 3, 478, 479, so daß diese entsprechend anzuwenden sind.

Achter Titel. Mäklervertrag.

§ 652.

1. **RG.** 28. 9. 15, BayerZ. 23, 107, LeipzZ. 16, 148. Es ist zulässig, daß dem Mäklerauftrage besondere Abreden hinzugefügt werden, die in der einen oder anderen Beziehung den Vertrag einem Dienst- oder Werkvertrage annähern; dadurch verliert der Vertrag noch nicht sein Wesen als Mäklervertrag. Dies gilt zumal dann, wenn die übernommen, Verpflichtung zum Tätigwerden sich auf vorbereitende Leistungen bezieht und beschränkt. Deshalb kann ein Vertrag, durch den der eine Teil von dem anderen den Auftrag erhälte die zur Gründung einer AG. notwendigen Vorarbeiten durchzuführen, ein Mäklervertrag sein.

2. **RG.** 10. 3. 16, GruchotsBeitr. 60, 666, JW. 16, 738, LeipzZ. 16, 1006, 1021, R. 16, Nr. 816, WarnE. 16, 160. „Vermittler" ist eine Mittelsperson, die durch Verhandeln mit beiden Teilen einen Vertrag zustande zu bringen versucht. Es genügt nicht, wenn er dem Auftraggeber mit Rat und Tat zur Seite steht, sondern er muß auch in eine Beziehung zu dem anderen Teile treten. Dabei braucht er sich nicht persönlich an den anderen Teil zu wenden, sondern kann sich der Hilfe anderer Personen bedienen, die in seinem oder auch im eigenen Namen handeln. Immer aber muß es der Vermittler sein, der persönlich oder durch andere eine Einwirkung ausübt.

3. Hamburg 18. 10. 15, R. 16, Nr. 49. Wird der Abschluß des vermittelten Vertrags bestritten, so ist es im Verhältnis zwischen Mäkler und Auftraggeber Sache des ersteren, den Abschluß nachzuweisen. Kann er das nicht und hat der Auftraggeber im Vertrauen auf die Richtigkeit der Schlußnote Aufwendungen gemacht, dann ist der Mäkler ersatzpflichtig. Daß er bei Ausstellung der unrichtigen Schlußnote schuldhaft gehandelt hat, ist so lange anzunehmen, wie er nicht nachweist, daß ein solches Verhalten nicht vorliegt.

4. Reichel, R. 16, 103. Der Nachweisungsmäkler, der seinen Auftraggeber auf einen Dritten zuerst aufmerksam gemacht hat, hat seinen Lohn verdient, wenn hinterher der Auftraggeber mit eben diesem Dritten abgeschlossen hat, mag dies auch erst geschehen sein, nachdem der Dritte zunächst abgelehnt hatte und erst infolge der Einwirkung eines anderen sich zum Vertragsschluß entschlossen hat.

5. a) **RG.** 22. 9. 16, JW. 16, 1475, R. 16, Nr. 1875. Zum Erwerb der Provisionsforderung des Mäklers ist nicht erforderlich, daß das tatsächlich abgeschlossene Geschäft vollständig mit dem angestrebten Geschäfte übereinstimmt; es genügt, wenn im wesentlichen derselbe wirtschaftliche Erfolg erzielt worden ist.

b) Hamburg 10. 11. 15, LeipzZ. 16, 628, OLG. 32, 310, R. 16, Nr. 21, SeuffA. 71, 194. Nach der in kaufmännischen Kreisen bestehenden Verkehrsauffassung hat der Mäkler

seine Vergütung mit dem Abschlusse eines rechtsverbindlichen, wenn auch auflösend bedingten Geschäfts im Zweifel endgültig verdient. Das gilt auch, wenn das Geschäft mit dem Vorbehalt des Ausfuhrverbots geschlossen ist.

c) Hamburg 27. 6. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 213, SeuffA. 71, 431. Die bestrittene Frage, ob bei Festsetzung einer auflösenden Bedingung der Anspruch auf Mäklerlohn immer gefordert werden könne, oder ob er mit dem Eintritt der Bedingung hinfällig werde, läßt sich überhaupt nicht in der Weise entscheiden, daß eine für alle Fälle gleichbleibende und maßgebliche Regel aufgestellt werden könnte, weil es im wesentlichen auf die begleitenden Umstände und insbesondere darauf ankommt, wie die gerade streitenden Teile selbst über den Mäklervertrag gedacht haben.

d) Hamburg 27. 6. 16, HansGZ. 16, 213, SeuffA. 71, 431. Nach der herrschenden Verkehrsanschauung ist der Mäklerlohn nicht verdient, wenn die Ausführung des ermittelten Geschäfts infolge eines Ausfuhrverbots unmöglich geworden ist.

6. a) Colmar 4. 5. 15, ElsLothJZ. 16, 251. Darin, daß der Auftraggeber dem Mäkler ein Gut zum Verkaufe „fest an die Hand gibt", liegt ein Verzicht auf die dem Mäklervertrage innewohnende freie Widerruflichkeit und die Übernahme der Verbindlichkeit, den Verkauf an einen ihm von dem Mäkler nicht zugeführten Käufer zu unterlassen. Daraus, daß diese Abrede unbefristet getroffen ist, folgt nicht ihre Unwirksamkeit, sondern es entscheidet über die Zeitspanne ihrer Bindung die Verkehrssitte. Schließt der Auftraggeber trotz dieser Abrede mit einem ihm von dem Mäkler nicht zugeführten Käufer ab, dann ist er dem Mäkler zum Ersatze des diesem entstandenen, seiner Höhe nach mit dem Mäklerlohn sich deckenden Schadens verpflichtet (JW. 05, 73; 11, 757, 758).

b) Hamm 14. 12. 15, OLG. 32, 154. Wird die Ware dem Mäkler „fest an die Hand" gegeben, dann wird diesem unter Ausschluß anderer und unter Verzicht auf Widerruf die Vermittlertätigkeit übertragen, ohne daß ihm aber für den Verkauf Vertretungsmacht erteilt wird.

7. a) **RG.** 7. 1. 16; 88, 1, JW. 16, 585, LeipzZ. 16, 399, R. 16, Nr. 426, 429. Der Vertrag zwischen Mäkler und Untermäkler ist weder Gesellschafts-, noch Dienst-, noch Werk-, noch Mäklervertrag, sondern ein Vertrag eigener Art, der unter Berücksichtigung seines Zwecks nach dem Grundsatze der §§ 157, 242 ausgelegt werden muß. Gewisse grundsätzliche Eigenheiten des Mäklervertrags müssen für den Inhalt des Untermäklervertrags bestimmend sein; z. B. gilt auch für ihn die freie Widerruflichkeit des „Auftrags". Der Mäkler braucht nicht die ihm vom Untermäkler gelieferten Unterlagen zum Nachweis oder zur Vermittlung zu verwenden; sein Wille bleibt für das Mäklergeschäft das Bestimmende; er braucht nicht nachzuweisen und zu vermitteln, nur damit der Untermäkler seinen Anteil an dem Mäklerlohne erhalte; er kann unter Umständen auf einen Teil des Lohns verzichten, ohne sich dem Untermäkler schadensersatzpflichtig zu machen. Doch darf er ihn nicht arglistig ausschalten und dadurch um den Lohn seiner Tätigkeit bringen.

b) Colmar 5. 5. 15, ElsLothJZ. 16, 251. Wenn der Mäkler sich eines Untervermittlers bedient und dies dem Auftraggeber bekannt ist, dann ist der ursächliche Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem von dem Untervermittler herbeigeführten Zustandekommen des Vertrags gegeben.

c) Über Vermittlung des Kaufs lebenden Wildes zur Blutauffrischung vgl. *Dickel, Forstzivilrecht 525 (mit statist. Mitteilungen).

§ 656.

KG. 28. 10. 15, KGBl. 16, 9. Durch § 656 Abs. 1 wird die Klagbarkeit eines Anspruchs auf Erstattung von Auslagen ausgeschlossen, die durch die Ehemäklertätigkeit entstanden sein sollen, gleichgültig, ob ihre Erstattung besonders zugesagt wurde, oder nicht. Dies gilt von Insertionskosten ebensogut, wie von anderen Auslagen.

Neunter Titel. Auslobung.

§ 657.

Vgl. *Klein, ÖstZBl. 34, 200.

Zehnter Titel. Auftrag.

§ 662.

KG. 26. 6. 16, BankA. 16, 33, KGBl. 16, 79. Jedem Scheck liegt ein Zahlungsauftrag des Ausstellers an die bezogene Stelle zugrunde. Dieser Auftrag im Sinne der §§ 662ff. bedarf zu seiner Rechtsverbindlichkeit keiner bestimmten Form. Seine Wirksamkeit wird auch nicht schon dadurch hinfällig, daß andere mit ihm verbundene rechtsgeschäftliche Willenserklärungen der Vertragsteile wegen Formmangels oder aus einem anderen Grunde nichtig sind. Zahlt daher die bezogene Bank auf Grund eines wegen Angabe des Ausstellungsorts ungültigen Schecks, dann ist sie infolge der Annahme des ihr erteilten Zahlungsauftrags auch berechtigt, das Konto des Ausstellers mit der gezahlten Summe zu belasten.

§ 666.

1. **RG.** 1. 11. 15, LeipzZ. 16, 1426. Der Beauftragte hat, auch wenn der Auftraggeber nicht auf Rechnungslegung, sondern auf Herausgabe des vom Beauftragten aus der Geschäftsführung Erlangten oder auf Schadensersatz wegen Nichtherausgabe klagt, seine Geschäftsführung aufzudecken.

2. **RG.** 28. 6. 15; 87, 100/107. Liegt der Überlassung des Stammes des Vorbehaltsguts an den Ehemann zur Verwaltung, wie es die Regel ist, ein Auftrag zugrunde, dann trifft den Mann die in § 666 bestimmte Auskunftspflicht.

§ 667.

BauersZ. 23, 217. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft, der sich durch Versprechen von Provisionen durch einen Kunden geneigt machen läßt, mit diesem Geschäfte Namens der Gesellschaft abzuschließen, muß die Provisionen an die Gesellschaft herausgeben. Denn er ist mit der Vornahme von Rechtsgeschäften für die Gesellschaft beauftragt, und diese Geschäftsbesorgung liegt in dem mit dem Kunden getroffenen Abkommen.

§ 670.

1. **RG.** 14. 2. 16, R. 16, Nr. 1487. Wenn der Beauftragte die Mittel zur Zahlung an einen Gläubiger des Auftraggebers aus einem Bankguthaben entnimmt, das zwar auf seinen Namen lautet, aber dadurch entstanden ist, daß er die ihm von dem Auftraggeber aufgetragenen Bankgeschäfte auf seinen eigenen Namen hat buchen lassen, dann steht ihm ein Anspruch auf Ersatz wegen der geleisteten Zahlung nicht zu. Mit der Befriedigung des Gläubigers im Einverständnisse mit dem Auftraggeber hat er lediglich das in Ausführung eines Auftrags des Auftraggebers Erlangte gemäß § 667 an diesen herausgegeben.

2. Moesch, Die Voraussetzungen der Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag. Spandau 1917. Der Auftraggeber haftet dem Beauftragten nicht für zufällig erlittenen Schaden (47—57).

§ 675.

1. Kiel 2. 11. 15, SchlHolstAnz. 16, 21. Eine Bank muß den ihr erteilten Auftrag, einen ihr durch Reichsbankgiro überwiesenen Betrag dem Konto einer bestimmten Person zuzuschreiben oder an diese auszuzahlen, ohne jede Abweichung zur Ausführung bringen; sie darf den Auftrag regelmäßig nicht an eine andere Bank zur Erledigung weitergeben, insbesondere dann nicht, wenn die Beziehungen des Zahlungsempfängers zu der anderen Bank nicht „normale" sind, oder wenn nicht feststeht, daß das Geld auch bei der anderen Bank zur freien Verfügung des Zahlungsempfängers steht.

2. **RG.** 1. 11. 15, R. 16, Nr. 431. Übernimmt der Bauunternehmer zugleich die Hypothekenbeschaffung für das Haus, so hat die hierwegen ihm bestellte, für den Geldgeber bestimmte Hypothek mit der Bezahlung des Werklohns grundsätzlich keinen Zusammenhang. Bei auftragswidriger Verwendung der Hypothek für Bauzahlungen ist der Unternehmer schadensersatzpflichtig, sofern nicht der Gegenwert für die abgetretene Hypothek in Gestalt der gelieferten Baustoffe in den Bau und so in das Vermögen des Auftraggebers geflossen ist. Hierfür ist aber der Bauunternehmer beweispflichtig.

§ 676.

1. Bankier. a) **RG.** 26. 10. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 91, HoldheimsMSchr. 16, 45, LeipzZ. 16, 320. Die Erteilung von Auskünften an Geschäftsfreunde über die Verhältnisse von deren Schuldnern gehört zum Betrieb eines Bankgewerbes.

b) **RG.** 30. 10. 16, WarnE. 16, 502. Eine Bank ist keine Auskunftei. Es hat sich im Geschäftsleben nur die Gepflogenheit herausgebildet, daß die Banken im Interesse ihrer Kunden über sie Auskunft erteilen. Wegen dieser Übung würde die Ablehnung einer Auskunft für den Kunden höchst nachteilig sein. Ihre geschäftlichen Beziehungen zu den Kunden brauchen und dürfen die Banken ohne seine Zustimmung nicht offenbaren. Die Bank, die sich in einer schwierigen Stellung befindet, sofern der Kunde ohne zureichende eigene Mittel mit fremdem Gelde arbeitet, erfüllt die Pflicht, die sie durch die Erteilung der Auskunft übernimmt, wenn sie wissentlich nichts Unwahres berichtet, keine irreführenden Angaben macht und keine ihr bekannten Tatsachen verschweigt, die geeignet sind, die Kreditwürdigkeit des Kunden zu erschüttern. Damit, daß die Banken, wo die Sachlage es erfordert, bestrebt sind, sich behutsam und zurückhaltend zu äußern, muß der Anfragende rechnen. Darin, daß die Bank verschweigt, daß der Kunde ihr zur Sicherung des von ihr ihm gewährten Kredits Buchforderungen gegen zahlungsfähige Schuldner abgetreten hat, ist ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht zu finden; die Abtretung solcher Forderungen ist irgend einer anderen Sicherheit gleichzustellen und kein Anzeichen für eine mißliche Geschäftslage des Kunden.

c) **RG.** 26. 10. 15, BauersZ. 23, 151, HansGZ. 16, Hptbl. 91, HoldheimsMSchr. 16, 45, LeipzZ. 16, 320. Die Bank, welche eine Auskunft weitergibt, die sie bei ihrer Zweigniederlassung eingeholt hat, haftet dafür nach allgemeinen Grundsätzen. Sie ist schadensersatzpflichtig, falls der der Zweigniederlassung vorstehende persönliche Gesellschafter die Auskunft wissentlich falsch erteilt hat und sich dabei bewußt gewesen ist, wenn auch zur Zeit das Auskunftsbegehren eines Dritten nicht vorliege, so könnten sich doch möglicherweise später Kunden der Bank wegen Auskunft in der betreffenden Angelegenheit an die Hauptniederlassung wenden, und diese werde dann die von ihm erteilte Auskunft benutzen.

d) **RG.** 29. 9. 16, WarnE. 16, 455. Der Bankier ist verpflichtet, das ihm vom Kunden entgegengebrachte Vertrauen zu rechtfertigen, den Kunden treu zu beraten und ihn über alle Umstände aufzuklären, die für seine Entschließung von Bedeutung sein können. Wie weit diese Pflicht im einzelnen geht, hängt wesentlich auch von der Person und den Verhältnissen des Kunden ab. Handelt es sich um einfachen Mann, der sein ganzes Vermögen zum Börsenspiel verwenden will, dann muß der Bankier ihn über die Gefahren des Börsenspiels aufklären und vor dem Abschlusse solcher nach seinen Verhältnissen für ihn durchaus ungeeigneter Geschäfte warnen.

e) **RG.** 11. 2. 16, HoldheimsMSchr. 16, 88, LeipzZ. 16, 592, R. 16, Nr. 818. Der Bankier ist zwar auf Grund des Vertragsverhältnisses, das ihn verpflichtet, dem Kunden Treue zu halten und das ihm entgegengebrachte Vertrauen zu rechtfertigen, verbunden, den Kunden über alle Punkte aufzuklären, die für dessen Entschließung zu dem beabsichtigten Geschäfte von Bedeutung sein können. Er ist aber nicht verpflichtet, seinen Rat aufzudrängen und auf Bedenken aufmerksam zu machen, über die der Kunde offensichtlich keine Aufklärung wünscht. Er braucht einen zu Spekulationen fest ent-

schlossenen Kunden nicht besonders auf deren Gewagtheit und auf deren mutmaßliche Kosten aufmerksam zu machen.

f) **RG.** 19. 11. 15, BauersZ. 23, 125, R. 16, Nr. 22, 50. Wenn ein unerfahrener und in dem Verhältnis zu dem Risiko solcher Geschäfte fast vermögensloser Mann sich an Börsenspekulationsgeschäfte heranwagt, dann handelt er überaus leichtsinnig, da er die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der ihm erteilten Einzelratschläge nicht nachzuprüfen und die rechtlichen und tatsächlichen Folgen seiner Geschäfte nicht abzusehen vermag und ebensowenig die Mittel hat, das Risiko solcher Geschäfte zu überwinden und durchzuhalten. Die Verleitung eines solchen Bankkunden zu diesem Leichtsinn, seine Verführung zu derartigen Geschäften durch den Bankier ist zum mindesten eine grob fahrlässige Handlung. Wird dabei dem Kunden bewußt unwahr ein alljährlicher hoher Verdienst aus solchen Geschäften vorgespiegelt und so ein verwerfliches, besonders kräftiges Reiz- und Verführungsmittel angewendet, dann ist der Rat auch wider Treu und Glauben arglistig erteilt. Ob die Einzelratschläge sachgemäß und gutgläubig waren, ist ohne Belang.

g) Stuttgart 1. 7. 15, WürttJ. 27, 170, 179. Will ein Kunde, ohne von dem Bankier hierzu ermuntert zu sein, aus sich heraus Spekulationsgeschäfte in gewissen Wertpapieren machen, so kann dem Bankier allein daraus, daß er dem Kunden diejenigen Papiere, die dieser in der Folge kaufte, zum Kaufe angeraten hat, kein Vorwurf gemacht werden, wenn die Empfehlung nicht wider besseres Wissen oder in fahrlässiger Weise erfolgt ist.

h) Hamburg 9. 12. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 92. Der Bankier, der shares verkauft, ist nicht verpflichtet, den Käufer darüber zu belehren, daß die Zertifikate über diese shares stempelpflichtig sind, wenn sie nach Deutschland kommen; jedenfalls aber ist er dies dann nicht, wenn der Käufer eine Stellung hat, die bei dem Bankier den Glauben erwecken muß, daß er mitten im geschäftlichen Leben steht und auch mit Finanzgeschäften nicht unvertraut ist.

i) Jena 10. 11. 13, ThürBl. 62, 280. Der Bankier, der einem Privatmann Wertpapiere empfiehlt und dann verkauft, muß bei Erteilung seines fachmännischen Rats die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beobachten. Handelt es sich um Aktien, dann genügt es nicht, daß er den Kunden auf den Inhalt der Prospekte des Unternehmens und der sonstigen schriftlichen Unterlagen verweist und ihn zur Durchsicht auffordert, sondern er muß die vorhandenen Unterlagen auf ihre Zuverlässigkeit prüfen und sich durch geeignete Erkundigungen selbst ein Urteil über die Aussichten des Unternehmens, die Vertrauenswürdigkeit der Gründer und den Wert der Aktien bilden.

2. Hamburg 19. 10. 15, R. 16, Nr. 50. Der Liquidator einer Firma, der einem Dritten Auskunft über das künftige Ergebnis der Liquidation erteilt hat, haftet dem Dritten nicht aus einem Vertragsverhältnisse, sondern nur aus unerlaubter Handlung.

3. **RG.** 31. 1. 16, BankA. 15, 345, R. 16, Nr. 676. Wenn ein Vater seinen Sohn zur Anstellung als Kassierer in einem Bankgeschäft mit der Behauptung empfiehlt, der Sohn sei solide, während ihm bekannt ist, daß dieser sich in seiner früheren Stellung hat Unterschlagungen zuschulden kommen lassen, so liegt in diesem Verhalten ein Verstoß gegen die guten Sitten.

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Schrifttum: Moesch, Die Voraussetzungen der Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsführer und die Ansprüche selbst. Spandau 1916.

§ 677.

1. **RG.** 12. 1. 16, R. 16, Nr. 432. Eine auftraglose Geschäftsführung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Handelnde zugleich und in erster Reihe seine eigenen Geschäfte besorgt.

2. Beispiele aus dem Jagdrecht siehe in *Dickel, Forstzivilrecht, 533ff. (Tötung eines fremden Hundes im benachbarten Jagdrevier, Aneignung des angeschossenen Wildes, Handlung des Wilderers als unechte Geschäftsführung). D. nimmt an, daß das Eigen-

tum an einem entflohenen wilden Tiere (§ 960 BGB.) auch von einem Geschäftsf. o. A. durch unverzügliche Verfolgung erhalten werden kann.

3. Friedrichs, Wie weit sind die Vorschriften des BGB. auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar? ABürgR. 42, 28ff., 77. Die Klagen aus Geschäftsführung sind auch dann gegeben, wenn die von dem Geschäftsführer gezahlte Schuld dem öffentlichen Recht angehört; auf solche Klagen sind §§ 677—687 unmittelbar anzuwenden. Die Streitigkeiten hierüber können aber als Streitigkeiten über die in dem öffentlichen Rechte begründeten Berechtigungen oder Verpflichtungen dem ordentlichen Rechtswege entzogen sein.

§ 679.

Moesch. Die Verpflichtung, die im öffentlichen Interesse liegt, kann zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Natur sein. Auch bei öffentlich-rechtlichen Pflichten besteht die besondere Voraussetzung, daß ein öffentliches Interesse an ihrer Erfüllung vorhanden ist (35—37).

§ 683.

1. Kiel 2. 10. 15, SchlHolstAnz. 16, 13. Der Vater, der Aufwendungen für die Heilung seines durch eine unerlaubte Handlung verletzten Sohnes gemacht hat, kann von dem Schädiger die Erstattung aus eigenem Rechte verlangen, wenn die Voraussetzungen des § 683 vorliegen. Diese sind nur dann gegeben, wenn der Verletzte selbst einen Schadensersatzanspruch hat.

2. Colmar 12. 1. 15, ElsLothJZ. 16, 32. Der Unterhaltspflichtige, der für die Heilung des durch einen Unfall Verletzten die Kurkosten und die Krankheitskosten bestreitet, erfüllt durch seine Leistung eine Verpflichtung, die dem Schadensersatzpflichtigen obliegt, und ist trotz der Erfüllung seiner Unterhaltspflicht rechtlich nicht gehindert, gemäß §§ 677, 683 von dem Schädiger Ersatz seiner Aufwendungen zu verlangen (vgl. JW. 10, 389).

3. Moesch. Die Voraussetzungen für die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag sind:

a) Es muß eine Geschäftsbesorgung vorliegen, worunter jede für den Geschäftsherrn unmittelbar wirtschaftlich bedeutungsvolle selbständige Betätigung zu verstehen ist (1—9).

b) Das Geschäft muß „für einen anderen" besorgt sein, d. h. der Geschäftsführer muß das Bewußtsein der Fremdheit des Geschäfts und den Willen haben, das fremde Geschäft als fremdes zu führen (9—14). Hat ihn ein eigenes Interesse an dem Geschäft zu seinem Handeln geführt, und überwiegt sein Interesse, dann liegt Führung des Geschäfts eines anderen nicht vor; überwiegt das fremde Interesse, dann ist das eigene weniger in den Vordergrund tretende für die rechtliche Beurteilung ohne Belang; sind fremde und eigene Interessen in gleicher Weise beteiligt, dann steht dies einer Geschäftsführung bezüglich des Teils des Geschäfts, der für einen anderen vorgenommen wird, nicht entgegen (14, 15). Steht der Geschäftsführer in einem Rechtsverhältnis zu dem Dritten, dann steht ihm der Anspruch aus der Geschäftsführung neben der Vertragsklage zu, vorausgesetzt, daß er die Absicht gehabt hat, für den Dritten zu handeln (15—17). Daß der Geschäftsführer für einen ihm bekannten und der Person nach bestimmten Geschäftsherrn handelt, ist nicht erforderlich (17).

c) Der Geschäftsführer muß das Geschäft für den anderen besorgen, ohne von ihm beauftragt oder sonst dazu berechtigt zu sein. Geschäftsführung liegt auch dann vor, wenn er irrtümlich angenommen hat, er sei von dem Geschäftsherrn beauftragt oder aus einem sonstigen Grunde zur Geschäftsführung verpflichtet; bezüglich der Haftbarkeit des Geschäftsherrn kommen dann, vorausgesetzt, daß der Irrtum entschuldbar war, die Regeln des Rechtsgeschäfts zur Anwendung, das er als vorliegend erachtet hat (20—23). Steht der Handelnde in einem Rechtsverhältnis zu dem anderen, verletzt er aber das Rechtsverhältnis, oder weicht er von ihm ab, dann hängt es von den Umständen des einzelnen Falles ab, ob er nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag oder des betreffenden

Vertrags oder eines anderen Rechtsverhältnisses zu behandeln ist; doch ist der Fall jedenfalls dann nach Vertragsrecht zu behandeln, wenn der Handelnde in naher Ausführung oder Anlehnung an den Vertrag tätig geworden ist und das Geschäft irgendwie in inneren Zusammenhang mit ihm geführt hat. Ist in der Verletzung des Vertrags durch den Handelnden eine Abweichung von seiner Erfüllungspflicht zu erblicken, so ist der Fall nach Vertragsrecht zu beurteilen; steht das Handeln in keinem Zusammenhange mit dem Vertrage, dann unterliegt es dagegen der Beurteilung nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag. Beim Vorliegen von Geschäftsführung ist nur die Anwendung der Bestimmungen über diese, nicht die der Vertragsvorschriften möglich (23—26).

d) Die Übernahme der Geschäftsführung muß dem Interesse und daneben auch dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen. Unter „Übernahme" ist der Beginn des Handelns zu verstehen, durch das der Geschäftsführer den Willen, für den anderen tätig zu werden, zum Ausdruck bringt. „Interesse" ist dasjenige, was nach der Anschauung des Verkehrs dem Geschäftsherrn nützlich und vorteilhaft ist. „Wirklicher Wille" ist der in Wahrheit vorhandene Wille, „mutmaßlicher" der von dem Richter zu ermittelnde, wobei es gleichgültig ist, ob der Geschäftsführer diesen Willen erkennen konnte oder nicht. Der mutmaßliche Wille ist nur zu beachten, wenn der wirkliche Wille nicht vorhanden war (27—34). Der Geschäftsführer hat zu beweisen, daß die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen entsprochen hat. Demgegenüber steht dem Geschäftsherrn der Gegenbeweis offen, daß der mutmaßliche Wille nicht in Betracht kommt, weil sein wirklicher Wille der Geschäftsführung entgegenstand (38).

Unter „Aufwendungen", deren Ersatz der Geschäftsführer verlangen kann, ist zu verstehen die auf freiem Willen beruhende Auslage oder die Aufopferung von Vermögenswerten zur Erreichung eines gewissen Zwecks. Zu den Aufwendungen gehört nicht die von dem Geschäftsführer geleistete Arbeit, die von ihm aufgewendete Zeit. Doch kann er da, wo er einen bezahlten Arbeiter verwenden durfte, aber selbst dessen Arbeit geleistet hat, für seine Tätigkeit Ersatz verlangen. Auch der Entgang anderweitigen Verdienstes fällt nicht unter Aufwendungen (42—47). Einen Anspruch auf Ersatz eines von ihm durch die Geschäftsführung erlittenen zufälligen Verlusts hat der Geschäftsführer gegen den Geschäftsherrn nicht (47—58).

Das Interesse des Geschäftsherrn ist auch im Fall des § 683 Satz 2 zu beachten (34, 35).

§ 685.

Moesch. Der Geschäftsführer muß nicht den positiven Willen, Ersatz zu verlangen, gehabt haben; sein Wille kann im Augenblick der Übernahme noch indifferent, neutral gewesen und erst bei Erhebung der Klage erwacht sein. Weiter genügt es, wenn sich die Absicht aus den Umständen, den sozialen Verhältnissen der Beteiligten und der Ortssitte, ergibt (38, 39).

§ 686.

Moesch. Ein Irrtum über die Person des Geschäftsherrn liegt nicht vor, wenn der Geschäftsführer über die Eigenschaften und Beziehungen des der Person nach bestimmten Geschäftsherrn und in der Erklärung, für welche Person er auftritt, sich irrte. — „Wirklicher" Geschäftsherr ist der, den die Geschäftsführung unmittelbar angeht (18—20).

Zwölfter Titel. Verwahrung.

§ 688.

1. **RG.** 21. 12. 15, R. 16, Nr. 433. Gehen Schriftstücke, die die Polizei nach einer Durchsuchung an sich genommen hat, verloren, dann ist der Staat für den Schaden verantwortlich.

2. **RG.** 29. 5. 15 — JDR. 14, 1 zu § 688 — betr. Abtretung einer Hypothek als Sicherheitsleistung an den Bankier des Gläubigers als Pfandhalter, ist abgedruckt auch: **RG.** 87, 36.

§ 691.

Hamburg 3. 11. 14, OLG. 32, 173. Hat der Spediteur die Güter zur eigenen Einlagerung und gegen die entsprechenden Rechnungssätze übernommen, dann folgt eine Gestattung der Hinterlegung bei einem Dritten nicht daraus, daß der Vertragsgegner bei Vertragsabschluß weiß, daß der Spediteur keine eigenen Lagerräume besitzt. Ebensowenig ist es als nachträgliche Genehmigung anzusehen, wenn er gelegentlich davon Kenntnis nimmt, daß die Güter sich in den Lagerräumen eines Dritten befinden.

§ 692.

Crecelius, Darf eine Genossenschaft Wertpapiere, die ihr zur Verwahrung oder als Pfand anvertraut sind, bei einer dritten Stelle hinterlegen? GenBl. 16, 481. Als „Hinterlegung" im Sinne des § 691 wird wohl nur die Aufbewahrung als offenes Depot, nicht die als geschlossenes Depot, in feuerfesten Safes einer dritten Stelle, anzusehen sein. — Der von dem **RG.** 56, 49 aufgestellte Grundsatz, daß es zulässig sei, zur Aufbewahrung für eine gewisse Zeit übergebenes Geld bei einer sicheren Bank anzulegen, wird, wenn auch mit einer gewissen Vorsicht und Zurückhaltung, auch bei der Aufbewahrung fremder Wertpapiere angenommen werden dürfen. In Grenzbezirken zur Zeit drohender Kriegsgefahr besteht die Berechtigung, ohne die zuvorige Genehmigung des Hinterlegers einzuholen, die Depots an einer anderen einwandfreien sicheren Stelle zu hinterlegen.

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

Schrifttum: Polenske, Zum Begriffe des Gastschaftsvertrags, AZivPr. 114, 415.

§ 701.

1. Hamburg 2. 6. 16, HansGZ. 16, Bbl. 229, R. 16, Nr. 1488. Die hier geregelte Haftung schränkt nicht die Haftung des Gastwirts auf die eingebrachten Sachen ein und schließt eine Haftung für nicht eingebrachte Sachen nicht grundsätzlich aus. Der Gastwirt haftet für letztere nach allgemeinen Grundsätzen wegen eigenen Verschuldens und wegen Verschuldens seiner Erfüllungsgehilfen. Auf diese Haftung des Gastwirts für den Verlust bei oder vor Einbringung der Sachen ist die Haftungsbeschränkung aus § 702 nicht entsprechend zur Anwendung zu bringen.

2. Karlsruhe 17. 2. 15, BadRpr. 16, 84. § 701 ist nicht anwendbar, wenn ein Gast nur zu vorübergehendem Aufenthalt und zur Einnahme einer Erfrischung in den zum Betriebe der Schankwirtschaft bestimmten Räumen einkehrt.

3. Polenske — vgl. JDR. 14, 1 zu § 701 — hält an seinen früheren Ausführungen über den Begriff und das Wesen des Gastschaftsvertrags fest, betont, daß es sich dabei um einen besonderen Vertrag handelt, der grundsätzlich ganz selbständig neben dem Beherbergungs-, Beförderungs-, Verpflegungs-, Miet-, Kauf- oder sonstigen Vertrage steht, und aus dem gehaftet werden kann, auch wenn dieser andere Vertrag nicht zustande kommt oder wieder wegfällt. Er hebt hervor, daß die Haftung des Herbergswirts nicht lediglich auf den in § 701 bezeichneten Tatsachen, insbesondere der Einbringung, beruht, sondern daß diese Tatsachen zugleich als Willenserklärungen gedeutet werden müssen, die den Gastschaftsvertrag zustande bringen. Im Anschluß daran wird erörtert, wie die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn der Wirt oder der Gast oder beide geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig sind, wenn ein Verstoß gegen §§ 138, 134 vorliegt, wenn es sich um Einbringen mit Gewalt und unter Drohungen handelt.

4. *Klein, JLBl. 16, 88/99 bespricht das JDR. 14 Ziff. 1 angezeigte Werk von Polenske.

5. Über den Gastaufnahme-(Beherbergungs-)Vertrag: siehe § 535 I 3.

6. *Klein, Haftung des Bordellwirts ex recepto, ÖstZBl. 34, 464. A. hatte in einer Nacht das Bordell der B. besucht. Als er sich wieder entfernen wollte, war sein im Vorzimmer auf einen der dort angebrachten Kleiderhaken aufgehängter Pelz verschwunden.

Er klagt gegen die B. auf Schadensersatz ex recepto nach Analogie des § 970 österr. ABGB. (Gastwirtshaftung). Die Haftung des Bordellwirts läßt sich nicht, wie der österr. OGH. will, aus einem gewöhnlichen Verwahrungsvertrage herleiten, weil dieser gegen die guten Sitten verstieße und nichtig wäre. Eine Haftung kommt nur dann in Frage, wenn sie sich nach Analogie der Gastwirtshaftung (ÖstABGB. §§ 970, 1316) an die rein äußere Handlung „Einbringung von Sachen" knüpft. Denn auf Rechtshandlungen im engeren Sinne findet richtiger Auffassung nach der § 138 DeutschBGB. entsprechende § 90 der dritten Teilnovelle zum ÖstABGB. keine Anwendung.

§ 702.

Buch, Schuld und Haftung nach geltendem Recht, München 1914. Im Falle des § 702 ist eine gesetzliche Begrenzung der Schuldhöhe anzunehmen (23).

Vierzehnter Titel. Gesellschaft.

§ 705.

I. Wesen der Gesellschaft.

1. Stuttgart 22. 10. 15, R. 15, Nr. 52. Das Wesen der Gesellschaft besteht in der gegenseitigen Verpflichtung zum Zusammenwirken zu einem gemeinsamen Zweck. Daß in der ersten Zeit die Vereinigung der Parteien zur gemeinsamen Berufsausübung (Architekten) nach außen nicht hervortreten, der Kläger vielmehr allein die Geschäfte führen sollte, sowie daß dem Beklagten neben gewissen Anteilen am Reingewinn ein fester Monatsbetrag ausgesetzt war, steht der Annahme einer Gesellschaft nicht entgegen, ebensowenig daß die Parteien zunächst keine Geldeinlagen zu machen hatten und die Bildung eines Gesellschaftsvermögens nicht vorgesehen war. Vgl. § 718 Ziff. 1.

2. **RG.** 28. 1. 16, R. 16, Nr. 1104. Den Gesellschaftern steht es frei zu bestimmen, inwieweit der Bestand der Gesellschaft nach außen hervortreten soll. Die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft sind größtenteils nachgiebigen Rechtes, so auch die über Geschäftsführung und Gesellschaftsvermögen. Die Gesellschaften können also beliebig bestimmen, ob die Geschäfte der Gesellschaft auf den gemeinschaftlichen Namen aller, oder auf den Namen eines einzelnen Gesellschafters zu führen sind; ob der für Rechnung der Gesellschaft gehende Erwerb gemeinschaftliches Vermögen werden oder in dem Vermögen eines Gesellschafters bleiben soll. Sie können auch in ihrem Vertragsverhältnis Elemente der offenen und der Innengesellschaft in der Weise mischen, daß ein Teil der Geschäfte auf gemeinschaftlichen Namen, ein anderer auf den Namen eines einzelnen Gesellschafters geführt wird, daß gewisse für die Gesellschaft zu erwerbende Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen werden, andere in das Vermögen eines Gesellschafters gelangen sollen. So ist es beim Grundstückshandel rechtlich auch denkbar, daß das Grundstück Eigentum des einen Gesellschafters, die Einnahmen aber gemeinsames Gesellschaftsvermögen sein sollen (vgl. unten II 5 u. § 718).

3. **RG.** 13. 7. 15, R. 16, Nr. 665. Die Abrede, daß der eine Gesellschafter von der Teilnahme am Verlust frei sein und statt eines Gewinnanteils eine feste monatliche Zahlung erhalten soll, steht dem Wesen eines Gesellschaftsvertrags nicht entgegen.

II. Einzelfälle der Gesellschaft.

1. **RG.** 3. 12. 15, SchlHolstAnz. 16, 9, WarnE. 16, 80. Wenn sich zwei Rechtsanwälte zur gemeinschaftlichen Ausübung ihrer Berufstätigkeit verbinden, sind die Vorschriften der Gesellschaft anzuwenden.

2. *Fraeb, Kommunale Sparkassenvereine, ZBlfG. 16, 600. Vgl. unten §§ 709 Ziff. 2, 730 Ziff. 2, 808 Ziff. 6 BGB. und zu §§ 36, 105, 124, 146 HGB.

3. **RG.** 28. 3. 16, LeipzZ. 16, 740. Wenn jemand als Entgelt für die einer Firma gegebenen Darlehen das Recht eingeräumt erhält, sich an späteren Lieferungen der Firma zu beteiligen, so geht damit die Firma keine Gesellschaft ein,

sondern verpflichtet sich vertragsmäßig, auf Wunsch des Darlehensgebers in Zukunft Gesellschaften einzugehen (oder partiarische Darlehen entgegenzunehmen). Durch Kündigung kann eine solche Verpflichtung überhaupt nicht aus der Welt geschafft werden; § 723 BGB. ist nicht anwendbar.

4. **RG.** 7. 1. 16, R. 16, Nr. 434. Das Rechtsverhältnis zwischen Mäkler und Untermäkler ist keine Gesellschaft. Es fehlt das Merkmal, daß die beiden sich gegenseitig verpflichtet haben, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zu fördern.

5. **RG.** 2. 6. 16, LeipzZ. 16, 1173. Grundstücksveräußerungsvertrag: Ein auf den Erwerb von Grundeigentum zum Zweck der Weiterveräußerung für gemeinschaftliche Rechnung gerichteter Vertrag bedarf der Form des § 313 BGB. selbst dann nicht, wenn dieser Zweck im Vertrag dadurch zum Ausdruck gelangt, daß die Verpflichtung zur Weiterveräußerung besonders erwähnt wird; denn ein solcher Gesellschaftsvertrag hat nicht die Begründung einer Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum zum Inhalt, vielmehr stellt sich die Verpflichtung lediglich als die gesetzliche Folge des dem Vertrag entsprechend vorgenommenen Eigentumserwerbs dar. Bei einem Gesellschaftsvertrag dagegen, der auf die gemeinschaftliche Weiterveräußerung bereits im Eigentum der Gesellschafter stehender Grundstücke gerichtet ist, läßt sich die Verpflichtung der Gesellschafter, das Eigentum, sei es zunächst auf die Gesellschaft, sei es für deren Rechnung unmittelbar auf einen Dritten zu übertragen, nur aus dem Vertrag selbst herleiten; dieser unterliegt daher der Formvorschrift des § 313. Vgl. auch I 2.

6. **RG.** 14. 4. 16, R. 16, Nr. 589. Ein Gesellschaftsvertrag muß nicht schon deshalb verneint werden, weil der Neueintretende angegangen wurde, dem ursprünglichen Geschäftsinhaber „zu helfen". Aus der Bitte um Hilfe mußte nicht notwendig gefolgert werden, der Beklagte habe von dem Kläger eine Unterstützung verlangt, die nur für die Zeit, wo sie erforderlich sei, beansprucht und geleistet zu werden pflege.

7. **RG.** 2. 5. 16, LeipzZ. 16, 1426. Daß bei der festen Vereinbarung der Parteien über die Erreichung des gemeinsamen Zwecks, die N.schen Güter gemeinschaftlich zu pachten und die Pachtung gemeinschaftlich zu verwerten, nähere Abreden über die Einlagen der Parteien und über die Beteiligung an Gewinn und Verlust, sowie an der Geschäftsführung nicht getroffen sind, steht dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrags nicht entgegen.

8. BayObLG. 7. 7. 16, R. 16, Nr. 1877. Die Bezeichnung als „Mitarbeiter" und die Einräumung der Hälfte des Gewinns nötigen nicht zur Annahme eines Gesellschaftsvertrags mit einem Fabrikwerkmeister.

§ 709.

1. Dresden 5. 4. 16, BauersZ. 23, 256, SächsRpflA. 16, 269. Die nach § 709 BGB. erforderliche Zustimmung des einen Gesellschafters zu einer vom anderen beabsichtigten Maßregel kann im Klageweg nur erzwungen werden, entweder wenn der Gegner sich dazu besonders verpflichtet hat oder wenn in der Weigerung geradezu ein Verstoß gegen die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Pflichten zu finden ist, insbesondere wenn sich die Weigerung als schikanös darstellt. Dagegen ist bei bloßen Zweckmäßigkeitsfragen eine Erzwingung der Zustimmung durch Klage nicht möglich.

2. *Fraeb, Kommunale Sparkassenvereine, ZBlFG. 16, 600 ff. Wird satzungsgemäß die Verwaltung eines kommunalen Sparkassenvereins durch einen Vorstand nebst Verwaltungsausschuß geführt und ist eine nach Stimmenmehrheit entscheidende Generalversammlung eingeführt, so ist darin nur ein Ausfluß der körperschaftlichen Gestaltung zu finden, die die offene Handelsgesellschaft, als welche sich ein solches kommunales Unternehmen darstellt, als Verein erhalten hat. Vgl. Ziff. 2 zu § 730 BGB. und zu §§ 36, 105, 124, 146 HGB.

3. Über Jagderlaubnis der Mitjagdpächter *Dickel, Forstzivilrecht 545.

§ 718.

Gesellschaftsvermögen als Voraussetzung der Gesellschaft.

1. Colmar 5. 3. 15, ElsLothrZ. 16, 168. Der Umstand, daß nach dem Vertrag ein eigentliches Gesellschaftsvermögen nicht gebildet werden sollte, steht der Annahme einer Gesellschaft nicht entgegen.

2. Vgl. oben § 705 I 1 u. II 7.

§ 722.

Verjährung des Anspruchs des Gesellschafters auf den Gewinnanteil.

RG. 19. 1. 16; 88, 42, BauersZ. 23, 207, JW. 16, 576. Dem BGB. fehlt eine besondere Bestimmung über die Verjährungsfrist für den Anspruch des Gesellschafters auf den Gewinnanteil. Der Anspruch ist unter den in § 197 bezeichneten Gattungen von Rückständen nicht genannt. Er fällt auch nicht in den Sammelnamen der „Rückstände von allen anderen regelmäßig wiederkehrenden Leistungen". Das Gesetz verlangt zwar nicht die Wiederkehr zu demselben Betrage, wohl aber eine regelmäßige zeitliche Wiederkehr der Leistung. Dies trifft auf den Gewinnanteil des Gesellschafters nicht zu. Die Abkürzung der Verjährung solcher Rückstände beruht mit auf dem wirtschaftlichen Gesichtspunkte, daß ihre Ansammlung keine Begünstigung verdient, einem Grunde, der so allgemein die Abkürzung im Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter nicht rechtfertigen würde; denn es kann zur Erhöhung der wirtschaftlichen Kraft im Interesse der Gesellschaft liegen, daß der Gesellschafter seinen Gewinnanteil bei ihr stehen läßt. Zur Unterstützung der in der Literatur vertretenen Ansicht, daß die Ansprüche auf Gewinnanteile der Verjährung aus § 197 unterliegen, ist der Hinweis auf § 101 BGB. nicht beweiskräftig. Somit unterliegen solche Ansprüche der gewöhnlichen Verjährung aus § 195 BGB.

§ 723.

Kündigung der Gesellschaft.

1. **RG.** 14. 4. 16, R. 16, Nr. 590. Die Vorschrift ist unanwendbar auf einen Vertrag, der zur künftigen Eingehung einer Gesellschaft auf Verlangen der Gegenpartei verpflichtet.

2. **RG.** 14. 4. 16, R. 16, Nr. 591. Eine Gesellschaft auf bestimmte Zeitdauer liegt auch dann vor, wenn sie auf die Dauer der ihren Gegenstand bildenden Kriegsverpflegung auf einem bestimmten Bahnhof geschlossen ist.

3. **RG.** 14. 4. 16, R. 16, Nr. 592. Soll ein Gesellschaftsverhältnis so lange dauern, als ein Auftrag der Heeresverwaltung besteht, so versteht sich ein Feststellungsurteil über den Bestand des Gesellschaftsvertrags von selbst mit dieser Beschränkung.

4. Kündigung bei der Jagdgesellschaft, wenn ein Pächter zahlungsunfähig wird: *Dickel, Forstzivilrecht 549.

5. Wichtiger Grund. a) **RG.** 3. 12. 15, LeipzZ. 16, 322, SächsRpflA. 16, 68, SchlHolstAnz. 16, 9, WarnE. 16, 80. Es ist allerdings sehr wesentlich Tatfrage und vom Tatrichter unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Der Begriff „wichtiger Grund" ist aber ein Rechtsbegriff und es unterliegt daher der Nachprüfung des Revisionsgerichts, ob dieser Begriff verkannt ist. Vgl. HGB. § 92 Ziff. 1.

b) **RG.** 3. 12. 15, R. 16, Nr. 224, 225, SächsRpflA. 16, 68, SchlHolstAnz. 16, 9, WarnE. 16, 80. Nicht jede Disharmonie zweier Gesellschaften ist schon an sich und ohne weiteres ein wichtiger Kündigungsgrund. Doch kann auch ein solcher Grund ein wichtiger sein, der in der Person des kündigenden Gesellschafters liegt und es muß nicht notwendig eine Verfehlung, zumal eine schwere Verfehlung des Gesellschafters, dem gekündigt wird, vorliegen, um die Kündigung als zulässig erscheinen zu lassen.

6. Vgl. § 705 II 3.

§ 726.

Unmöglichkeit des Zwecks der Gesellschaft.

München 21. 2./13. 3. 16, R. 16, Nr. 1287. Der natürlichen Unmöglichkeit, z. B. zufolge Untergangs des von den Gesellschaftern zu veräußernden Grundstückes, muß es im Sinne des § 275 und damit auch des § 726 gleichstehen, wenn die Erreichung des Gesellschaftszweckes nur unter derartigen Geldopfern möglich ist, daß sie nach Treu und Glauben niemand zugemutet werden können, selbst wenn ausnahmsweise der Gesellschaftsvertrag eine Nachschußpflicht vorsieht. Bei der offenen HG. gilt allerdings nach § 133 HGB. Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszweckes nicht als gesetzlicher Beendigungsgrund, sondern berechtigt nur zur Auflösungsklage.

§ 730.

Auseinandersetzung.

1. **RG.** 18. 1. 16, WarnE. 16, 119. Eine Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern ist naturgemäß nur erforderlich und auch nur möglich, wenn in Ansehung des Gesellschaftsvermögens noch irgend etwas zu regeln und zu teilen ist. Ist bereits alles geregelt und geordnet, und steht nur noch ein Guthaben des einen Teils an den anderen in Frage, dann braucht der Forderungsberechtigte nicht erst Auseinandersetzung zu verlangen.

2. *Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZBlFG. 16, 600. Wenn ein kommunaler Sparkassenverein seine Auflösung satzungsgemäß nach Beschluß sämtlicher Vereinsgemeinden beschlossen hat, so hat die Auseinandersetzung unter den Mitgliedern stattzufinden. Liquidatoren sind die gesetzlichen Vertretungsorgane der Vereinsgemeinden. Vgl. auch § 709 Ziff. 2, § 808 BGB. und zu §§ 36, 105, 124, 146 HGB.

§ 735.

Verteilung des Verlustes.

RG. 26, 11. 15, R. 16, Nr. 435. Die Verpflichtung der Gesellschafter untereinander, für den Fehlbetrag aufzukommen, ist nicht davon abhängig, daß vorher eine das ganze Verhältnis abschließende Rechnung gelegt ist. Es genügt, daß dargetan wird, daß jedenfalls der mit der Klage verlangte Betrag zu leisten ist.

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft.

§ 741.

Affolter, Gesamthand, ABürgR. 42, 248. Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, verwirft bei seinen Untersuchungen über das Wesen der Gesamthand die herrschende Auffassung, wonach die Rechte einerseits der Gemeinschaft zustehen, andererseits aber doch als unter den Gesamthändern geteilt erscheinen; wenn mit der Gesamthand eine wahre Personeneinheit gemeint sei, fähig, subjektiven Rechten gegenüberzutreten, so müßte sie sich als juristische Person auffassen lassen; dann aber könnte von einem Geteiltsein der Rechte nicht die Rede sein; versteht man unter Gesamtheit eine Vielheit von Subjekten, so ergebe sich eine mehrfache Zuständigkeit der Rechte, eine Mehrheit von Subjekten; entweder Einheit oder Vielheit, eine Verbindung beider Begriffe bedeute einen Widerspruch. Demgegenüber ist zu betonen: Die Beziehungen der Gesellschaften zueinander beruhen auf Rechten und Pflichten nicht aus Vertrag, sondern aus Verbandsnormen. Die Gründung erfolgt demnach nicht durch Vertragsabschluß, sondern durch Errichtung einer Verbandsverfassung. Man hat sich die rechtliche Entstehung der letzteren so zu deuten, daß jeder Gesellschafter sich dem gemeinschaftlich durchberatenen Entwurf der Satzung unterzieht. Die bezügliche Erklärung ist einseitiger Natur und gerichtet an die zukünftige Verbandsgewalt, die vorläufig durch den oder die übrigen Gesellschaften vertreten wird. Der Konsens bedeutet also hier allseitige Unterziehung unter den sich bildenden Verbandswillen. Die Gesellschaft als Verband steht Dritten gegenüber als Einzel-

subjekt da, das aber nicht juristische Person ist. Die Gesellschaft hat dadurch, daß sie im vom bürgerlichen Recht bestimmten Rahmen Satzungen aufstellen kann, eine gewisse Autonomie. Das autonome Recht der Gesellschaft bestimmt nur, ob und in welchem Maße der einzelne Gesellschafter Anteil an Gut und Schuld hat. Während das bürgerliche Recht Eigentum, Forderungen und Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Kollektiveinheit zuschreibt, erscheinen diese Rechte und Verbindlichkeiten nach den inneren Normen der Gesellschaft als geteilt. So löst sich der scheinbare Widerspruch zwischen Einheit und Vielheit.

Sechzehnter Titel. Leibrente.

§ 761.

1. **RG.** 26. 11. 15, R. 16, Nr. 438. Die nach § 761 für das Versprechen einer Leibrente erforderliche Schriftform wird durch die prozeßordnungsmäßige Beurkundung des Prozeßvergleichs ersetzt.

2. Leibrentenvertrag oder Schadensersatz. Hamburg 4. 3. 16, LeipzZ. 16, 1142, R. 16, Nr. 1106. Klägerin hatte mit dem Beklagten in geschlechtlichen Beziehungen gestanden. Als sie den Beklagten mit einer Klage aus § 847 BGB. bedrohte, hatte Beklagter sich verpflichtet, ihr monatlich 300 M. zu bezahlen. Der gegen die Klage erhobene Einwand, daß es sich um eine mangels der Form ungültige Leibrente handle, wurde verworfen. Unter allen Umständen sei es möglich, den auf § 847 BGB. begründeten Anspruch im Vergleichswege durch Vereinbarung einer Rentenzahlung zu erledigen; solchenfalls bleibt die Rente aber immer Schadensersatz und werde nicht zur Leibrente.

Siebzehnter Titel. Spiel. Wette.

§ 762.

1. **RG.** 19. 11. 15, BankA. 15, 248, HoldheimsMSchr. 16, 114, R. 16, Nr. 436. Geschäfte in Wertpapieren, bei denen weder der Kunde noch die Bank an eine wirkliche Erfüllung durch Lieferung, Zahlung und Annahme dachten, bei denen vielleicht beide von Anfang an darüber einig waren, es solle nur der Kursunterschied den Inhalt des Geschäfts bilden, verlieren ihren Charakter als Spielgeschäfte nicht dadurch, daß der Kunde jeweils mit dem vollen Kaufpreis der Papiere belastet und für den vollen Kaufpreis erkannt wird, auch nicht dadurch, daß der Kunde jeweils Auszüge über die für ihn aufbewahrten Papiere erhält. Gleichgültig ist auch der Umstand, daß der Kunde auf Stückeverzeichnis verzichtet, daß die Bank dem Kunden die Dividende gutgeschrieben und das Bezugsrecht auf eine junge Aktie ausgewirkt hat. Trotz dieses nur dem äußeren Anschein nach auf wirklichen Erwerb der Papiere gerichteten Geschäftsverkehrs behalten solche Geschäfte die Natur von Spielgeschäften.

2. Totalisator. LG. Berlin 4. 5. 15, JW. 16, 1295. Das Setzen am Totalisator ist nicht als Lotterievertrag im Sinne des § 763 BGB., sondern als Wette nach § 762 aufzufassen, und erzeugt also keine Rechtsverbindlichkeit. Der Umstand, daß der Totalisator staatlich genehmigt ist, schließt die zivilrechtlichen Folgen des § 762 BGB. nicht aus, sondern hat nur die Wirkung, daß die Bestrafung des Unternehmers ausgeschlossen ist und daß die weitergehenden Folgen der Nichtigkeit gemäß § 134 BGB. nicht eintreten. Ist aber der Spielvertrag unverbindlich, so ist es mit rechtlicher Notwendigkeit auch der Auftrag zum Spiel oder der Dienstvertrag zu Spielzwecken. Mithin gibt es auch keinen Schadensersatzanspruch wegen Nichtvornahme des Spieles.

§ 764.

Differenzgeschäft.

1. **RG.** 11. 2. 16, R. 16, Nr. 819. Die Erheblichkeit des Umsatzes im Verhältnis zum Vermögen deutet noch nicht mit Bestimmtheit auf Spielabsicht.

2. **RG.** 11. 2. 16, R. 16, Nr. 820. Prolongation allein beweist noch nicht das Vorliegen eines Differenzgeschäftes.

Achtzehnter Titel. Bürgschaft.

Schrifttum: Tischbein, Die Rechtsbehelfe gegen die Gefährdung inlanddeutscher Bürgen durch die Zahlungsverbote gegen das feindliche Ausland. Zur Auslegung der BRVO. v. 30. 9. 14. JW. 16, 1100.

§ 765.

I. Wesen und Begriff der Bürgschaft.

1. Buch, Schuld und Haftung (München 1914). Bei der Bürgschaftsschuld haben wir es zwar mit einer Schuld zu tun, die in ihren Grundlagen und Wirkungen unselbständig ist, die aber doch eine Schuld und nicht lediglich ein Haftungsverhältnis darstellt. So auch die herrschende Ansicht (39). Man denke an folgenden Fall: „Der Gläubiger erklärt dem Hauptschuldner gegenüber — in Abwesenheit des Bürgen —, daß er auf die Bürgschaft verzichte." Ist diese dadurch erloschen? Wenn die Bürgschaft eine richtige Schuld ist, dann kann sie nur ein Erlaßvertrag aufheben; ist sie nur ein Einstehenmüssen des Bürgen, dann muß für die Aufhebung dieser Zugriffsmöglichkeit wohl Ähnliches gelten wie etwa beim Mobiliarpfand (§ 1255) d. h. die Aufhebung des Zugriffsrechts müßte durch einseitige Erklärung gegenüber dem Bürgen und Hauptschuldner erfolgen können. Die Bürgschaftsübernahme ist ein Haftungsgeschäft, da sie dem Gläubiger eine weitergehende Zugriffsmacht gibt als er vorher hatte, und zwar erhält der Gläubiger die unbeschränkte persönliche Haftung des Bürgen zur Haftung des Schuldners hinzu. Daraus ergibt sich gleichzeitig die Schuldnerstellung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger; seine Schuld ist die Bürgenschuld, nicht die Hauptschuld; sie ist aber inhaltlich in der Regel mit der Hauptschuld ganz identisch; sie ist nicht bedingt, denn die bloße Möglichkeit der Einrede der Vorausklage schafft noch keine Bedingung; aber die Schuld des Bürgen ist akzessorisch (40). Bedingt ist die Bürgschaftsschuld nur bei der Schadlosbürgschaft (38). Wenn für eine zukünftige Schuld (die keine bedingte zu sein braucht, sondern einstweilen eine völlige Nichtschuld sein kann), ein Bürge bestellt wird, dann ist auch die Bürgenschuld und die Haftung des Bürgen etwas rein Zukünftiges, einstweilen noch nicht Existentes (59). Wenn ein Bürge sich für mehr verbürgt als der Hauptschuldner schuldet, so liegt für das Mehr jedenfalls kein Haftungsverhältnis, sondern eine lediglich den Bürgen treffende und auf irgendeinem besonderen Rechtsgrund ruhende Schuld vor (58). Vgl. unten Ziff. 2. — Der vom Erblasser gestellte Bürge kann seine Haftung nicht beschränken, wie dies der Erbe bezüglich der Nachlaßschulden tun kann. Hier liegt kein eigentliches Auseinandergehen von Schuld und Haftung vor, wenigstens rechtlich nicht. Der Bürge ist nämlich in solchen Fällen Schuldner und Haftender für die volle Schuld, nur der akzessorische Charakter der Bürgschaft ist durch diese Vorschrift modifiziert. Die dem Erben nach § 1712 Abs. 2 gegebene Abfindungsbefugnis darf der Bürge nicht selbständig ausüben (60).

2. Schuldverpflichtung selbständiger Art, die über die Verpflichtung aus dem Bürgschaftsvertrag hinausgeht. **RG.** 16. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 668, JW. 16, 398, R. 16, Nr. 437. Das Eintreten für eine fremde Schuld kann nicht nur in der Form der Bürgschaft und mit dem Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung, sondern auch auf andere Weise vereinbart werden. Der Vertrag, durch den sich der Beklagte der Klägerin für die Schuld eines Dritten verpflichtet, bezeichnet sich zwar als Bürgschaft. Wenn aber in dem Vertrag bestimmt ist, daß der Gläubiger ohne die Zustimmung des Bürgen Vergleiche jeder Art über die verbürgte Forderung abschließen dürfe mit der Wirkung, daß der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen unvermindert bestehen bleibe, so ist diese Vereinbarung zwar mit dem Rechtsinhalt einer Bürgschaft nicht vereinbar, gleichwohl aber zulässig und gültig. Die übernommene Verpflichtung geht dann eben über die eines Bürgen hinaus; der Beklagte ist damit eine Schuldverpflichtung selbständiger Art eingegangen, deren Gegenstand die Sicherung des Gläubigers gegen jeden aus einer Minderung der Hauptforderung, zu der er sich dem Schuldner gegen-

über veranlaßt sieht, ihm erwachsenden Schaden darstellt. Ähnlich JW. 13, 597[11]. Wenn also auch der Gläubiger die gesamte Aktivmasse des Hauptschuldners erworben und sich damit gegenüber der Konkursmasse für voll befriedigt erklärt und seine Forderungsanmeldung zurückgezogen hat, so ist er dadurch nicht gehindert, bezüglich der Ausfälle sich an den Beklagten zu halten. Vgl. Ziff. 1.

3. **RG.** 15. 5. 16, BayRpflZ. 16, 259, R. 16, Nr. 1879. Der Umstand, daß der Verlust von vornherein mit Sicherheit zu erwarten ist, hat auf den Rechtsbestand der Bürgschaft keinen Einfluß.

4. **RG.** 22. 11. 15, LeipzZ. 16, 1363, R. 16, Nr. 930. Ist eine Bürgschaft gegen Bewilligung einer Stundung für den Schuldner unter der üblichen Bedingung, daß alle Gläubiger beitreten, übernommen, so wird der Bürge, wenn er sich seiner Verpflichtung wegen des Nichteintritts eines Gläubigers entledigen will, rechtzeitig eine entsprechende Erklärung abgeben müssen. Läßt er sich ohne solche, insbesondere dann, wenn die Bürgschaft für einen Angehörigen oder im eigenen Interesse geleistet ist, die tatsächliche Stundung gefallen und erreicht also den Zweck der Bürgschaft, so wird er nach Ablauf der Stundungsfrist regelmäßig mit dem Einwand nicht mehr gehört werden können, daß jener Gläubiger dem Vergleich nicht beigetreten sei.

II. Einzelfälle der Bürgschaft.

1. Ausfallbürgschaft. Begriff und Haftung s. §§ 768 Ziff. 1, 771, 776.

2. Kreditbürgschaft. Dresden 22. 6. 15, SächsRpflA. 16, 15. Wollte der Bürge nur unter der Voraussetzung bürgen, daß der Hauptschuldner einen Kredit in ganz bestimmter Höhe, nicht aber weniger erhält, weil ihm der Hauptschuldner z. B. gesagt hatte, daß ihm nur ein Kredit in dieser Höhe etwas nützen könne und war diese Willensrichtung des Bürgen dem Gläubiger bei Ausstellung der Bürgschaftsurkunde aus deren Inhalt erkennbar gewesen, so haftet der Bürge bei Gewährung eines Kredits in geringerer Höhe nicht. Dieses Leistungsverweigerungsrecht verliert der Bürge auch nicht dadurch, daß er die Bürgschaftsurkunde in den Händen des Hauptschuldners oder des Gläubigers beläßt. Vgl. § 768 I 1.

3. Bürgschaft oder Garantievertrag. a) **RG.** 13. 4. 16, GruchotsBeitr. 60, 1005, JW. 16, 904, R. 16, Nr. 1288, WarnE. 16, 206. Das Wesen der Bürgschaft bildet das Einstehen für die Erfüllung der Schuldverbindlichkeit eines Dritten gegenüber dem Gläubiger dieses Dritten. Die rein dingliche Schuld, die Haftung nur mit einer Sache ohne persönliche Erfüllungspflicht ist in diesem Sinne keine Schuldverbindlichkeit eines Dritten; das Einstehen für die Zulänglichkeit der Sache zur Deckung der dinglichen Schuld ist Gewährübernahme, Garantievertrag. Es ist in der Rechtsprechung mehrfach hervorgehoben worden, daß es für die Entscheidung, ob Bürgschaft oder Garantieverpflichtung vorliege, auf die Wahl des gebrauchten Ausdruckes nicht ankomme, sondern auf den Inhalt der Verpflichtung. Eine Anwendung des § 401 BGB. auf den Garantievertrag ist ausgeschlossen; ein Übergang der Rechte aus diesem Vertrag auf den Rechtsnachfolger des Begünstigten findet also nach dem Gesetz nicht statt. Es kann aber gleichwohl ein solcher Übergang nach dem Vertragswillen der Parteien gewollt sein, so daß insoweit ein Vertrag zugunsten Dritter vorliegen kann. Deshalb kann aus einem solchen Parteiwillen auf den rechtlichen Charakter der Verpflichtung als Bürgschaft nicht geschlossen werden. Auch der Umstand, daß der Beklagte (der frühere Inhaber der Hypothek) wußte, sein Zessionar habe die Hypothek nicht als Kapitalsanlage erworben, sondern habe sie mit Gewinn weiter veräußern wollen und daß er sich verpflichtete, die Hypothek jederzeit zurückzunehmen, rechtfertigen noch nicht den Schluß auf eine Bürgschaft.

b) **RG.** 15. 5. 16, BayRpflZ. 16, 259, R. 16, Nr. 1878. Die Bürgen stehen in dem fraglichen Vertrag dafür ein, daß Schuldner nicht mehr als die buchmäßigen Passiva besitzt, daß der Kläger nicht aus vom Schuldner übernommenen Bürgschaften in Anspruch genommen, daß eine hypothekarische Darlehnsforderung voll eingehen wird und

daß alle Außenstände zu ihrem Nennwert eingehen. Es wird mithin von den sog. Bürgen nicht eine fremde Schuld, sondern ein Erfolg verbürgt; es wird nicht eine Zahlung an Stelle des Schuldners, sondern eine Gefahr etwaigen Verlustes übernommen, die dem Kläger erwachsen könnte. Das stellt im Gegensatz zur Bürgschaft den Tatbestand des Gewährvertrags dar.

4. Bürgschaft durch Wechselakzept. RG. 20. 3. 16, LeipzZ. 16, 1378. Die Hingabe eines Wechselakzeptes zur Sicherung des Gläubigers, mag sie auch wirtschaftlich im Sinne einer Bürgschaftsleistung erfolgt sein, vermag für sich allein ein zivilrechtliches Bürgschaftsverhältnis nicht zu begründen; andererseits kann der Abschluß eines Bürgschaftsvertrags von der Begebung eines Wechselakzeptes seitens des Bürgen an den Gläubiger begleitet sein, die vor allem der leichteren Verfolgung des aus dem Vertrag erwachsenden Leistungsanspruchs dienen soll. Darauf ob zur Zeit der Wechselbegebung ein Bürgschaftsvertrag schon geschlossen war oder nicht, kann es entscheidend nicht ankommen. Es kann natürlich die Bürgschaft auch erst nach der Wechselhingabe abgeschlossen und hierbei dem ohne diese Absicht hingegebenen Wechsel die Stellung eines besonderen Sicherungsmittels für die Bürgschaft angewiesen werden.

5. Rechtsverhältnisse aus der Zeichnung zu einer Deckung für die Kosten einer Ausstellung. a) Dresden 25. 10. 15, SächsOLG. 37, 295, SeuffA. 71, 64. Der Vertrag, mit dem der Beklagte dem Kläger verspricht, bis zur Höhe der gezeichneten Summe den etwaigen Fehlbetrag aus dem Ausstellungsunternehmen des Klägers zu decken, stellt einen Garantievertrag vor. Ein solcher ist ein einseitiger Vertrag und verpflichtet deshalb nur den Garantieübernehmer, nicht den Garantieempfänger. Es wird deshalb für den Garantieübernehmer ein Anspruch auf Rechnungslegung, etwa so wie im Falle des § 666 BGB., nicht begründet. Den Beweis des Eintritts des Garantiefalls hat allerdings grundsätzlich der Garantieempfänger zu führen. Im vorliegenden Falle hat sich aber der Beklagte im Garantieschein zur Leistung bereits auf die Mitteilung vom Vorhandensein eines etwaigen Fehlbetrags und die Meldung der Höhe seiner Inanspruchnahme verpflichtet. Das heißt, daß er das öffentliche Vertrauen, das die Leiter des klägerischen Ausstellungunternehmens an ihre Stelle gehoben hatten, teilte und deshalb auf den Nachweis des Bestehens eines Fehlbetrags sowie seiner Höhe verzichtete. Da also nach dem Willen der Vertragsparteien lediglich der Beschluß des Klägers für die Zahlungsverbindlichkeit des Beklagten entscheidend sein soll, ist es dem Beklagten auch zu verwehren, daß er die Grundlagen, auf denen der Beschluß der Einforderung der Garantiesumme beruht, bemängele und geltend mache, wie einerseits Eingänge (so die Garantiesumme) zu niedrig, andererseits Ausgänge zu hoch eingesetzt seien. Es ist ihm auch nicht zu gestatten, daß er je nach der Ursache die Entstehung der Leistungspflicht für einen Teil des tatsächlichen Fehlbetrags ablehne.

b) Dresden 6. 12. 15, SeuffA. 71, 141. Wer aus einer Zeichnung zur Deckung der Kosten einer Ausstellung in Anspruch genommen wird, kann nicht einwenden, daß der Fehlbetrag vom Unternehmer verschuldet sei. Ein Einwand dieser Art wird allerdings dem Garantieübernehmer mehrfach, zum Teil mit dem Hinweis auf § 254 BGB. zugestanden. Aber mit Unrecht.

§ 766.

Form der Bürgschaft.

1. Gebundenheit des Bürgen an seine Blankounterschrift. Stuttgart 2. 7. 15, WürttRpflZ. 16, 166. Dem Erfordernis des § 766 kann auch genügt werden, wenn der Bürge die Ausmittelung des Gläubigers einem Dritten, insbesondere dem Hauptschuldner überläßt. Hat der Bürge hierbei eine Blankounterschrift gegeben, so füllt der Dritte die Bürgschaftserklärung im Auftrag des Bürgen aus und schließt den Bürgschaftsvertrag als Bevollmächtigter des Bürgen mit dem Gläubiger ab (vgl. RG. 57, 66; 62, 382, IDR. 14, § 766 Ziff. 1). Wenn der Bürge eine Bürgschaftserklärung schreibt

und diese dem Hauptschuldner aushändigt, damit er sie dem Gläubiger übergibt, so enthält diese Erklärung nicht nur die Legitimation des Hauptschuldners zum Abschluß des Bürgschaftsvertrags, sondern auch die Erklärung des Bürgen an den Gläubiger, daß der Hauptschuldner zum Abschluß des Bürgschaftsvertrags bevollmächtigt ist. Hierauf ist § 172 BGB. entsprechend anzuwenden. Das gilt auch bei Abgabe einer Blankounterschrift und zwar ohne Unterschied, ob die Ausfüllung vor oder nach Erlöschen des Auftrags und der Vollmacht erfolgt.

2. Hamburg 1. 12. 15, HansGZ. 16, Bbl. 108. Es ist nicht notwendig, daß in der unterschriebenen Urkunde der gesamte Inhalt der Bürgschaftserklärung aufgeführt wird, sondern es genügt eine zweifelsfreie Bezugnahme auf ein anderes Schriftstück.

3. Stuttgart 15. 2. 16, R. 16, Nr. 667, WürttJ. 27, 262. Die Urkunde muß nach § 126 BGB. vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden. Diese Unterzeichnung kann auch in der Weise geschehen, daß der Vertreter des Bürgen für diesen unterschreibt, sei es in der Weise, daß er mit seinem Namen unterschreibt und seine Eigenschaft als Vertreter hierbei ersichtlich macht, oder daß er mit dem Namen des Bürgen unterzeichnet. Immer aber muß sich aus der Urkunde selbst ergeben, daß (wenn die Unterschrift einen anderen Namen trägt als den des Bürgen selbst) der Unterzeichner als Vertreter des Bürgen gehandelt hat. Eine Erklärung, wonach sich A. für die Schuld des B. verbürgt und mit dem Namen des C. ohne Beisatz unterzeichnet, entbehrt der vorgeschriebenen Schriftform, auch wenn C. tatsächlich von A. ermächtigt war für ihn zu unterzeichnen.

4. RG. 26, 6. 16, R. 16, Nr. 1708. Die Vereinbarung, daß der Gläubiger einem Vergleich zur Abwendung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners beizutreten habe, bedarf nicht der Aufnahme in den schriftlichen Bürgschaftsschein.

5. RG. 2. 10. 16, R. 16, Nr. 2088. Die zur Verpflichtung des eingebrachten Gutes erforderliche Zustimmung des Mannes zu einer Verbürgung der Frau braucht nicht in der Form des § 766 erklärt zu werden.

§ 767.

Umfang der Bürgschaft.

1. Kiel 11. 1. 16, LeipzZ. 16, 769, SchlHolstAnz. 16, 49. Umfang der Haftung des Bürgen bei Abzahlungsgeschäften. Nach der deutlichen Fassung des Bürgschaftsscheins, wonach der Bürge die selbstschuldnerische Bürgschaft „für die Verbindlichkeiten seiner Frau bei der Firma N. N. aus dem Ankauf von Möbeln" übernommen hat, haftet der Bürge auch für die etwa eintretende Herausgabepflicht. Ein nachträgliches Rechtsgeschäft des Hauptschuldners, durch das seine Verpflichtung erweitert würde (§ 767 Satz 2), kommt dabei nicht in Frage. Es mag sein, daß die Vorstellung der Beteiligten bei Eingehung der Bürgschaft sich wesentlich nur auf die nächstliegende Verpflichtung, die Kaufpreiszahlung, erstreckt hat. Es ist aber nicht erforderlich, daß der Bürge bei Eingehung der Bürgschaft sich schon über alle möglicherweise eintretenden Veränderungen der Hauptschuld klar ist.

2. Vereinbarung, daß der Gläubiger ohne Zustimmung des Bürgen keinen Vergleich abschließen darf ohne daß die Ansprüche des Gläubigers gegen den Bürgen dadurch aufgehoben oder beschränkt werden. RG. 16. 12. 15. Vgl. § 765 I 2.

3. Hamburg 18. 11. 15, DRAZ. 16, 18, JW. 16, 775. Ist die Bürgschaft so übernommen, daß Zahlung erst erfolgen muß, wenn sich der Bürge durch Schriftwechsel mit dem in England wohnenden Hauptschuldner ins Einvernehmen hat setzen können, so kann zur Zeit — wegen des Kriegs und der dadurch herbeigeführten Unmöglichkeit des Briefwechsels mit einer in England befindlichen Person — gegen den Bürgen nicht vorgegangen werden.

4. Colmar 28. 2. 16, R. 16, Nr. 1107. Die Frage, ob die Verpflichtung des Bürgen

sich auf die vom Hauptschuldner vertraglich zu entrichtenden Zinsen erstreckt, ist weder durch § 767 Satz 1 noch Satz 3 entschieden, sondern nur im Wege der Auslegung des einzelnen Bürgschaftsversprechens zu entscheiden. In der Regel wird sich das Bürgschaftsversprechen auch auf die Zinsen erstrecken, wenn der Bürge bei Übernahme der Bürgschaft die Verzinslichkeit der Hauptschuld kannte oder wenn bei Bürgschaft für eine erst zu begründende Schuld der Bürge weiß, daß die Eingehung einer verzinslichen Schuld geplant ist.

5. München 26. 3. 15, SeuffA. 71, 342. Die Behauptung, daß der Zwangsvergleich und die Bürgschaftserklärung hierfür nur die Forderungen betreffe, die konkursmäßig nach § 146 KO. festgestellt wurden, ist nicht richtig. Da nach § 131 KO. der Zwangsvergleich allen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern gleiche Rechte gewährt und da selbst Gläubiger, die nicht am Konkurs teilgenommen haben, vom Gebot der Gleichheit der Rechte umfaßt werden, so gilt das natürlich auch von solchen Gläubigern, die zwar zunächst am Konkurs durch Anmeldung ihrer Forderung teilgenommen, dann aber überhaupt oder hinsichtlich eines Teils ihrer Forderung auf konkursmäßige Befriedigung verzichtet haben, ohne gleichzeitig auf die Forderung selbst zu verzichten. Das RG. hat daher mit Recht erkannt, daß die Abrede, es sollten die Gläubiger „festgestellter" Forderungen, 20 % erhalten, mit Rücksicht auf § 181 KO. dahin zu verstehen sei, daß die Vergleichsrechte allen Gläubigern zukommen sollen, deren Forderungen schon beim Vergleichsabschluß festgestellt sind oder später festgestellt werden. Was aber für die „Hauptschuld" gilt, muß auch für die Bürgschaft gelten.

6. **RG.** 31. 5. 16, R. 16, Nr. 1880. Wenn vereinbart ist, daß der Bürge erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Gläubiger nicht aus einem Grundstück Befriedigung erlangt, so kann die Klage aus der Bürgschaft nicht deshalb abgewiesen werden, weil ein Dritter bereits die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibe und der Bürgschaftsgläubiger abzuwarten habe, wie weit er dabei zur Deckung seiner Forderung gelange.

§ 768.

Einreden des Bürgen

1. Bürgschaft und Ausgleichserlaß. a) **RG.** 3. 1. 16, GruchotsBeitr. 60, 671, JW. 16, 479, LeipzZ. 16, 1555, R. 16, Nr. 668, WarnE. 16, 82. Den Ausführungen der Revision, daß der Bürge sich zwar in der Regel auf einen dem Hauptschuldner von dem Gläubiger vertraglich gewährten Erlaß berufen kann, daß aber diese Befugnis dann wegfalle, wenn der Erlaß die Folge der fehlenden Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners sei und der Gläubiger im Erlaßvertrag (Teilerlaß) alles bekomme, was überhaupt von dem Schuldner zu erlangen sei, ist nicht zuzustimmen. Aus welchen Gründen der Erlaß gewährt wurde, ist ohne Bedeutung. Daß der Bürge forthaftet, wenn der Gläubiger von dem Hauptschuldner nur die Vergleichsquote beitreiben kann, läßt sich aus Wesen und Zweck der Bürgschaft nicht folgern. Es ist Sache des Gläubigers, der einem außergerichtlichen Vergleich mit dem Hauptschuldner zustimmen will, sich mit dem ihm haftenden Bürgen in Verbindung zu setzen und dessen Zustimmung zur Fortdauer der Haftung trotz des teilweisen Erlasses der Hauptschuld zu erreichen. (Ob eine solche Abmachung die Form des § 766 erfordert, ist nicht zu entscheiden.) Es geht auch nicht an, aus der Fassung der Bürgschaftsurkunde einen Verzicht des Bürgen auf die Einrede des Erlasses herzuleiten. Aus dem Begriffe der Ausfallsbürgschaft folgt zwar, daß der Bürge erst haften will, wenn der Ausfall feststeht, nicht aber, daß er in diesem Falle anders und strenger haften will, als es sonst eine Bürgschaft mit sich bringt.

b) Jaeger, LeipzZ. 16, 526 wendet sich gegen das unter Ziff. 1a mitgeteilte Urteil des Reichsgerichts mit folgenden Ausführungen: § 768 enthält keinen zwingenden Rechtssatz. Deshalb kann zweifellos nicht nur durch ausdrückliche, sondern auch durch eine der Verkehrssitte und den Kreisen der Parteien entsprechende stillschweigende Übereinkunft zwischen Gläubiger und Bürgen die Bürgschaft in dem Sinne übernommen werden, daß

der Bürge ungeachtet des Beitritts des Gläubigers zu einem konkursabwendenden Ausgleich in vollem Umfang als Selbstschuldner verhaftet bleibt. Aber man muß noch einen Schritt weiter gehen. Dem Wesen des Gläubigerausgleichs entspricht es, daß die Gläubiger keinesfalls schlechter gestellt sein wollen als im Konkursfalle; durch Bürgschaft gesicherte Gläubiger werden also nicht den Willen haben, eine selbst dem Konkurs trotzende Deckung zu opfern. Wer eine Bürgschaft übernimmt, erklärt sich im Zweifel von vornherein mit einer solchen unabgeschwächten Fortdauer seiner Haftung einverstanden. Die Behauptung des Urteils, daß ein Gläubigerausgleich den erlassenen Teil der Schuld „völlig tilge", steht auch im Widerspruch mit der ständigen Rechtsprechung des RG., die im Falle des Zwangsvergleichs die Restschuld als unvollkommenes Schuldverhältnis fortwirken läßt; was für den Zwangsvergleich gilt, muß auch für den freiwilligen Ausgleich gelten. Für dieses unvollkommene Schuldverhältnis haften im Zweifel Bürgen und Pfänder weiter. Da der Dritthaftende nach dem Sicherungszweck der Bürgschaft die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners trägt, kann er sich auch nicht darüber beklagen, daß ihm der dem Schuldner bewilligte Ausgleich den gesetzlichen Forderungserwerb (§ 774) teilweise verkümmert. — Gegen die Ausführungen Jaegers wendet sich Marx, LeipzZ. 16, 794; hiergegen wieder Jaeger, LeipzZ. 16, 796.

2. Einwand der Vorteilsausgleichung. **RG.** 13. 1. 16, GruchotsBeitr. 60, 846, JW. 16, 400. Hat der Gläubiger gegen den Hauptschuldner Urteil erwirkt und die Zwangsvollstreckung betrieben und ist die Versteigerung der beim Schuldner gepfändeten Sachen in gesetzlicher Weise erfolgt, ohne daß der Gläubiger auf das Ergebnis der Versteigerung in sittenwidriger Weise eingewirkt, z. B. andere vom Bieten abgehalten hat, so kann der vom Gläubiger auf den Ausfall belangte Bürge nicht einwenden, daß der Gläubiger, der die Pfandsachen selbst ersteigert, durch deren Weiterverkauf mehr erhalten habe als seine Forderung betragen habe. Die Forderung des Gläubigers ist nur soweit getilgt, als der ihm infolge der Versteigerung zugeflossene Erlös beträgt. Von einer Anwendung der Grundsätze über Vorteilsausgleichung kann keine Rede sein, wenn es sich, wie hier, nicht um den Ersatz eines Schadens, sondern um die Erfüllung eines Vertrags handelt. In dem Verlangen des Gläubigers ist auch kein Verstoß gegen die guten Sitten zu finden. Die Ersteigerung von Pfändern, besonders von Mobiliar, ist wirtschaftlich immer ein gewagtes Geschäft. Selbst wenn der Wert der Pfänder den Erstehungspreis bedeutend übersteigt, kann doch in der Regel der Ersteher nicht sicher darauf rechnen, daß er sie seinen Zwecken entsprechend verwerten, sie besonders zu einem höheren Preise verkaufen werde. Geschieht dies doch, so erwächst ihm ein Vorteil aus einem Geschäft, das er lediglich auf eigene Gefahr unternommen hat. — Gegen dieses Urteil Fuchs a. a. O. „Die Entscheidung mag der heutigen Gesetzeslage entsprechen; dem Rechtsempfinden entspricht sie sicher nicht."

3. Marx, HessRspr. 17, 122. Einfluß der dem Hauptschuldner bewilligten gerichtlichen Zahlungsfrist auf den Bürgen. Da nach § 768 BGB. der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann, so kommt zweifellos die Zahlungsfrist auch dem Bürgen zugute. Dagegen kann, was den Anspruch des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner auf Befreiung von der Bürgschaft anlangt, dem Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen eine Zahlungsfrist nicht bewilligt werden, da die Gewährung nur bei Geldforderungen zulässig, der Befreiungsanspruch aber an sich keine Geldforderung ist. Allerdings ist die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil auf Befreiung von der Bürgschaft nur in der Weise möglich, daß der Bürge sich vom Gericht ermächtigen läßt, die Befriedigung des Gläubigers auf Kosten des Schuldners selbst vorzunehmen und beantragt, daß der Schuldner zur Vorauszahlung des hierfür nötigen Betrags verurteilt werde. Schlägt der Bürge aber diesen Weg ein, dann verfolgt er eine Geldforderung und der Hauptschuldner ist jetzt in der Vollstreckungsinstanz in der Lage, den Antrag auf gerichtliche Stundung zu stellen. Auf den Fortbestand und den Umfang einer auf unbestimmte Zeit geleisteten Bürgschaft hat die Bewilligung der Zah-

lungsfrist gegenüber dem Hauptschuldner keinen Einfluß. Anders bei der Bürgschaft auf bestimmte Zeit. Steht bei einer solchen Bürgschaft dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, so ist der Gläubiger zwar stets in der Lage, den Fortbestand der Bürgschaft dadurch zu sichern, daß er nach Ablauf der bestimmten Zeit dem Bürgen unverzüglich anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme. Aber der Bürge haftet nicht für die Zinsen, die nach Ablauf der Bürgschaftszeit während der Zahlungsfrist erwachsen, auch nicht für Verzugszinsen. Hat dagegen der Bürge die Einrede der Vorausklage, so würde allerdings durch die Bewilligung der Zahlungsfrist, die den Charakter einer Stundung hat, gemäß § 777 BGB. der Fortbestand der Bürgschaft in Frage gestellt. Da die Bewilligung einer Zahlungsfrist nach Art. 1 VO. v. 8. 6. 16 aber unzulässig ist, wenn die Zahlungsfrist dem Gläubiger einen unverhältnismäßigen Nachteil bringt, kann in diesem Falle eine Zahlungsfrist überhaupt nicht bewilligt werden, es sei denn, daß der Bürge dem Fortbestand seiner Haftung zustimmt. -> Zu vgl. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 3, 48, 78. <-

§ 771.

RG. 14. 2. 16, BayRpflZ. 16, 179, LeipzZ. 16, 805. Bei einer Ausfallbürgschaft kann von einer Einrede der Vorausklage keine Rede sein, da der Nachweis, daß der Ausfall eingetreten ist und die sonstigen bestellten Sicherheiten zur Befriedigung des Gläubigers nicht geführt haben, hier zur Klagebegründung gehört. Dagegen können auch bei einer Ausfallbürgschaft Abmachungen getroffen sein, die die Art und Weise der Inangriffnahme der sonstigen Sicherheiten und den Nachweis ihrer Unzulänglichkeit in bestimmter Weise festlegen und so das Erfordernis des Ausfallnachweises zur Klagebegründung abschwächen.

§ 773.

Karlsruhe 13. 6. 16, DJZ. 16, 1002. Keine Einrede der Vorausklage des Bürgen nach Anordnung der Geschäftsaufsicht über das Vermögen des Hauptschuldners nach BRVO. v. 8. 8. 14, denn damit ist der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit offenkundig und während der Dauer der Geschäftsaufsicht die Konkurseröffnung ausgeschlossen.

§ 774.

I. Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner.

1. Dresden 4. 7. 13, SächsRpflA. 16, 267. Es ist zu scheiden einerseits die Erfüllung der Hauptschuld, zu der regelmäßig wie jeder Dritte auch der Bürge fähig ist und die zur Tilgung der Hauptschuld führt, andererseits die Erfüllung der Bürgschaftsschuld, die nur diese tilgt und den Übergang der Hauptforderung auf den Bürgen zur Folge hat. Erfüllung der Hauptschuld wird nur anzunehmen sein, wenn der Bürge zu erkennen gibt, daß er diese nicht erwerben will. Im Zweifel ist die Leistung des Bürgen an den Gläubiger als Erfüllung der Bürgschaftsschuld anzusehen. Dies gilt auch für eine bis zu einem bestimmten Betrag übernommene Kreditbürgschaft. Auch der Bürge wird also in der Regel durch Zahlung an den Gläubiger frei. Allerdings ist aber auch bei der Kreditbürgschaft der Fall denkbar, daß der Bürge nicht die eigene Schuld tilgen, sondern auf die des Hauptschuldners eine Zahlung leisten will, so daß die Bürgschaftsverbindlichkeit unberührt und der Bürge nach wie vor in der vollen, von ihm übernommenen Höhe verhaftet bleibt, sofern die Hauptschuld bei der künftigen Beendigung diese Höhe erreicht.

2. Dresden 21. 3. 16, SeuffA. 71, 423. Der Bürge hat nicht neben dem Gläubiger Anspruch auf Befriedigung im Konkurs des Hauptschuldners. Die Konkursmasse darf nicht zwei Gläubiger nebeneinander befriedigen, von denen der Hauptschuldner außerhalb des Konkurses nur entweder den einen oder den anderen zu befriedigen hätte. Dieser zu vermeidende Erfolg würde aber eintreten, wenn der mitverhaftete Bürge Beteiligung im Konkurse wegen seines selbständigen Anspruchs auf Schuldbefreiung beanspruchen könnte.

3. **RG.** 15. 10. 15, R. 16, Nr. 54. Hat ein Dritter die Bürgschaftsschuld ver-

gleichsweise getilgt, so kann aus der beigefügten, überflüssigen Abtretung der gezahlten Forderung kein sachlicher Grund zur Rückforderung der Zahlung aus dem Gesichtspunkte des Forderungskaufes entnommen werden.

4. **RG.** 14. 12. 15, R. 16, Nr. 226. Ist eine Verurteilung des Bürgen für eine Vertragsschuld erfolgt, obwohl der Gläubiger vom Vertrag zurückgetreten war, so bedarf ein Anspruch des Hauptschuldners gegen den Gläubiger auf Entlastung gegenüber dem Bürgen besonderer Begründung. Allerdings wäre es nach § 346 BGB. Sache des (beklagten) Gläubigers, den (klagenden) Hauptschuldner, den er widerrechtlich in eine Haftung gegenüber dem Bürgen verwickelt hätte, zu befreien. Dagegen würde es einer besonderen Darlegung bedürfen, warum die trotzdem verurteilten Bürgen gegen den Hauptschuldner Rückgriff nehmen könnten. § 774 BGB. käme ihnen nicht zugute, da eine Forderung des Beklagten gegen den Kläger, die auf sie übergehen könnte, nicht bestand. Ein Anspruch aus dem Auftrag aber, sei es nach § 670 auf Zahlung oder nach § 775 Ziff. 4. auf Befreiung ließe sich nur rechtfertigen, wenn die Bürgen die Verurteilung nicht durch fahrlässige Prozeßführung verschuldet hätten.

5. **RG.** 29. 12. 13; 83, 401, BankA. 15, 186. Hat der Bürge den verbürgten Teilbetrag vor Eröffnung des Konkurses über den Hauptschuldner an den Gläubiger bezahlt, so ist er wegen des auf ihn übergegangenen Teils der Forderung Konkursgläubiger.

II. Mitbürgen.

1. **RG.** 8. 12. 15, R. 16, Nr. 227. Hat ein Mitbürge Hypothekenzinsen bezahlt, so kann er aus dem auf die Hypothek entfallenden Steigerlös volle Befriedigung verlangen, und zwar auch dann, wenn der Ersteher ein Mitbürge war. Dieser kann im Verteilungsverfahren auch nicht mit Schadensersatzansprüchen aufrechnen, die ihm daraus entstanden sind, daß er mit Rücksicht auf seine Bürgenhaftung das Grundstück angesteigert hat.

2. Kiel 19. 10. 15, SchlHolstAnz. 16, 14. Zwischen mehreren Mitunterzeichnern eines Wechsels, die nach der getroffenen Vereinbarung ihre Unterschrift im Innenverhältnis nur als Bürgen des Hauptschuldners abgegeben haben, besteht im Fall der Bezahlung des Wechsels durch einen Mitunterzeichner ein Ausgleichungsanspruch. Der Zahlung steht die Hingabe eines Prolongationswechsels gleich, wenn dieser an Erfüllungsstatt angenommen ist. Auf den Zahlenden geht der entsprechende Teil der Forderung einschließlich der Zinsen über und zwar nicht nur, soweit sie von ihm gezahlt sind, sondern auch für die weiteren Zinsen.

3. Anwendbarkeit des § 139 BGB. a) Kiel 4. 4. 16, SchlHolstAnz. 16, 162. Die Zusammenfassung der mehreren Bürgschaftserklärungen in einer Urkunde und der Umstand, daß die Bürgschaft übernommen wurde im Interesse der F.schen Familie von den Familienmitgliedern sprechen dafür, daß jedenfalls die Bürgschaft seitens des Beklagten, der den Bürgschaftserklärungen der übrigen Bürgen hinzutrat, nur übernommen wurde im Zusammenhang mit den Bürgschaftserklärungen der anderen. Dieser Zusammenhang war auch dem Kläger gegenüber als Gläubiger erkennbar zum Ausdruck gebracht. Der Kläger erhielt eine einheitliche Bürgschaftsurkunde, ersah aus ihr, daß Beklagter als letzter unterzeichnet hatte, für ihn war somit erkennbar, daß Beklagter nur als Mitbürge zusammen mit den übrigen haften wollte. Für eine solche Einheitlichkeit eines aus Teilen zusammengesetzten Rechtsgeschäftes ist es nicht erforderlich, daß die Erklärungen in einem zeitlich einheitlichen Akte erfolgen.

b) Das Urteil des OLG. Kiel ist vom **RG.** 28. 9. 16; 88, 412, JW. 16, 1531, LeipzZ. 16, 1540 aufgehoben worden mit folgender Begründung: Die Folgerung des BG., aus dem Umstand allein, daß die Beklagte als letzte nach den F.schen Familienmitgliedern die Bürgschaftsurkunde unterzeichnet, hätte die Klägerin entnehmen können, daß die Beklagte nur als Mitbürgin im Zusammenhang mit den übrigen Bürgen ihre Bürgschaftsverpflichtung übernehmen wollte, entbehrt der Schlüssigkeit. Denn der zufällige Umstand, an welcher Stelle sich die Unterschrift der Beklagten befand, kann unmöglich dafür ent-

scheidend sein, in welcher Absicht sie die Erklärung abgeben wollte. Auf ihre innere Absicht kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg berufen. Es ist freilich möglich, daß mehrere Personen gemeinschaftlich eine Bürgschaft mit der ausdrücklichen Vereinbarung übernehmen, diese solle nur dann wirksam sein, wenn die mehreren Mitbürgen sämtlich aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werden können. Eine derartige Vereinbarung muß aber, um dem Gläubiger gegenüber wirksam zu sein, zwischen diesem und den Bürgen getroffen werden. Sie ist auch selbst dann erforderlich, wenn jemand für eine Schuld als selbstschuldnerischer Bürge eintritt, für die bereits ein Bürge vorhanden war. Dem mit einem solchen Beitritt verfolgten Zweck der Verstärkung der Sicherheit des Gläubigers würde es widersprechen, wenn eine zweite und spätere Verbürgung nur als mit dem Vorbehalt der Haftung des ersten Bürgen abgegeben behandelt würde.

4. In welchem Verhältnis haften die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter sich aus einer geleisteten Bürgschaft? **RG.** 21. 2. 16; 88, 122, BauersZ. 16, 23, 255, DJZ. 16, 725, PosMSchr. 16, 64. Die Gesellschafter einer GmbH. stehen zueinander in einem Vertragsverhältnis. Das im Gesellschaftsvertrag festgelegte Beteiligungsverhältnis bildet von vornherein den natürlichen Maßstab bei allen Verpflichtungen, die die Gesellschafter in den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich übernehmen. Diese Beteiligung bleibt auch für die Ausgleichung maßgebend, solange nicht eine Abweichung davon von dem, der sie behauptet, bewiesen wird. Dies trifft insbesondere den Fall der Bürgschaft der Gesellschafter für Schulden der GmbH. und gilt selbst dann, wenn nicht alle Gesellschafter die Verpflichtung eingegangen sind.

§ 775.

Einfluß der dem Hauptschuldner bewilligten gerichtlichen Zahlungsfrist auf den Befreiungsanspruch des Schuldners s. § 768 Ziff. 3.

§ 776.

Sorgfaltspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen.

1. **RG.** 22. 11. 15; 87, 327, BankA. 15, 426, R. 16, Nr. 1489, SeuffA. 71, 404. Das BGB. hat zwar eine Verpflichtung des Gläubigers, beim Vorgehen gegen den Hauptschuldner auf die Interessen des Bürgen Rücksicht zu nehmen, grundsätzlich nicht angenommen; nur in den besonderen Fällen des § 776 tritt dadurch, daß der Gläubiger gewisse Rechte aufgibt, eine Befreiung des Bürgen ein. Andererseits steht aber auch der Bürgschaftsvertrag unter dem allgemeinen Gebot von Treu und Glauben. Der Gläubiger, der einen Ausfallbürgen in Anspruch nimmt, obwohl er selbst den Ausfall durch nachlässige Beitreibung einer für die Forderung haftenden Hypothek verursacht hat, verstößt aber gegen Treu und Glauben.

2. Hamburg 7. 1. 16, HansGZ. 16, Bbl. 141. Der Bürge hat, abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Fällen der §§ 776, 777 BGB. gegenüber dem Gläubiger kein Recht darauf, daß der Gläubiger die Interessen des Bürgen berücksichtige und für eine Beitreibung der Schuld von dem Hauptschuldner Sorge trage.

3. **RG.** 28. 9. 16; 88, 410, JW. 16, 1476, LeipzZ. 16, 1541. An sich werden für den Gläubiger durch den Bürgschaftsvertrag nur Rechte begründet; nach dessen Sinn und Zweck besteht die Vertragsleistung des Bürgen darin, dem Gläubiger eben dafür eine Sicherung zu gewähren, daß seine Ansprüche an den Hauptschuldner befriedigt werden. Eine vertragliche Verpflichtung des Gläubigers dem Bürgen gegenüber, beim Vorgehen gegen den Hauptschuldner auf die Interessen des Bürgen Rücksicht zu nehmen, besteht grundsätzlich nicht. Das Verlangen des Bürgen, der Gläubiger solle seine für die verbürgte Forderung bestehende Hypothek in der Zwangsversteigerung ausbieten, unter Umständen also ohne Rücksicht darauf, ob es für seine eigene Vermögenslage ersprießlich sein möchte, das Grundstück selbst erwerben und verwerten, erscheint daher nach der Sachlage ungerechtfertigt.

4. Benachrichtigungspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen. **RG.** 17. 4. 16, WarnE. 16, 205. Eine Benachrichtigungspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen besteht im allgemeinen nicht (**RG.** 65, 134), sondern nur dann, wenn die Benachrichtigungspflicht aus den besonderen, im gegebenen Fall zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen zu begründen ist. Wenn auch der Gläubiger den Bürgen bisher über alle möglichen Vorkommnisse und Dispositionen, die sich auf die Bauten des Schuldners bezogen, aus Gefälligkeit auf dem laufenden hielt, so folgt aus einer solchen, wenn auch wiederholten Gefälligkeitsleistung noch keine Vertragsbindung.

5. **RG.** 13. 1. 16, R. 16, Nr. 670. Für den Gläubiger besteht keine Rechtspflicht, den Bürgen von einer bevorstehenden Versteigerung beweglicher Sachen des Schuldners zu verständigen.

§ 778.

Kreditauftrag. Das JDR. 14 § 778 Ziff. 2 abgedruckte Urteil des **RG.** jetzt auch **RG.** 87, 144.

Neunzehnter Titel. Vergleich.

§ 779.

1. **RG.** 26. 11. 15, R. 16, Nr. 438. Wird in einem Prozeßvergleich eine Leibrente versprochen, so genügt die prozeßordnungsmäßige Beurkundung des Vergleichs.

2. **RG.** 4. 1. 16, R. 16, Nr. 1122 (KrE.). Einigen sich die Vertragsteile nach Lieferungsverzug des Verkäufers eines Kriegsmetalls auf nachträgliche Erfüllung zu einem geringeren Preis, so ist der einseitige Irrtum des Verkäufers über die als Bedingung des ursprünglichen Geschäftes vorgesehene Ausfuhrbewilligung kein Nichtigkeits- sondern nur allenfalls ein Anfechtungsgrund. Eine Unwirksamkeit der Vereinbarung läge nur vor, wenn beide Teile bei Abschluß der nachträglichen Vereinbarung von dem Vorliegen der Ausfuhrgenehmigung als einer sicheren Tatsache irrig ausgegangen wären.

3. **RG.** 5. 5. 16, R. 16, Nr. 1883. Auf einen Irrtum in bezug auf einen streitigen oder ungewissen Punkt, auf dessen Klarstellung für die zukünftigen Beziehungen der Parteien der Vergleich gerade abzielt, kann sich die irrende Partei nicht berufen, wohl aber ist eine Betrugsanfechtung zulässig.

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

§§ 780—782.

1. **RG.** 16, 9, 16, R. 16, Nr. 1884. Auch Briefform kann genügen.

2. **RG.** 25. 10. 15, LeipzZ. 16, 1556, R. 16, Nr. 55. Gegenüber der Anerkennung der Saldoschuld aus einer Bilanz kann ein Bereicherungsanspruch nur dann erhoben werden, wenn dargetan wird, daß das Schuldgrundverhältnis nicht bestanden hat; es genügt nicht der Nachweis, daß die Bücher, auf Grund deren die Bilanz gezogen ist, unrichtig geführt waren.

3. **RG.** 2. 10. 15, LeipzZ. 16, 222. Für eine Anerkenntnis, wonach jemand seine Restkaufpreisschuld aus einem zwischen den Parteien abgeschlossenen Grundstückskauf anerkennt, ist, da dieses Schuldverhältnis unter § 313 BGB. fällt, gemäß § 781 Abs. 2 gerichtliche oder notarielle Beurkundung notwendig; einfache schriftliche Anerkenntniserklärung genügt nicht.

4. Sog. deklaratorisches Anerkenntnis der Ersatzpflicht. **RG.** 1. 5. 16, GruchotsBeitr. 60, 1008, LeipzZ. 16, 1024. Darin, daß Beklagter „seine Ersatzpflicht im Rahmen des HaftpflG. anerkannte" liegt zwar nicht ein, einen neuen Haftungsgrund erzeugendes selbständiges Schuldanerkenntnis i. S. des § 781 (konstitutives Schuldanerkenntnis). Daraus ist aber nicht zu folgern, als ob das Anerkenntnis des Beklagten nur bedeute, Beklagter wolle lediglich ein „Zugeständnis" abgeben, daß die Voraussetzungen der Haftungsbegründung an sich erfüllt seien, jedoch vorbehaltlich aller gegen diese zu erhebenden Einwände. Vielmehr liegt in der Erklärung ein das Bestehen der bereits vor-

liegenden Schuld bestätigendes (sog. deklaratorisches) Anerkenntnis. Auf ein solches Anerkenntnis findet § 812 Abs. 2 keine Anwendung. Es hat vielmehr die Bedeutung, daß der Schuldner nach dessen Abgabe nur noch solche Einwendungen geltend machen kann, die er zur Zeit des Anerkenntnisses nicht kannte.

Einundzwanzigster Titel. Anweisung.

§ 783 ff.

1. Wegen Nichtangabe des Ausstellungsorts ungültiger Scheck als Zahlungsauftrag. KG. 26. 6. 16, BankA. 16, 23. Vgl. unten ScheckG. § 1 Ziff. 3.

2. Hamburg 1. 3. 16, BankA. 15, 408. Eine zur Zahlung einer Geldsumme an einen Dritten beauftragte Bank wird dem Dritten gegenüber zur Zahlung des Betrags nicht schon dadurch verpflichtet, daß sie ihm den Betrag als disponibel „avisiert". Sie ist daher auch nach einer auf Veranlassung des Auftraggebers erfolgten Avisierung verpflichtet, einem Widerruf des Zahlungsauftrags seitens des Auftraggebers Rechnung zu tragen.

3. **RG.** 25. 2. 16, BankA. 15, 360. Wenn eine Bank (A.) einen ihrer Kunden bei einer anderen Bank (B.) mit einem bestimmten täglichen Betrag für eine bestimmte Zeit akkreditiert und diese Krediteinräumung von der Bank B. nicht nur gegenüber der Bank A. sondern auch dem Kunden gegenüber durch die tatsächliche Handhabung vollzogen wird — indem die Bank B. dem Kunden gegen von diesem unterschriebene Doppelquittungen mit dem Vordruck „Von der Bank B. für Rechnung der Bank A." Zahlungen leistet und mit den abgehobenen Beträgen die Bank A. belastet, die ihrerseits wiederum die ihr so aufgegebenen Beträge zu Lasten ihrer Kunden schreibt —, so ist dem Kunden, solange das Akkreditiv zwischen den beiden Banken besteht, also innerhalb dieses Verhältnisses ein selbständiger Anspruch gegen die Bank B. auf wirklichen Vollzug der gewährten Krediteinräumung erwachsen. Mit dem Recht der Anweisung insbesondere der angenommenen Anweisung hat der Tatbestand nichts zu tun. Er weist vielmehr alle Merkmale eines Vertrags zwischen den Kunden und der Bank B. auf. Zweck und Absicht der Akkreditierung bestand nicht darin, daß der Kunde die Beträge als Inkassobevollmächtigter der Bank A. erheben sollte, sondern darin, daß der Kunde die Abhebung für sich selbst im eigenen Namen machte. Daß die Bank A. der anderen Bank Deckung zusagte und leistete, war nur der stützende Untergrund der Zahlung der Bank B. an den Kunden.

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

Schrifttum: Radlauer, Rechtliche Natur der Sparkasseneinlagen und -Bücher. Berlin 1916.

§ 808.

Rechtsverhältnisse der Sparkassen und Sparkasseneinlagen.

1. Einzahlungen auf den Namen eines Dritten. Radlauer 9. Handelt der Einzahlende als Bote oder als Vertreter des Geldgebers, so wird dieser als Dienstherr oder als der Vertretene Gläubiger der Einlage. Bei der Einzahlung durch einen Boten wird der Dienstherr auch ohne weiteres Besitzer des Sparkassenbuchs (§ 855 BGB.). Geschieht die Einzahlung durch einen Vertreter, so tritt nach § 952 BGB. dieselbe Rechtsfolge ein; mit dem Erwerb der Spareinlage steht danach dem Vertretenen das Eigentum an dem Buch zu. Wenn die Einzahlung für einen Dritten erfolgt, ohne daß ein solches Rechtsverhältnis vorliegt, z. B. in Schenkungsabsicht, dann ist zu unterscheiden, ob die Einzahlung mit Kenntnis und Genehmigung des Dritten erfolgt oder ohne sie. Im letzten Fall ist ein Recht des Dritten auf Einlage und Buch rechtlich nicht zu begründen. § 328 BGB. kann zur Begründung eines solchen Rechts nicht herangezogen werden. Erfolgt die Einzahlung mit Kenntnis und Genehmigung (Annahme) des Dritten, dann kann diese Kenntnis und Genehmigung vor oder nach der Einzahlung erfolgen. Bei der ersten Alternative werden mit Rücksicht auf den entscheidenden Wert, den die Verkehrsauffassung auf

den Besitz des Buchs legt, sowohl Schenker wie Beschenkter vor Übergabe des Sparkassenbuchs die Schenkung noch nicht als vollendet ansehen. Das ist sicher dann anzunehmen, wenn der Schenker, wozu er berechtigt ist, ausdrücklich erklärt, daß er das Buch einstweilen selbst behalten wolle. Aber auch ohne diese Erklärung wird die Rechtslage mit Rücksicht auf die Verkehrsauffassung ebenso beurteilt werden müssen, daß das Buch als Träger der Forderung gilt; man wird in der Zurückhaltung des Sparkassenbuchs die Absicht des Schenkers erblicken müssen, den Beschenkten noch nicht in die Lage zu versetzen, über die Einlage zu verfügen. Gleichartig erscheint die Rechtslage, wenn der Beschenkte zunächst keine Kenntnis von der Einzahlung auf seinen Namen hat, sie erst später erhält und die Schenkung annimmt. Der Umstand, daß der Beschenkte das Sparkassenbuch eine Zeitlang in Verwahrung bekommen hat, wenn auch durch den Schenker selbst, vermag die zum Vollzug der Schenkung erforderliche Übereignung des Buches nicht zu ersetzen. Macht ein Vater oder die Mutter als Inhaber der elterlichen Gewalt Spareinlagen für minderjährige Kinder, so ist aus dem Vertreterverhältnis noch nicht zu folgern, daß schon bei der Einzahlung ohne Kenntnis der Kinder eine Einigung über die Schenkung erfolgt; die Schenkungsvereinbarung muß also mit einen Dritten als Vertreter des Kindes erfolgen, wobei die Kinder nach § 106 als beschränkt geschäftsfähig anzusehen sind. Erfolgt die Einzahlung nicht im Wege der Schenkung, sondern auf Grund eines entgeltlichen Vertrags, so wird durch die Einzahlung auf den Namen eines Dritten dessen Recht auf die Einlage und das Buch sofort begründet.

2. Übertragung der Spareinlagen. Radlauer 15. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist zum Vollzug der Schenkung eines Sparkassenguthabens außer der Abtretungserklärung die Übergabe des Buches nicht erforderlich. Dieser rechtlich nicht zu beanstandende Grundsatz übersieht aber die Verkehrsauffassung, die erst an den Besitz des Buches rechtswirksame Folgen knüpft. Bei entgeltlichen Abtretungen wird man zwar grundsätzlich die Auffassung des Reichsgerichts billigen müssen; dagegen wird man bei der schenkungsweisen Abtretung aus der nicht erfolgten Übergabe des Buches auf die Absicht des Schenkers schließen müssen, die Schenkung solle noch nicht als endgültig angesehen werden. Man wird deshalb entgegen dem Reichsgericht in der schenkungsweisen Übereignung des Buches die gleichzeitige Abtretung der Einlage und eine rechtswirksam erfolgte Schenkung zu erblicken haben, während sie in der Abtretung der Forderung ohne Überlassung des Buches in der Regel nicht zu finden sein wird.

3. Verpfändung der Spareinlagen. Radlauer 21. Geht man davon aus, daß das Sparkassenbuch lediglich ein Legitimationspapier ist, so ist die Übergabe des Buches an den Pfandgläubiger zur Rechtswirksamkeit der Verpfändung nicht erforderlich. Da aber der Pfandgläubiger ohne Übergabe des Buches Gefahr läuft, daß trotz der Verpfändungsmitteilung die Sparkasse an den Besitzer des Buches zahlt, wird er gut tun, auf Übergabe des Buches zu bestehen. Wird ein Sparkassenbuch schlechthin als Faustpfand einem Gläubiger übergeben, so wird derjenige, der den Gesichtspunkt voranstellt, daß das Buch lediglich eine Legitimationsurkunde sei, das Pfandrecht an der Spareinlage nicht anerkennen wollen. Jedoch zu Unrecht. Man wird nicht nur mit Staudinger und dem Kommentar der Reichsgerichtsräte sagen, es sei Auslegungsfrage, ob nicht auch die mit der Urkunde verknüpfte Forderung verpfändet werden soll; sondern man wird als Regelfall mit Rücksicht auf die Verkehrsauffassung die Willensentschließung der Parteien dahin erblicken müssen, daß auch die Spareinlage verpfändet wird. Das gilt auch für den Fall, daß ein Sparkassenbuch als Kaution bestellt wird. Bei der Kautionsbestellung mit einem Sparkassenbuch überträgt nach der Verkehrsauffassung der Kautionsbesteller alsbald die Einlage unter der aufschiebenden Bedingung dem Vertragsgegner, daß diesem Ansprüche aus dem gesicherten Schuldverhältnisse erwachsen, in Höhe dieser Ansprüche.

4. Sparkassen und eheliches Güterrecht. Magnus, HansGZ. 16, Bbl. 217. Beim gesetzlichen Güterstand ist der Ehemann berechtigt, über eine auf den Namen der Frau lautende zum eingebrachten Gut gehörige Einlage allein zu verfügen. Ein Wider-

spruch der Frau gegen die Auszahlung an den Mann ist rechtlich bedeutungslos. Ebenso kann eine Satzungsvorschrift der Sparkasse, die im wesentlichen die Grundsätze des § 808 BGB. wiederholt und daneben bestimmt, daß das Sparkassenbuch unveräußerlich ist und die Sparkasse als Gläubiger nur den anerkennt, auf dessen Namen das Buch lautet bzw. dessen Erben, die Rechte des Mannes beseitigen.

5. **RG.** 28. 10. 15, WarnE. 16, 20. Die Abtretung eines Sparkassenguthabens kann durch bloßes, mündliches Übereinkommen, auch ohne Aushändigung des Buches, erfolgen.

6. **RG.** 22. 11. 15, WarnE. 16, 121. Derjenige, auf dessen Namen das Buch ausgestellt ist, ist deshalb nicht ohne weiteres als Gläubiger anzusehen. Der Darlehensvertrag wird vielmehr von der Sparkasse mit der Person geschlossen, die das Darlehen gewährt, gleichviel auf wessen Namen das Ausweispapier gestellt wurde. Einer Aufklärung des Sachverhalts gegenüber der Sparkassenverwaltung bedarf es nicht.

7. *Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZBlFG. 16, 600. Bei Pfändung eines Sparkassenguthabens ist das Verhältnis zwischen § 808 BGB. und § 829 ZPO. nicht ohne weiteres klar. In Höhe der gepfändeten Beträge besteht die Zahlungsmöglichkeit mit befreiender Wirkung für die Sparkasse nur noch gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger; im übrigen kann die Sparkasse weiter an jeden Vorleger des Sparkassenbuches mit befreiender Wirkung gegenüber dem Einleger zahlen.

Dreiundzwanzigster Titel. Vorlegung von Sachen.

§ 809.

Hillig, JW. 16, 474. § 809 und das Urheberrecht an Briefen. Das Urheberrecht an Briefen verbleibt bei dem Verfasser, wogegen das Eigentum an den Briefen auf den Empfänger der Briefe übergeht. Ein Anspruch des Urhebers oder seiner Rechtsnachfolger an den Eigentümer der Briefe, diese Briefe an den Urheberberechtigten zum Zwecke der Ausübung des Urheberrechts herauszugeben, besteht nicht. Ein „Anspruch in Ansehung" der Briefe und damit auf ihre Vorlegung nach § 809 BGB. besteht für den Urheber oder seine Rechtsnachfolger nur insoweit, als sie sich Gewißheit über den urheberrechtlichen Charakter der Briefe verschaffen wollen zu dem Zwecke, um gegen eine etwa von unbefugter Seite geplante Veröffentlichung der Briefe aus dem Urheberrecht Einspruch zu erheben. Dieser Anspruch besteht auch gegen den Eigentümer. Dagegen darf der Anspruch aus § 809 niemals zu dem Zweck ausgeübt werden, um dem Urheber oder seinem Rechtsnachfolger Gelegenheit zu geben, sich den Inhalt der Briefe zu verschaffen und den ermittelten Inhalt zu veröffentlichen.

Vierundzwanzigster Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Schrifttum: Droste, Das Anbauen an eine übergebaute Giebelmauer, GruchotsBeitr. 60, 251. — Frankenburger, Die rechtsgeschäftliche Anfechtung der Willenserklärung nach dem derzeitigen Stande der Rechtsprechung, HoldheimsMSchr. 16, 195. — Friedrichs (s. Schriftt. vor §§ 823ff.). — Hoffmann, Rückforderung zu Unrecht gewährter Krankenkassenleistungen, JW. 16, 811. — Maenner, Bereicherungsansprüche, DJZ. 16, 282. — Mantey, Wirkungen der Todeserklärung und ihrer Aufhebung, DNotZ. 16, 497 u. NaumburgAK. 16, 41. — Riehl (s. Schriftt. vor §§ 823ff.). — Riezler, Rechtswirkungen der bigamischen Ehe, JheringsJ. 66, 400. — Scholz, Die Absenderverfügung im Postrecht, EisenbZ. 32, 138. — Senf, Über die Anerkennung der Vaterschaft nach § 1718 BGB., ThürBl. 63, 135. — Stern, Die Todeserklärung Kriegsverschollener mit Rücksicht auf die BRVO. v. 18. 4. 16 (RGBl. 296), GruchotsBeitr. 60, 545. — Swoboda, Natur und Inhalt des Bereicherungsanspruchs im österreich. Recht, AÖstGZ. 16, 21 (auch besonders Wien 1916). — Werneburg (s. Schriftt. zum ZVG.).

§§ 812ff.

1. Swoboda, AÖstGZ. 16, 21 wendet sich gegen die unnatürliche Ausdehnung des Bereicherungsanspruchs. Der Schutz der beiderseitigen Vermögenslagen gibt in jeder Hinsicht dem Bereicherungsprozesse, sobald und solange die Redlichkeit des unbe-

rechtigten Empfängers besteht, sein charakteristisches Gepräge. Vgl. hierzu Oertmann, JLBl. 16, 169.

2. Maenner, DJZ. 16, 282 verteidigt gegen Oertmann (s. JDR. 14 § 818 Ziff. 1) die Rechtspr. des RG. zur Frage, was herauszugeben sei, wenn auf Grund nichtigen gegenseitigen Vertrages Leistungen und Gegenleistungen erfolgt sind (Abwägung der Vorteile und Nachteile), aus der Zusammenfassung der §§ 812, 816, 818.

3. Strucksberg (s. Schriftt. vor §§ 823ff.) findet entgegen der jetzt herrschenden Lehre und **RG.** 57, 277 in der Erlangung der ungerechtfertigten Priorität im Grundbuch eine ungerechtfertigte Bereicherung.

4. Droste, GruchotsBeitr. 60, 251 erörtert auch die verschiedenen Bereicherungsansprüche beim Anbauen an eine übergebaute Giebelmauer. S. auch unten Ziff. 13.

5. Riezler, IheringsJ. 66, 456 behandelt auch den Bereicherungsanspruch des Unterhalt gewährenden Pseudogatten gegen den empfangenden Teil bei nichtiger bigamischer Ehe.

6. Riezler, IheringsJ. 66, 446. Rückforderung armenrechtlicher Leistungen bei nichtiger bigamischer Ehe.

7. Friedrichs, ABürgR. 42, 28. Auch wenn die Schuld dem öffentlichen Recht angehört, sind die §§ 812 bis 822 nicht analog, sondern unmittelbar anzuwenden (77). Es wird die Rechtspr. des RG. und des PrOVG. hierzu erörtert.

8. Hoffmann, JW. 16, 811 behandelt die Rückforderung zu Unrecht gewährter Krankenkassenleistungen unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung.

9. Nußbaum (s. ZVG.), 245. Unhaltbar ist der Versuch von Stuttgart 20. 2. 03, WürttZ. 16, 290, dem in der Versteigerung mit dem Kapital ausgefallenen Hypothekar einen Anspruch aus ungerechtf. Bereicherung gegen die nachstehenden Realberechtigten, denen der Erlös der Zwangsverwaltung zugeflossen ist, zu gewähren.

10. Senf, ThürBl. 63, 135. Rückforderung des Anerkenntnisses der Vaterschaft nach §§ 812ff., wenn der Anerkennende der Mutter in der Empfängniszeit nicht beigewohnt hat oder die Entstehung des Kindes aus dieser Beiwohnung offenbar unmöglich ist.

11. Auerswald, GewuKaufmG. 22, 36 erörtert die ungerechtfertigte Bereicherung bei rechtsungültigen Dienstverträgen mit dem Kinde.

12. Riehl (s. §§ 823ff., Ziff. 4a) behandelt auch den Bereicherungsanspruch des arglistig Getäuschten.

13. Gemeinschaftliche Grenzmauer (s. JDR. 14 §§ 812ff., Ziff. 5). **RG.** 16. 12. 15, BayRpflZ. 16, 156. Bereicherungsanspruch, der nach §§ 812, 818 Abs. 2 auf Ersatz des Wertes des übergebauten Mauerteils, nicht auf Ersatz der halben Baukosten geht.

14. Unrichtige Todeserklärung. Die sich hieraus ergebenden Bereicherungsansprüche erörtern Mantey, DNotZ. 16, 509 und Stern, GruchotsBeitr. 60, 545.

15. GesuR. 17, 346. Wer eine schon einmal verwendete, aus Versehen jedoch nicht abgestempelte Briefmarke nochmals zur Frankierung benutzt, macht sich zwar nicht strafbar, wohl aber der Postbehörde nach §§ 812ff. haftbar.

16. **RG.** 18. 2. 16, R. 16, Nr. 1334. Beim Bereicherungsanspruch wegen nichtigen gegenseitigen Vertrags ist die bewirkte Gegenleistung nicht durch Aufrechnungs- und Zurückbehaltungseinrede geltend zu machen; sie bildet vielmehr einen Rechnungsumstand für die Bemessung der vorhandenen Bereicherung, so daß die Frage der Rückgewähr der Gegenleistung dem Verfahren über den Betrag überlassen werden kann (§ 304 ZPO.).

17. **RG.** 6. 7. 15, R. 16, Nr. 393. Erhebt bei Anfechtung eines Kaufvertrages der Käufer Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises, sei es auf Grund der Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung, sei es auf Grund derjenigen über unerlaubte Handlungen, so liegt es dem Beklagten ob, etwaige Ausgleichungsansprüche wegen seiner Gegenleistungen geltend zu machen. Tut er dies, so liegt darin nicht etwa das Vorbringen einer

Aufrechnung oder eines Zurückbehaltungsrechts, sondern ein Bestreiten des Klaganspruchs der Höhe nach (§§ 142, 273, 387, 823ff.).

18. RG. 15. 6. 16, R. 16, Nr. 2019 läßt dahingestellt, welche rechtliche Bedeutung der versehentlichen Durchstreichung eines Giros zukommt; auf jeden Fall können nach rechtskräftiger Abweisung einer Klage aus einem solchen Wechsel keine Bereicherungsansprüche gegen die betreffenden früheren Wechselschuldner geltend gemacht werden.

19. LG. Breslau 28. 10. 15, BreslauAK. 16, 29. Der Bereicherungsanspruch des Zessionars von Mieten gegen den betreibenden Gläubiger wird im Einzelfall verneint, weil der Zwangsverwalter den Mangel des rechtlichen Grundes beim Empfange der Mietzahlungen kannte (§§ 819, 822), der Gläubiger die Zuwendung nicht unentgeltlich erlangt, endlich aus der Masse auch nur einen kleinen Teil der aufgewendeten Vollstreckungskosten zurückerlangt hat.

20. Düsseldorf 11. 2. 16, JW. 16, 686. Der Beklagte, dessen Zahlungseinwand nicht erweislich sei, ist verurteilt, aber gleichzeitig für den Fall, daß sich die Zahlung später als erfolgt ergeben sollte, auf die Zurückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung verwiesen worden. Hierzu Bedenken von Heinsheimer, ebenda, weil die Rechtskraft die condictio indebiti ausschließe.

21. RG. 30. 10. 15, JW. 16, 180, SeuffA. 71, 273. Anwendung der §§ 812, 818 („gezogene Nutzungen") beim Bordellkauf auf dem Wege der exceptio doli generalis.

22. RG. 29. 10. 15, WarnE. 16, 39. Wird der Klaganspruch darauf gestützt, daß der Beklagte tatsächlich Zinsen aus dem zuviel erhobenen Steuerbetrage gezogen und deshalb wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812, 818 diese Nutzungen herauszugeben habe, so wird dadurch an der öffentlich-rechtlichen Natur des Anspruchs nichts geändert und es findet die Ausschlußfrist des § 57 ReichserbschStG Anwendung.

23. PrOVG. 22. 9. 15, OVG. 69, 202. Es handelt sich im Abs. 2 § 8 Umsatzsteuerordg. v. 15. 9. 10 (Steuerfreiheit) um die Fälle, in denen die Eigentumsübertragung selbst zwar wirksam ist, das ihr zugrunde liegende Geschäft aber einen Mangel hat, der es nichtig macht und den Anspruch auf Rückübertragung auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung gemäß §§ 812ff. BGB. erzeugt. Ein solcher Fall kann vorliegen, wenn ein schuldrechtliches Geschäft, das zur Auflassung geführt hat, nicht aber die Auflassung selbst wegen Irrtums angefochten ist.

24. BayVGH. 23. 6. 16, R. 16, 612. Für Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812ff.) finden die zivilrechtlichen Normen auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts Anwendung, sofern nicht positive Normen des letzteren entgegenstehen. Wenn mangels der gesetzlich vorgeschriebenen staatsaufsichtlichen Genehmigung ein nichtiger Rechtsakt vorliegt, besteht ein Rückforderungsrecht nach § 812 auf das infolge des nichtigen Rechtsaktes Geleistete.

25. Breslau 16. 9. 16, BreslauAK. 16, 83. Unzulässigkeit des Rechtsweges, wenn die Klage auf Ersatz von Aufwendungen für Räumung eines Grabens auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützt wird, auch wenn die Klage als Bereicherungsklage erhoben wird.

§ 812.

I. **Abs. 1.** 1. Frankenburger, HoldheimsMSchr. 16, 198, 201, 219. Die rechtswirksame Anfechtung bewirkt Nichtigkeit des angefochtenen Vertrags und meistens auch einen Anspruch aus § 812. — Demjenigen, der einen Vertrag wegen Irrtums mit Erfolg angefochten hat, steht nur der reine Bereicherungsanspruch aus § 812 auf Herausgabe des grundlos aus seinem Vermögen in das des Anderen Gelangten zu. **RG.** 68, 312. — Die Rechtsfolgen der Anfechtung wegen Arglist bestimmen sich nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung. **RG.** 49, 424, JW. 09, 493; 09, 686.

2. Scholz, EisenbZ. 32, 248 behandelt den Bereicherungsanspruch der Post gegen den unbefugten Empfänger, wenn sie dem Antrage eines Unbefugten stattgegeben oder an den Nicht-mehr-Adressaten ausgehändigt und dieserhalb dem wahren Absender Ersatz

geleistet hat. Anders, wenn der Absender, dessen Schuld durch die Sendung getilgt werden sollte, der Bereicherte ist (**RG.** 60 28).

3. Werneburg (s. Schriftt. zum ZVG.), HoldheimsMSchr. 16, 123 verneint mit Gerhard-Hagen (Komm. zum VVG. § 102 Anm. 1) gegen die Begr. zu § 102 VVG. eine ungerechtfertigte Bereicherung des Versicherungsnehmers, wenn der Versicherer die Entschädigungssumme an den Hypothekengläubiger zahlen muß, ohne zu der Leistung dem Versicherungsnehmer gegenüber verpflichtet zu sein.

4. Werneburg (s. Schriftt. zum ZVG.), IheringsI. 66, 65. Erfolgt die Befriedigung des betreibenden Gläubigers aus dem Versteigerungserlöse, so hat der Ersteher ohne rechtlichen Grund einen Vermögensvorteil durch die Leistung des Subhastaten erlangt, da die Vermögensvermehrung i. S. des § 812 auch in der Befreiung von einer Schuld bestehen kann (**RG.** in IW. 03, 8, GruchotsBeitr. 50, 966). Diesen erlangten Vermögensvorteil hat daher der Ersteher dem Subhastaten nach § 812 zu ersetzen.

5. **RG.** 14. 2. 16, R. 16, Nr. 1289. Die Bereicherungsklage wegen Nichteintritts des mit dem Rechtsgeschäft bezweckten Erfolges erfordert, daß die Voraussetzung als Vertragsinhalt vereinbart ist, dagegen nicht auch, daß der andere Teil sich zur Herbeiführung des Erfolges verpflichtet hat.

6. Dresden 16. 10. 13, SächsOLG. 37, 261. Grundsätzlich ist der Bereicherungsanspruch nur dann gegeben, wenn die Vermögensverschiebung sich unmittelbar zwischen den Parteien vollzogen hat.

7. Dresden 4. 11. 15, SächsOLG. 37, 306. Die Rückforderung wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolgs setzt voraus, daß der Inhalt des Rechtsgeschäfts dahin ging; nach dem Willen der Parteien muß dem einen Teil der Rücktritt offen stehen (**RG.** 62, 268; 66, 133).

8. **RG.** 9. 12. 15, LeipzZ. 16, 677. Auf einen Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges ist neues Recht anzuwenden, wenn sich die Frage, ob der Erfolg eintritt oder nicht, erst unter neuem Recht entschieden hat — Art. 170 EGBGB. — (WarnE. 11, 303).

9. München 17. 3. 16, LeipzZ. 16, 895. Bei gegenseitigen Verträgen (Lebensversicherung) gibt der Umstand, daß der eine Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, dem anderen Teil noch nicht das Recht, das zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit Geleistete zurückzufordern; das Rückforderungsrecht ist vielmehr nur begründet, wenn mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckt war, den anderen Teil zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu veranlassen (**RG.** 66, 133, R. 02, Nr. 1134). S. § 818, Ziff. 3.

10. **RG.** 26. 6. 16, LeipzZ. 16, 1426, WarnE. 16, 361. Kondizierung eines Bürgschaftsversprechens, das im Hinblick auf einen in Aussicht genommenen außergerichtlichen Vergleich abgegeben ist, wenn der Vergleich nicht zustande kommt. Daß im Falle des Beitritts des Klägers der Beklagte nicht aus der Bürgschaft in Anspruch genommen wäre, und daß dem Beklagten durch den Nichtbeitritt des Klägers ein Schaden nicht erwachsen ist, oder ob dem Kläger ein Schaden erwachsen sein würde, wenn er seiner Verpflichtung zum Beitritt nachgekommen wäre, ist für die Aufrufung der Bürgschaftsverpflichtung aus § 812 gleichgültig; diese setzt nur voraus, daß das Rechtsgeschäft einen bestimmten Erfolg bezweckte, daß dieser Erfolg auch zum Inhalte des Rechtsgeschäftes gemacht wurde, und daß der bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist.

11. KG. 26. 6. 16, BankA. 16, 33, KGBl. 16, 79. Bereicherungsanspruch wegen Einlösung eines infolge Formmangels nichtigen Schecks.

12. Kiel 29. 2. 16, LeipzZ. 16, 1266, SchlHolstAnz. 16, 194, SeuffA. 71, 432. Keine Rückforderung eines Betrages, der auf einen angeblich zu Unrecht anerkannten Anspruch aus unerlaubter Handlung gezahlt ist, wenn nur das Anerkenntnis angefochten ist, der Anspruch aus unerlaubter Handlung aber nicht beseitigt ist. S. unten II 5.

13. **RG.** 27. 10. 15, IW. 16, 186 (mit Anm. von Stillschweig), R. 16, Nr. 672, SeuffA. 71, 360. Ungerechtfertigte Bereicherung aus dem Zwangsversteigerungserlöse.

Räumt der Gläubiger der Restkaufgeldhypothek dem Gläubiger der Baugeldhypothek den Vorrang mit der Abrede ein, daß das Baugeld dem Eigentümer nur in den im Baugeldvertrage vorgesehenen Stufen im Fortschreiten des Baues auszuzahlen ist, so gilt der Vorrang nur insoweit eingeräumt, als die Baugeldhypothek durch Einhaltung der im Baugeldvertrag festgesetzten Raten valutiert worden ist. Hat der Baugeldgeber darüber hinaus Zahlungen geleistet und kommt er bei der Zwangsversteigerung auch mit diesen Beträgen auf Grund seiner Hypothekeneintragung zur Hebung, so ist er insoweit auf Kosten des ausfallenden Restkaufgeldhypothekengläubigers ungerechtfertigt bereichert.

14. **RG.** 3. 6. 16; 88, 278, R. 16, Nr. 1290. Ist die Irrtumsanfechtung der Bewilligung der Löschung einer durch Zahlung Eigentümerhypothek gewordenen Hypothek seitens des Grundstückseigentümers unbegründet, so steht dem Grundstückseigentümer auch kein Bereicherungsanspruch gegen den aufrückenden Hypothekengläubiger zu.

15. LG. Gießen, HessRspr. 16, 263. Bereicherungsklage eines bevorrechtigten Gläubigers, dem ein Teil des bei einer Zwangsversteigerung ersteigerten Steigschillings gebührt hätte, gegen einen anderen Gläubiger auf Zahlung des von diesem an seiner Stelle erlangten Betrags.

16. LG. Breslau 6. 4. 16, BreslauAK. 16, 45. Bereicherungsanspruch des Vermieters gegen den Pfändungsgläubiger nach Ablieferung des Versteigerungserlöses. Anders LG. Karlsruhe 20. 12. 15, BadRpr. 16, 23.

17. **RG.** 26. 10. 15; 87, 246. Klage gegen die Gesellschaft m. b. H. aus einer vor ihrer Eintragung ins Handelsregister entstandenen ungerechtfertigten Bereicherung.

18. **RG.** 18. 2. 16, SächsRpflA. 16, 266, ZAktWes. 16, 125. Zuschüsse von Aktionären zwecks Sanierung des Unternehmens können nicht zurückgefordert werden, wenn trotzdem die Liquidation eingetreten ist. Man weiß, daß man solche Beiträge nur zurückerhält, wenn das Unternehmen gelingt. Vgl. WürttJ. 28, 34.

19. KG. 17. 4. 14, RJA. 14, 9, ThürBl. 63, 16. Die Adoptivmutter hat einen Anspruch aus § 812 gegen das angenommene uneheliche Kind, dem sie Unterhalt gewährt, da der Erzeuger ungeachtet der Kindesannahme vor ihr unterhaltspflichtig ist.

20. **RG.** 12. 11. 15, R. 16, 48. Erstattung von Umsatzsteuerbeträgen durch eine Gemeinde, die als steuerbefugt die Steuer erhoben hatte, in ihrer Eigenschaft als Enteignungsnehmerin.

21. **RG.** 29. 5. 15; 87, 36 s. bereits JDR. 14 § 812, Ziff. 4.

22. **RG.** 8. 6. 15, SeuffA. 71, 98 s. bereits JDR. 14 § 812, Ziff. 22.

23. Colmar 20. 4. 15, ElsLothZ. 16, 245 s. bereits JDR. 14 § 812, Ziff. 18.

II. **Abs. 2.** 1. **RG.** 1. 5. 16, GruchotsBeitr. 60, 1008, JW. 16, 960, LeipzZ., 16 1023. Auf ein sog. deklaratorisches Anerkenntnis der Ersatzpflicht findet § 812 Abs. 2 keine Anwendung. Nach dessen Abgabe kann der Schuldner nur noch solche Einwendungen geltend machen, die er zur Zeit des Anerkenntnisses nicht kannte. Ebenso **RG.** 11. 1. 16, R. 16, Nr. 671.

2. **RG.** 25. 10. 15, LeipzZ. 16, 1556, R. 16, Nr. 53 läßt dahingestellt, ob bei einer Bürgschaft für die Schuld aus einem abstrakten Schuldversprechen oder einem Schuldanerkenntnis der Bürge aus der Person des Hauptschuldners die Grundgeschäfte gemäß § 812 Abs. 2 angreifen kann oder ob ihm nur die verzögerliche Einrede des § 770 zusteht.

3. **RG.** 25. 10. 15, BayRpflZ. 16, 11, R. 16, Nr. 55. Gegenüber der Anerkennung einer Saldoschuld aus einer Bilanz kann ein Bereicherungsanspruch nur dann erhoben werden, wenn dargetan wird, daß das Schuldgrundverhältnis nicht bestanden hat; es genügt nicht der Nachweis, daß die Bücher, auf Grund deren die Bilanz gezogen ist, unrichtig geführt seien.

4. **RG.** 25. 9. 15, R. 16, Nr. 56. Besteht der einem selbständigen Schuldanerkenntnis zugrunde liegende materielle Schuldgrund nicht, so kann die Verfolgung des selbständigen Anspruchs zu keinem Erfolg führen, weil das Anerkenntnis gemäß § 812 zurück-

verlangt werden könnte. Der Geltendmachung der Forderung aus dem Anerkenntnisse würde deswegen auch eine Einrede entgegenstehen.

5. Kiel 29. 2. 16, LeipzZ. 16, 1266, SchlHolstAnz. 16, 194, SeuffA. 71, 432. Im Falle des Anerkenntnisses eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung genügt es zur Begründung der Bereicherungsklage auf angeblich zu viel gezahlte Beträge nicht, daß das Schuldanerkenntnis durch Anfechtung beseitigt wird, sondern es muß auch bewiesen werden, daß der Anspruch aus der unerlaubten Handlung nicht in Höhe der gezahlten Beträge bestanden hat.

§ 814.

1. **RG.** 5. 3. 15, GruchotsBeitr. 60, 140 s. bereits JDR. 14 § 814, Ziff. 3.

2. Darmstadt 27. 10. 16, HessRspr. 17, 234. Der Zwangsvergleich läßt für den dadurch erloschenen Teil der Konkursforderungen eine sittliche oder Anstandspflicht des bisherigen Schuldners bestehen, so daß bei Erfüllung die Rückforderung gemäß § 814 ausgeschlossen ist.

§ 815.

Darmstadt 6. 10. 16, HessRspr. 16, 209. Keine Rückforderung einer an die Kindesmutter gezahlten Abfindungssumme, wenn der Geber weiß, daß das Abkommen mit dem Vormund unter vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung zu schließen ist, also der von ihm bezweckte Erfolg von Anfang an unmöglich ist.

§ 816.

Colmar 20. 4. 15 s. § 812 I 23.

§ 817.

1. **RG.** 24. 5. 16, R. 16, Nr. 1885. Der Vorschrift des § 817 kann nicht die Bedeutung einer Strafvorschrift beigelegt werden. Das Gesetz stellt, da es kein Interesse hat, den einen Teil vor dem andern zu begünstigen, keinem der Teile einen Rechtsbehelf zur Verfügung, um eine Änderung der tatsächlich bestehenden Vermögenslage herbeizuführen. Vgl. unten Ziff. 2d.

2. Satz 2.

a) Bozi, GruchotsBeitr. 60, 95 wendet sich gegen **RG.** 78, 282 (Bordellkauf) als Beispiel einer Außerachtlassung der praktischen Brauchbarkeit.

b) **RG.** 18. 2. 16, LeipzZ. 16, 689, R. 16, Nr. 1291. Da die Sittenwidrigkeit bei Rechtsgeschäften zur Ermöglichung oder Fortsetzung des Bordellbetriebes jedem der Vertragschließenden zur Last fällt, ist die Zurückforderung der bewirkten Leistung durch die Ausnahmevorschrift des § 817 Satz 2 ausgeschlossen. Als Leistung i. S. dieser Vorschrift ist aber nach der Rechtspr. des **RG.** (67, 326, JW. 12, 862) nur die Gewährung eines solchen Vermögensvorteils anzusehen, der dazu bestimmt ist, endgültig in das Vermögen des Empfängers überzugehen, nicht aber eines solchen, der nur zu vorübergehenden Zwecken diesem zugeführt worden ist (Sicherheit), und der, soweit später kein Grund für seinen dauernden Übergang in das Vermögen des Empfängers eingetreten ist, schon seiner Natur nach zurückgewährt werden muß. Vgl. auch **RG.** 30. 10. 15, NaumburgAK. 16, 18, R. 16, Nr. 673, SeuffA. 71, 273, WarnE. 16, 21.

c) **RG.** 5. 1. 15, Reger 36, 63 s. bereits JDR. 14 § 817, Ziff. 3.

d) **RG.** 24. 5. 16, GruchotsBeitr. 61, 125, R. 16, Nr. 1886. Hat jemand auf Grund eines nichtigen Vergleichs, durch den andere Ansprüche erledigt werden sollten, etwas erlangt, was er nach § 817 Satz 2 nicht herauszugeben braucht, so kann er nicht neben diesem Vorteile auch noch jene durch den Vergleich ausgeräumten Ansprüche geltend machen.

e) **RG.** 12. 11. 15, LeipzZ. 16, 1370. Ein Verstoß gegen die guten Sitten wegen Befürwortung eines Gesuches um Erteilung einer Wirtschaftserlaubnis durch die zuständigen Beamten wird verneint.

f) BauersZ. 23, 25 (ohne Angaben). Der Vertrag über die Verschaffung einer Aus-

zeichnung an einen Direktor ist sittenwidrig, es gibt daher keine Rückforderung der geleisteten Anzahlung.

g) RG. 30. 10. 15 s. oben §§ 812 ff., Ziff. 21.

§ 818.

1. Maenner, DJZ. 16, 282 s. §§ 812ff. Ziff. 2.

2. RG. 3. 5. 16, R. 16, Nr. 1292. Die Vorschrift des § 452 ist auf einen Bereicherungsanspruch, mit dem Wertersatz verlangt wird, nicht entsprechend anwendbar.

3. München 17. 3. 16, LeipzZ. 16, 895. Keine Bereicherung, wenn bei einer Lebensversicherung die der Jahresprämie entsprechende Gegenleistung (Versicherungsschutz) gewährt ist. Die Bezeichnung der Prämie als einer auf Grund des Versicherungsvertrages gezogenen „Nutzung" i. S. des § 818 steht im Widerspruch mit § 100. S. auch § 812 I 9.

4. Stuttgart 6. 4. 16, R. 16, Nr. 1109. Der Hauseigentümer ist durch eine den Verkaufswert des Hauses steigernde bauliche Verbesserung des Hauses durch den Mieter nicht notwendig bereichert (wohl aber bei Ertragssteigerung, ferner wenn die Sache dem Eigentümer feil ist oder wenn es sich um Arbeiten handelte, die er vornehmen wollte oder mußte).

§ 819.

RG. 6. 7. 15, R. 16, Nr. 439 s. bereits JDR. 14 § 819.

§ 821.

RG. 25. 9. 15, R. 16, Nr. 56 s. § 812 II 4.

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkung: Auch im Berichtsjahr nehmen die noch nicht geklärten Fragen aus den Gebieten der Unterlassungsklage (§§ 823ff. Ziff. 2a bis d), der gleichzeitigen Haftung aus Vertrag und unerlaubter Handlung (§§ 823ff. Ziff. 3) und des Schadensersatzanspruchs des arglistig Getäuschten (§§ 823ff. Ziff. 4) einen verhältnismäßig großen Umfang in Schrifttum und Rechtsprechung ein. Zum letztgenannten Gebiet ist auf die Abhandlung von Riehl (§§ 823ff. Ziff. 4a) besonders hinzuweisen. Auch in der Frage des Rechtes zur Züchtigung fremder Kinder (§ 823 I 2d) schwankt die Rechtsprechung noch. Von Einzelentscheidungen sind zu nennen: § 826 Ziff. 10a (Kreditauskunft einer Bank), § 836 Ziff. 1 (Hinweis des RG. auf mißverständliche Auffassung von RG. 4. 3. 15), § 839 V 8a (Haftung des Gerichtsvollziehers).

Schrifttum: Bendix, Die Rechtspflicht des Schweigens und die Haftung der Rechtsanwälte für richterliche Fehlsprüche, SächsRpflA. 16, 369. — Bettsak, Die Bestellung eines Vormundes für einen Nichtvormundschaftsbedürftigen, AÖffR. 35, 382. — Binding, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, München und Leipzig 1915. — Cantor, Zur Frage der Haftung des Patentanwaltes, MittVerbdPatAnw. 16, 26. — Cochlovius, Die Frage der Haftpflicht und des Versicherungsschutzes bei der Zusendung unbestellter Waren, ZVersWes. 16, 61. — Derselbe, Die Bedeutung eines Mitverschuldens des aufsichtspflichtigen gesetzlichen Vertreters bei Haftpflichtansprüchen Minderjähriger, ebenda 16, 137. — Derselbe (s. Schriftt. zum HaftpflG.). — L. Cohn, Haftet der Rechtsanwalt für richterliche Fehlsprüche? JW. 16, 93. — Delius, Haftung für Beschädigung durch Beamte und Militärpersonen während des Krieges, LeipzZ. 16, 911. — Derselbe, Folgen einer polizeilichen Haussuchung — Verletzung der Schweigepflicht eines Beamten, Haftung des Staates oder der Gemeinde, GesuR. 17, 601. — Derselbe, Persönliche Haftung der staatlichen Beamten für Verkehrssicherheit auf den fiskalischen Landstraßen, PrVerwBl. 37, 734. — Dickel, Deutsches und Preußisches Forstzivilrecht (2), Berlin 1917, (mit Berücksichtigung des Landesrechts). — Eckstein, Unsorgfältige Aufbewahrung von behördlichen Stempeln, Standesa. 16, 194. — Friedrichs, Wie weit sind die Vorschriften des BGB. auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar? ABürgR. 42, 28. — Fromherz, Verursachung und richterliches Ermessen, insbesondere bei der Klage gegen einen von mehreren Haftpflichtigen, R. 16, 613. — Goldscheider, Die Haftung der Wirte für die Unfälle in ihren Räumen, GruchotsBeitr. 60, 369. — Hahne, Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern, R. 16, 68. — Hallbauer, Die Sicherungsübereignung, BankA. 15, 261. — Hampe, Zum privatrechtlichen Inhalte des (braunschw.) Landesgesetzes über die Gemeindeschulen v. 5. 4. 1913, BraunschwZ. 16, 1. — Hartmann, Zur Frage der Haftung des hamburgischen Staates für seine Beamten, HansGZ. 16, Beibl. 165. — Derselbe,

Haftung des Staates und der Gemeinden für Verkehrssicherheit auf öffentlichen Wegen, PrVerwBl. 37, 565. — Heine, Zur Haftpflicht der staatlichen und kommunalen Wohlfahrtsanstalten, PrVerwBl. 37, 284. — Hellweg, Haftpflicht der Eisenbahnunternehmungen, die nicht dem (preuß.) Gesetz von 1838 und 1892 unterliegen, MittÖffFeuerversAnst. 16, 2. — Josef, Selbständiger Rechtserwerb der Kassenmitglieder aus Verträgen der Krankenkasse und Schadensersatzansprüche der Kasse aus Schädigung der Mitglieder, AÖffR. 35, 367. — Derselbe, Die Erstattungspflicht bei Feuerlöschschäden, PrVerwBl. 37, 760 u. ZVersWes. 16, 121. — Derselbe, Die Schadensersatzpflicht des Agenten bei Vermittlung verbotener Versicherungsverträge, ABürgR. 42, 81. — Jung, Die Haftung des Staates für seine Beamten nach elsaß-lothringischem Landesrecht. Ein Beitrag zur Lehre von der Beamtenhaftung. Straßburger Inauguraldissert., Straßburg 1916. — Jung, Kohlenmonopol und Kontrahierungszwang, DJZ. 16, 178. — Kohler, Aequitas gegen res iudicata, AZivPr. 114, 270. — Derselbe, Rechtskraft gegen Rechtskraft, ABürgR. 42, 113 u. PrVerwBl. 37, 605. — Derselbe, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III, 1 (Familienrecht), Berlin 1915. — Kraft, Die Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe der Staatshoheit, GruchotsBeitr. 60, 268. — Luttenberger, Luftfahrschaden-Versicherung im Frieden und im Krieg, Berlin 1916. — Mannstaedt, Ursachen und Ziele des Zusammenschlusses im Gewerbe unter besonderer Berücksichtigung der Kartelle und Trusts, Jena 1916. — Meene, Die Haftung der Gemeinde für die Betriebsleiter und sonstigen Angestellten an den Gemeindeanstalten, Berlin 1916. — Derselbe, Haftung des preuß. Staates für Amtspflichtverletzungen von Lehrpersonen, R. 16, 471. — Meikel, Die Haftung des Grundbuchrichters bei irriger Auslegung einer Rechtsfrage, DRZ. 16, 594. — Mihurko, Verursachung, Begünstigung, Rechtswidrigkeit als Voraussetzungen der Schadenshaftung, GrünhutsZ. 42, 307. — Mintz und Osterrieth, Der gewerbliche Rechtsschutz und der Krieg (s. UnlWG.). — Mittelstein, Beschränkte Haftung des Frachtführers im Binnenschiffahrtsverkehr, LeipzZ. 16, 1081. — Neumiller, Ermittlungsakten und Personalakten im Zivilprozeß, BayRpflZ. 16, 209. — Oertmann, Ausbeutung der Rechtskraft, ABürgR. 42, 1. — Derselbe, Streikbruch und Streikarbeit, GewuKfmG. 21, 194. — W. Oppermann, Eine Frage aus dem Bienenrecht, SächsRpflA. 16, 449. — Reichel, Zur Behandlung der Preiskartelle, ABürgR. 42, 93. — Reindl, Anspruch der Hinterbliebenen eines durch Verschulden des Fiskus frühzeitig dienstunfähig gewordenen Beamten auf höhere Witwen- und Waisenpension, HirthsAnn. 48, 715. — Retzbach, Der Boykott, eine sozial-ethische Untersuchung, Freiburg 1916. — Riehl, Die Arglist beim Vertragsschluß unter besonderer Berücksichtigung der Arglist der Vertreter, GruchotsBeitr. 60, 790. — Riezler (s. Schriftt. vor §§ 812 ff.) — Rohland, Schadensersatzanspruch wegen Wasserverunreinigung durch eine städtische Kläranlage, AÖffR. 35, 327. — Alfred Rosenthal, Die Unterlassungsklage. Eine Übersicht für den Praktiker. München 1916. — Derselbe, Ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO.) gegeben, wenn der Klagetatbestand auch unter das UnlWG. fällt? LeipzZ. 16, 289. — Derselbe, Die Wiederholungsgefahr als Voraussetzung für die Unterlassungsklage, LeipzZ. 16, 456. — Salinger, Über Defensivzeichen und Defensivwarenverzeichnisse (s. UnlWG.). — Schiedermair, Zwei Fragen aus dem Rechte der politischen Zwangsverwaltung, BayRpflZ. 16, 213. — Rudolf Schultz, Bericht über den Stand der Lehre von der Rechtskraft des Zivilurteils in Literatur und Judikatur, Rechtsg. 1, 349. — M. Schultzenstein, Wegereinigung und Wegeunterhaltung, GesuR. 17, 289 u. 577. — Silberschmidt, Die Unterlassungsklage aus Schuldverhältnissen, MschutzuWettbew. 16, 50. — Strucksberg, Rangvormerkung und Haftpflichtrecht, KGBl. 16, 53. — Weber, Lücken in der Gesetzgebung, DRZ. 16, 238. — Werneburg, Die Haftung des Militärfiskus, DJZ. 16, 290.

§§ 823 ff.

1. Allgemeines.

a) Mihurko, GrünhutsZ. 42, 343, 371. In den §§ 827, 831, 832 bedeutet „widerrechtlich" keineswegs, wie die herrschende Lehre annimmt, nur objektive Rechtswidrigkeit des Erfolgs, sondern es wird hier auch ein objektiv rechtswidriges Verhalten erfordert.

Im Falle des § 227 (Notwehr) genügt ein objektiv rechtswidriges Verhalten; ein objektiv widerrechtlicher Erfolg ist hier nicht erforderlich. Auch die ausdrückliche Aufnahme des Wortes „widerrechtlich" in den § 823 läßt sich nur in der Weise befriedigend erklären, daß „widerrechtlich" i. S. von objektiv rechtswidrigem Verhalten aufgefaßt wird. Ob sich ein Verhalten als rechtswidrig (als eine unzulässige Gefährdung) darstellt, hängt keineswegs allein vom Grade der Gefährdung, sondern außerdem auch vom sozialen Werte, vom Zwecke des Verhaltens sowie vom Werte des gefährdeten Rechtsgutes ab.

b) *Dickel, Forstzivilrecht 576ff. unterscheidet 1. unerlaubte Handlung mit unerlaubtem Erfolg, 2. erlaubte Handlung mit unerlaubtem Erfolg, 3. erlaubte Handlung mit erlaubtem Erfolg. Im Fall zu 3 (rechtmäßiger Schädigung z. B. bei Truppenübungen) spricht er vom Ausgleich, in den Fällen zu 1 (actio ex delicto) und zu 2 (Handeln auf eigene Gefahr) von Schadensersatz. Dickel meint (650), daß § 249, der im Fall zu 3 naturgemäß ausgeschlossen sei, streng genommen wissenschaftlich nur auf den Fall zu 1 passe, aber doch auf den Fall zu 2 nach BGB. zur Anwendung komme, da das BGB. solche Fälle wie in §§ 833, 835 unter den unerlaubten Handlungen behandele und also den Gesichtspunkt der actio quasi ex delicto für maßgebend erkläre. Die Rechtspr. des RG., nach welcher der Bergwerkseigentümer im Fall des Bergschadens auf Verlangen des Geschädigten den früheren Zustand herzustellen habe, sei daher zu billigen. — Zu dem Fall des „Handelns auf eigene Gefahr" rechnet Dickel auch die Haftung des Sauparkbesitzers für ausbrechende Sauen, nimmt also Haftung des Besitzers auch bei fehlendem Verschulden an (629), ebenso die Haftung der Überlandzentralen für das durch die Stromleitung getötete jagdbare Flugwild (630). — Über das Verhältnis der §§ 823ff. zum ForstdiebstG. und Feld-, Forst-PolG. vgl. 639ff. — Über Ausgleich bei rechtmäßiger Schädigung insbesondere nach dem RGes. über Naturalleist. f. d. bewaffn. Macht im Frieden, 644ff. — Über Klage auf Unterlassung im Falle strafbarer Handlung ebenda 276ff.

c) Kraft, GruchotsBeitr. 60, 268 behandelt die Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe der Staatshoheit. Die rechtliche Beurteilung solcher Entschädigungsansprüche hängt davon ab, ob es sich um eine staatshoheitliche, fiskalische oder zusammengesetzte Betätigung handelt. Im letzteren Fall kommt es darauf an, welcher Art die unmittelbare und letzte Schadensursache ist; der erste Fall liegt nur vor, wenn die betreffende schädigende oder eingreifende Handlung sich unmittelbar, für sich, als Erfüllung einer staatshoheitlichen Aufgabe, als Ausübung der Staatshoheit darstellt. Bei zusammengesetzter Betätigung ist zu prüfen, ob der fiskalische Einschlag der Betätigung eine innerlich-notwendige Begleit- oder Folgeerscheinung des Staatshoheitsaktes darstellt oder nicht. Erstenfalls greifen die Bestimmungen über die Entschädigungspflicht der Staatsgewalt für rechtmäßige Eingriffe in Privatrechte Platz, letzterenfalls die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über Zufalls-(Erfolgs-) oder Verschuldens-Haftung (274). — Der Rechtsweg ist ausgeschlossen für den Anspruch auf Beseitigung staatshoheitlicher Einrichtungen oder Aufhebung bzw. Unterlassung staatshoheitlicher Maßnahmen, die in Privatrechte eingreifen. Der Rechtsweg ist zulässig für den Anspruch auf Abstellung oder tunlichste Einschränkung der durch die Ausübung des betreffenden Staatshoheitsrechtes nicht notwendig bedingten Begleit- oder Folgeerscheinungen, die in Privatrechte eingreifen. Der Rechtsweg ist in vollem Umfang zulässig für den Anspruch auf Entschädigung, soweit nicht Sondergesetze Abweichendes bestimmen.

d) Friedrichs, ABürgR. 42, 28. §§ 842 bis 851, die für den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen die §§ 249 bis 255 ergänzen, sind, wie diese auf öffentlich-rechtliche Leistungen anwendbar, wenn sie sich in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung umwandeln oder wenn ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Verspätung neben ihnen hergeht (S. 33) — **RG.** 79, 312.

e) Cochlovius, ZVersWes. 16, 61. Bei der Zusendung unbestellter Waren liegen dem Empfänger keine vertraglichen Verpflichtungen ob. Darum darf er aber die Ware nicht ohne weiteres unpfleglich behandeln oder gar, wie Josef, DJZ. 01, 383 für zulässig

hält, auf die Straße werfen. Dadurch würde er sich nach §§ 823, 826 haftbar machen. Nach §§ 831, 832 würde sich der Empfänger entlasten können, wenn etwa ein Dienstmädchen oder eins seiner Kinder die unbestellt zugegangenen Gegenstände beschädigte oder vernichtete.

f) Cochlovius, ZVersWes. 16, 137. Die Eltern würden dem Kinde, das durch mangelhafte Beaufsichtigung ihrerseits zu Schaden gekommen ist, zwar nicht aus § 832 (kein Schutzgesetz), aber aus §§ 1664 bzw. 1686 (auch nicht Schutzgesetze) und aus § 823 haften. Sind die Voraussetzungen des § 823 gegeben, dann findet § 840 Anwendung und zwar Abs. 1, nicht Abs. 2, da § 832 nur da anwendbar ist, wo ein Dritter als Geschädigter in Betracht kommt, nicht aber auch da, wo der Aufsichtsbedürftige sich selbst beschädigt hat.

g) Hampe, BraunschwZ. 16, 34 erörtert die außervertragliche Haftung der Gemeindeschulen (Zugänge zum Schulgebäude, Ausübung der Schulzucht). Vgl. unten 3e ζ.

h) Josef, ZVersWes. 16, 426. § 823 (Abs. 1 u. 2) begründet keinen Anspruch des Versicherers gegen den Täter auf Ersatz der Rettungsaufwendungen (Josef, GruchotsBeitr. 59, 1001, **RG.** 82, 213). Vgl. auch Kisch, Beiheft zu MittöffFeuerversAnst. 16, 344.

i) Josef, ABürgR. 42, 81 läßt den Agenten bei Vermittlung verbotener (ausländischer) Versicherungsverträge wegen Verletzung einer Vertragspflicht (§§ 662, 276) und nicht wie Colmar 14. 11. 12 (ElsLothZ. 13, 419, LeipzZ. 13, 411) aus dem Gesichtspunkt unerlaubter Handlung (VersAufsichtsG. v. 12. 5. 01 als Schutzgesetz) haften.

k) Mittelstein, LeipzZ. 16, 1081 über die beschränkte Haftung des Frachtführers im Binnenschiffahrtsverkehr. Wenn der Absender nicht den Frachtführer, mit dem er abgeschlossen hat, sondern den Schiffseigner, der das Gut von dem Frachtführer übernommen hat, in Anspruch nehmen will, so kann er das, da zwischen ihnen ein (Fracht-) Vertragsverhältnis nicht besteht — sofern der Schiffseigner nicht gemäß HGB. § 432 Abs. 2, § 449 in den Frachtvertrag eingetreten war —, nur auf Grund der §§ 3, 4 BSchG. und der Vorschriften des BGB. über unerlaubte Handlungen (§§ 823, 826, 831). Andererseits kann der Schiffseigner sich dem geschädigten Ladungsberechtigten gegenüber nicht darauf berufen, daß er sich in seinem Frachtvertrage z. B. von Vertretung des Verschuldens seiner Besatzung frei gezeichnet hat, denn diese Abmachung ist nicht mit dem Ladungsberechtigten, sondern mit dessen Vertragsgegner getroffen.

l) **RG.** 19. 6. 16, R. 16, Nr. 1629, ZDJustSekr. 16, 158. Neben der Haftung aus dem HaftpflG. und aus dem Beförderungsvertrag ist auch eine Haftung aus unerlaubter Handlung möglich (R. 14, Nr. 2066).

m) Dresden 17. 2. 15, SächsOLG. 37, 114. Durch die Höherlegung einer Straße wird ein Schadensanspruch der Anlieger nicht begründet. Die §§ 823 ff., die das LG. wegen der durch die Feuchtigkeitszufuhr entstandenen Schäden anwendet, scheiden hier deshalb aus, weil die Schmälerung des Licht- und Luftzutritts und der Ansehnlichkeit keine Beschädigung des Grundstücks selbst herbeiführt, sondern höchstens eine Wertminderung, also nicht das Eigentum, sondern das übrige Vermögen beschädigt, und weil außerdem beim Rechte des Nachbars, mit seinem Grundstücke nach Belieben zu verfahren, eine widerrechtliche Handlung nicht vorliegt.

n) **RG.** 6. 7. 15. Vorentscheidung bei Beamten s. unten § 823 I 41. Vgl. auch § 839.

o) **RG.** 8. 7. 15, Reger 36, 222. Zulässigkeit des Rechtswegs auch für Ansprüche, die wegen Verletzung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen (hier von einer Landesversicherungsanstalt gegen eine Berufsgenossenschaft) erhoben werden.

p) **RG.** 1. 5. 16, R. 16, Nr. 1110. Sache des Schadensersatzpflichtigen ist es, im Prozesse zu behaupten und zu beweisen, daß dem Verletzten mit der ihm verbliebenen Erwerbsfähigkeit nach den konkreten wirtschaftlichen Umständen bestimmte Erwerbszweige offen stehen und von ihm nach seinen persönlichen Verhältnissen ergriffen werden können.

q) **RG.** 6. 7. 15, R. 16, Nr. 393 s. §§ 812 ff., Ziff. 17.

Wegen des ursächlichen Zusammenhanges zwischen Schaden und Schadenstiftung, der Beweislast beim Schadensersatzanspruch, des Umfangs des Schadens, der Vorteils-

ausgleichung s. § 249 BGB., wegen der Mitschuld des Verletzten s. § 254 BGB., wegen des Begriffs des Verschuldens und der Verletzung der Sorgfaltspflicht s. § 276 BGB.

2. Unterlassungsklage (s. auch §§ 824, 826 BGB., §§ 1ff. UnlWG.).

a) Allgemeines.

α. Alfred Rosenthal, Die Unterlassungsklage (s. Schriftt. vor §§ 823ff.) gibt im Anschlusse an seine Aufsätze (JDR. 14 §§ 823ff., Ziff. 4) eine Übersicht für den Praktiker aus Rechtslehre und Rechtspr., indem er den Unterschied zwischen vorbeugender und wiederherstellender UnterlKlage verwirft und beide für unberührt von einer Strafandrohung erklärt. Vgl. hierzu besonders H. Lehmann, JW. 16, 1453 und Hackenberger, JLBl. 16, 155. S. unten 2 b *α*.

β. Salinger, JW. 16. 1242 behandelt das Verhältnis des § 826 BGB. zu § 1 UnlWG. Ihre Voraussetzungen sind nicht identisch. Die Wiederholungsgefahr ist beim Unterlassungsanspruch keine Voraussetzung der Klage aus § 1, wohl aber der aus § 826. Die Schadensersatzklage aus § 826 ist nur bei vorsätzlicher Schadenszufügung, die aus § 1 auch bei unverschuldeter Schadenszufügung zulässig. Die Unterlassungsklage aus § 1 ist auch ohne Schaden gegeben; eine Schadenszufügung, wenn auch nicht schuldhaft, wird aber für die Unterlassungsklage aus § 826 verlangt. Für die Ansprüche aus § 826 gelten nicht die Besonderheiten der Ansprüche aus dem UnlWG. (§§ 13, 21, 23, 24, 25, 27, 28). Vereinigt ein Fall die Tatbestände beider Gesetzesbestimmungen, so ist, soweit der Tatbestand die Voraussetzungen des § 1 erfüllt, dies Gesetz als das neuere Reichsgesetz anzuwenden; soweit er auch die weitergehenden Voraussetzungen des § 826 erfüllt, ist auch dies ältere, nicht aufgehobene Gesetz anzuwenden.

Hat der Beklagte im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise den Kläger vorsätzlich geschädigt und vermag der letztere alle Bestandteile dieses die Voraussetzungen beider Gesetzesbestimmungen erfüllenden Tatbestandes zu beweisen, so wird er die Schadensersatzklage aus § 826 erheben, wenn er z. B. den Einwand der sechsmonatigen Verjährung zu fürchten hat oder die Klage bei dem Gericht anstellen will, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist. Er wird die Entschädigungsklage aus § 1 anstellen, wenn ihm der Beweis der vorsätzlichen Schädigung schwer fällt. Er wird die Unterlassungsklage aus § 1 erheben, wenn er den Beweis der Schadenszufügung oder der Wiederholungsgefahr vermeiden will, oder wenn die Frage der Haftung des Beklagten aus einer Handlung seiner Angestellten zweifelhaft erscheint, oder wenn es ihm darauf ankommt, eine schleunige einstw. Verfg. zu erlangen. Wegen der Zuständigkeit s. § 24 UnlWG.

γ. Nach Silberschmidt, MschutzuWettbew. 16, 50 bestehen neben den Leistungsklagen Unterlassungsklagen in allen Fällen, in denen die Leistung noch durch besondere dem Schuldner auferlegte Dauerpflichten geschützt wird.

δ. Unterlassungsklage bei unerlaubten Handlungen (§ 826). **RG.** V 8. 3. 16, JW. 16, 739, LeipzZ. 16, 805, R. 16, Nr. 1294, WarnE. 16, 160. In einem neueren Urteil des VI. Sen. (**RG.** 77, 219) ist als Erfordernis dieser Klage im Anschluß an die Vorbem. 6b vor § 823 RGRKomm. (2) 774/5 die Erfüllung des vollen subjektiven und objektiven Tatbestandes der unerl. Handlung sowie die ernstliche Befürchtung ihrer Wiederholung aufgestellt. Dem erwähnten Urteil des VI. Sen. kommt nun zwar nicht die Bedeutung zu, die ihm in den Kommentaren (v. Staudinger, Vorbem. VII 4 vor § 823) beigelegt wird; denn der VI. Sen. hat sowohl in seinen früheren Urt. (60, 7; 61, 369; JW. 11, 586) als auch später (78, 212, 256, GruchotsBeitr. 57, 442/3, JW. 12, 293; vgl. auch die Urt. des II. Sen. in JW. 15, 29, 34) weniger strenge Erfordernisse aufgestellt und die Unterlassungsklage zugelassen, wenn auch nur objektiv rechtswidrige Eingriffe in fremde Rechtsgüter vorlagen und die begründete Besorgnis einer Wiederholung des Eingriffs, einer Fortsetzung oder Vollendung der verübten oder begonnenen Schädigung (56, 286) bestand.

ε. **RG.** 23. 12. 15, R. 16, Nr. 441, SeuffA. 71, 274. Schadensersatzanspruch und

Unterlassungsklage. Der Schadensersatzanspruch erfordert gegenständliche und persönliche Unwahrhaftigkeit behaupteter beleidigender oder kreditschädigender Tatsachen nach § 823 Abs. 2 in Verbindung mit §§ 185 bis 187 StGB. und 824 BGB.; der Unterlassungsanspruch i. S. der Abwehrklage (vorbeugenden Unterlassungsklage) begnügt sich mit der gegenständlichen Unwahrheit, vorausgesetzt, daß die Gefahr besteht, daß die unwahre Behauptung oder Verbreitung wiederholt werde, was hier geltend gemacht ist (JW. 15, 29). Unrichtig zwar würde es sein, die Wahrnehmung berechtigter Interessen für den Unterlassungsanspruch schlechthin auszuschalten; ist diese festgestellt, so fehlt es am Tatbestande der unerlaubten Handlung der Beleidigung oder der Kreditgefährdung auch gegenständlich; das Handeln ist nicht rechtswidrig (RG. 82, 59). Aber ein berechtigtes Interesse daran, eine als falsch erwiesene Behauptung immer wieder zu verbreiten, kann regelmäßig nicht anerkannt werden (JW. 12, 290, 587).

ζ. RG. 24. 2. 16; 88, 129, R. 16, Nr. 839. Der Unterlassungsanspruch und der Schadensersatzanspruch, die sich beide aus einer unerlaubten Handlung herleiten, sind ihrem Wesen nach verschieden. Ersterer zielt auf Abwehr künftigen unerlaubten Handelns, letzterer auf Erstattung des Schadens aus vergangenem Handeln.

η. Hamburg 6. 7. 15, OLG. 32, 242. In ständiger Rechtspr. (RG. 60, 6) wird eine Unterlassungsklage auch zur Vorbeugung künftig zu besorgender weiterer Störungen dann anerkannt, wenn in ein vom Gesetz geschütztes Rechtsgut ein auch nur objektiv rechtswidriger Eingriff begangen ist, der nach der Lage des Falls Wiederholungen befürchten läßt. (Siehe unten c λ). Die Veröffentlichungsbefugnis war nicht als geeignetes Mittel zu erachten; denn einerseits konnte der Klägerin ein Recht auf Schadensersatz nicht zuerkannt werden (aus subjektiven Gründen), womit der Gesichtspunkt des § 249 fällt, andererseits erscheint die Klägerin durch eine Verurteilung zu der gemäß § 890 ZPO. zu erzwingenden Unterlassung genügend gesichert.

ϑ. KG. 4. 9. 15, KGBl. 16, 67. Neben der Unterlassungsklage auf Wiederherstellung des richtigen Zustandes kann auch vorbeugend zur Abwehr künftiger Eingriffe ähnlicher Art auf Unterlassung geklagt werden. Hierzu genügt grundsätzlich auch ein nur objektiv rechtswidriger Eingriff in das geschützte Rechtsgut, sofern die ernstliche und durch Tatsachen begründete Besorgnis weiterer unerlaubter Eingriffe besteht. Siehe § 824 I 3.

ι. RG. 6. 5. 16, R 16, Nr, 1124, 1123, 1125. Einseitige Eingriffe in die Grenzeinrichtung (§ 922) berechtigen zur Beseitigungs- und vorbeugenden Unterlassungsklage.

κ. RG. 17. 9. 15, MSchutzuWettbew. 15, 204. Unterlassungsklage wegen einer gegen die guten Sitten verstoßenden Warenbezeichnung. Löschung eines Warenzeichens, weil sein Inhalt den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht und die Gefahr der Täuschung begründet. „Lohmeyers verbesserte Singer". (Nähmaschinen).

λ. RG. 8. 10. 15, MSchutzuWettbew. 15, 123. Unterlassungsklage gegen Eingriffe in einen Gewerbebetrieb. Unrichtige Angabe über die Beschaffenheit und den Ursprung von Atlanten (Seydlitz).

μ. RG. 23. 2. 15, GewRSchutz 16, 69 s. bereits JDR. 14 §§ 823ff. 4g β. Hierzu Hackenberger, JLBl. 16, 155.

ν. Karlsruhe 16. 11. 15, MSchutzuWettbew. 16, 41. Eine gegen § 14 Abs. 1 UnlWG. verstoßende Mitteilung begründet, auch wenn sie vertraulich ist, einen Unterlassungsanspruch dann, wenn der Mitteilende sie zur Erreichung eines verwerflichen Zweckes macht. Auch die Wiederholung einer solchen Behauptung im Prozeß kann einen Unterlassungsanspruch begründen.

ξ. Karlsruhe 24. 10. 14, MSchutzuWettbew. 15, 240. Der gegen den Geschäftsführer einer G. m. b. H. erhobene Vorwurf, er sei in ganz unloyaler Weise aus seiner früheren Stellung ausgetreten, und es liege die Vermutung nahe, daß er gewerbliche Schutzrechte seines früheren Prinzipals verletze, kann die Grundlage für eine Unterlassungsklage der G. m. b. H. nach § 14 UnlWG. bilden.

ο. Hamm 10. 3. 16, BauersZ. 23, 257. Keine Unterlassungsklage wegen des Öff-

nens und Ausnutzens versehentlich zugegangener Briefe (die Voraussetzungen von §§ 823, 826 BGB. und § 1 UnlWG. liegen nicht vor).

π. Karlsruhe 25. 11. 15, BadRpr. 16, 38. Ablehnung der Aussetzung des Verfahrens bei einer Unterlassungsklage wegen Gebrauchsmusterschutzverletzung auf Antrag des Verletzers, wenn bei einem anderen Gericht vom Verletzten eine Klage auf Löschung des Gebrauchsmusters anhängig gemacht worden ist (§ 148 ZPO.).

ρ. Celle 8. 5. 15, MschutzuWettbew. 15, 210. Keine Klage auf Widerruf, wenn die Störung des Gewerbebetriebs beseitigt ist.

σ. Rostock 14. 5. 15, MecklZ. 34, 55. Unterlassungsklage (Unterlassung des Vertriebs) aus § 1004 wegen Verletzung des Urheberrechts durch Nachdruck eines Adreßbuchs.

τ. RG. 16. 11. 15, R. 16, Nr. 571. Die Angabe muß noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung unrichtig sein.

υ. Königsberg 4. 1. 16, MschutzuWettbew. 15, 211. Bestimmtheit des Klageantrags; Fassung der Urteilsformel, die nicht wörtlich die verbotenen Angaben zu enthalten braucht; der Gegenstand des Verbots muß sich mit Sicherheit aus den Urteilsgründen ergeben.

φ. RG. 6. 7. 16, R. 16, Nr. 1712. Die Verbreitung einer Schrift, deren Inhalt zurzeit weder feststeht noch feststellbar ist, sowie die Ankündigung einer solchen Schrift kann nicht verboten werden, wenn auch ein beleidigender Inhalt der Schrift mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Eine solche allgemeine Verurteilung zur Unterlassung von Ehrverletzungen ist unzulässig.

b) Strafandrohung.

α. H. Lehmann, JW. 16, 1453 wendet sich für die Unterlassungsklage bei strafbaren Handlungen gegen Rosenthal (Unterlassungsklage). Dadurch, daß RG. VI. Sen. sich vorbehält, die private Unterlassungsklage überall da zu geben, wo ein Bedürfnis nach ihr trotz der Strafandrohung besteht, läßt sich den Bedenken Rosenthals gegen das grundsätzliche Verbot dieser Art der Unterlassungsklage Rechnung tragen. Der Unsicherheit der Praxis muß die Theorie durch Herausarbeitung der typischen Situationen abhelfen.

β. RG. 24. 2. 16; 88, 129, R. 16, Nr. 823. Steht bei einer unerlaubten Handlung dem Geschädigten die Strafklage offen, so fehlt es für eine Unterlassungsklage für gewöhnlich an dem Rechtsschutzinteresse (RG. 77, 217).

γ. KG. 18. 3. 15, GewRschutz 16, 153 s. bereits JDR. 14 §§ 823ff., Ziff. 4 t β.

δ. Kiel 30. 9. 15, LeipzZ. 16, 347, SchlHolstAnz. 16, 25. Gegen RG. 77, 218; 82, 60. Voraussetzung der Unterlassungsklage bei ehrverletzenden Angriffen in einer Druckschrift ist nicht das Vorliegen eines besonderen Schutzbedürfnisses. Im vorliegenden Fall ist übrigens ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis angenommen. Eine Ehrkränkung mittels einer Druckschrift („Wer ist berufen, die Zähne des deutschen Volkes zu behandeln?"), die auf weite Verbreitung angelegt ist, entzieht sich einer wirksamen, umfassenden Strafverfolgung in der Regel zumeist schon deshalb, weil die jedesmalige Einleitung eines neuen Strafverfahrens zeitraubend und kostspielig sein würde, und weil die Einzelhandlungen aller Wahrscheinlichkeit nach vom Strafrichter als eine fortgesetzte Handlung angesehen und dementsprechend weniger empfindlich bestraft werden würden, als wenn für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen ein Urteilsverbot eine besondere Strafe zur Festsetzung käme. Die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung würde deshalb nicht in gleicher Weise wie die Gefahr zivilrechtlicher Ahndung abschreckend wirken. Die Möglichkeit, eine Druckschrift immer wieder von neuem zu verbreiten, ohne daß dem besondere Schwierigkeiten entgegenstehen würden, nötigt auch gerade gegenüber einer so gearteten Wiederholungsgefahr zu der Gewährung sofortigen Rechtsschutzes in der wirksamen Weise des Zivilverfahrens. S. auch unten c ι.

ε. Hamm 4. 6. 15, MschutzuWettbew. 15, 391. Strafrechtlicher Schutz hindert gegen RG. 77, 217; 82, 60 nicht die Unterlassungsklage.

ζ. KG. 4. 9. 15, KGBl. 16, 67. Zulässigkeit einer zivilrechtlichen Unterlassungsklage trotz öffentlicher Strafandrohung bei besonderem Bedürfnis für den Einzelfall. Siehe § 824 I 3.

c) Wiederholungsgefahr.

α. Rosenthal, LeipzZ. 16, 455 bekämpft erneut die Rechtspr. des **RG.** VI. ZS., namentlich MschutzuWettbew. 13, 24 („eine der Gewißheit sich nähernde Wahrscheinlichkeit der Wiederholung") unter Billigung von **RG.** 84, 147 und Hamburg 2. 10. 15, wonach die Wahrscheinlichkeit der Wiederholung genügt.

β. **RG.** 14. 1. 16, MschutzuWettbew. 15, 382. Nach der ständigen Rechtspr. des RG. war der Unterlassungsanspruch nur dann abzuweisen, wenn wegen besonderer Umstände, die der Beklagte darzulegen hatte, eine Wiederholungsgefahr gänzlich ausgeschlossen war. Wenn der Beklagte nur noch einen Pflug älterer Konstruktion hatte, so kann er sich doch wieder auf die Herstellung solcher Pflüge verlegen.

γ. München 12. 6. 14, OLG. 32, 246. Für die Wiederholungsgefahr muß regelmäßig die Tatsache genügen, daß eine (einzige) Rechtsverletzung begangen worden ist. Siehe UnlWG. § 1 III 2. Ebenso

δ. Hamm 10. 3. 16, OLG. 32, 263. Doch sind bei fahrlässigem Eingriff in fremdes Recht strengere Anforderungen zu stellen. S. unten μ.

ε. Hamburg 2. 10 .15, JW. 16, 289 (mit Anmerkg. von Rosenthal). Die Beweislast für die Wiederholungsgefahr trägt der Kläger, doch genügt regelmäßig die Tatsache der Rechtsverletzung für die Annahme, daß der rechtsverletzende Wille fortdauert (**RG.** 84, 147 — gebilligt von Rosenthal).

ζ. Stuttgart 5. 6. 14, WürttRpflZ. 16, 4. Auch gegenüber einer auf § 14 UnlWG. (s. dort A I 3) gestützten Klage kann der Beklagte einredeweise geltend machen, eine weitere Störung sei nicht zu befürchten, es fehle daher an einem Rechtsschutzinteresse.

η. Karlsruhe 21. 11. 14, MschutzuWettbew. 15, 386. Die Behauptung des Beklagten, er sei kränklich und gegenwärtig mit dem Vertrieb der fraglichen Waren nicht mehr befaßt, schließt die Wiederholungsgefahr nicht aus.

ϑ. KG. 12. 1. 16, OLG. 32, 252. Haben die beiden Inhaber der Klägerin das Gewerbe der Weißwäscherei aufgegeben, so ist die Hauptsache (Unterlassung der Äußerung über rücksichtslose Behandlung der Wäsche in fabrikmäßig betriebenen Dampfwäschereien) vor Beendigung des Rechtsstreits erledigt.

ι. Kiel 30. 9. 15 (s. oben b δ). Die Möglichkeit, eine Druckschrift immer wieder von neuem zu verbreiten, ohne daß dem besondere Schwierigkeiten entgegenstehen würden, nötigt gerade gegenüber einer so gearteten Wiederholungsgefahr zu der Gewährung sofortigen Rechtsschutzes in der wirksamen Weise des Zivilverfahrens (mit Rosenthal, JW. 14, 1061; 15, 302 gegen **RG.** 77, 218; 82, 60). Auch die Anordnung des schöffengerichtlichen Urteils, daß die Druckschrift nebst den zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen unbrauchbar zu machen sei, ist jedenfalls so lange kein wirksames Mittel zur Verhütung ihrer Weiterverbreitung, als das strafrechtliche Verfahren noch nicht zum Abschlusse gekommen und diese Unbrauchbarmachung noch nicht erfolgt ist.

κ. **RG.** 8. 10. 15, MschutzuWettbew. 15, 357, R. 16, Nr. 143. Auch wenn der Rest der Broschüre vernichtet war, bestand die Möglichkeit der späteren Verbreitung der in der Broschüre enthaltenen Behauptungen oder neu hergestellter Exemplare. Deshalb konnte das Berufungsgericht die Umstände, daß die Beklagte die Broschüre nicht zurückgerufen oder ihre Wirkung beseitigt und nur zögernd und widerwillig den Vertrieb eingestellt habe, im Sinne einer Wiederholungsgefahr bewerten. Siehe § 21 UnlWG.

λ. Hamburg 6. 7. 15, OLG. 32, 242. Die Bemerkung in einer Zeitschrift, der Verfasser behalte sich vor, auf den weiteren Verlauf des schwebenden Prozesses zurückzukommen, läßt besorgen, daß er in Zukunft nochmals auf seine früheren Behauptungen zurückkommen und sie in irgendeiner Form wiederholen werde. Vgl. oben 2a η und § 824 II.

μ. Hamm 10. 3. 16, BauersZ. 23, 257. Keine Wiederholungsgefahr bei vereinzeltem Öffnen versehentlich zugegangener Briefe (siehe oben 2 a *o*).

ν. Karlsruhe 21. 11. 14, MschutzuWettbew. 15, 385. Die Wiederholungsgefahr wird nicht durch den Austritt des schuldigen Angestellten beseitigt. Ebenso Breslau 19. 5. 16, MschutzuWettbew. 15, 370.

ξ. KG. 19. 3. 15, OLG. 32, 252. Keine Wiederholungsgefahr bei einem entlassenen Angestellten, der unrichtige Angaben über Waren gemacht hatte, wenn der Agenturvertrag beendet und die Beziehungen vollständig gelöst sind. An sich genügt die Entlassung eines Angestellten noch nicht zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr (OLG. 12, 360). Die Wiederholungsgefahr muß zur Zeit der Urteilsfällung bestehen.

o. Celle 8. 5. 15, MschutzuWettbew. 15, 210. Der Umstand, daß ein Angestellter seinen Auftrag überschritten und hierbei UnlW. getrieben hat, reicht auch nicht aus, um die Besorgnis auszuschließen, daß sich in Zukunft ein solcher Vorgang wiederholen werde. Es muß hinzukommen, daß der Geschäftsherr ihn entlassen oder aus diesem Grund derart gemaßregelt hat, daß ein Verstoß nicht mehr zu gewärtigen ist.

π. Karlsruhe 19. 1. 16 s. § 14 UnlWG. A I 13.

d) Gerichtsstand.

RG. 19. 6. 15, GewRschutz 16, 31 (mit Bemerkg. von Isay). Für die Unterlassungsklage ist, wenn sie mit der Schadensersatzklage verbunden wird, jedes Gericht zuständig, in dessen Bezirk irgendeine angeblich patentverletzende Handlung begangen ist. Die Frage, ob auch die Unterlassungsklage für sich allein in diesem Gerichtsstand erhoben werden kann, wenn sie auf § 249 BGB. gestützt wird („repressive" Unterlassungsklage), eine Frage, die das KG. bejaht, ist vom RG. offen gelassen worden. Siehe auch § 24 UnlWG.

3. Vertragshaftung und Haftung aus unerlaubter Handlung (JDR. 14, §§ 823ff., Ziff. 5 u. 6).

a) Allgemeines.

α. BayObLG. 19. 5./2. 6. 16, R. 16, Nr. 1496. Ein Urteil, das die Haftung der Beklagten in erster Linie auf Vertragsbindung, in zweiter Linie auf Schädigung nach § 826 gründet, enthält keinen inneren Widerspruch.

β. Frankenburger (s. vor §§ 812ff.), HoldheimsMSchr. 16, 221 behandelt die Rechtspr. des **RG.** beim Zusammentreffen des Anspruchs auf Anfechtung und Schadensersatzleistung bei arglistiger Täuschung.

b) Krankenanstalten, Ärzte.

α. Heine, PrVerwBl. 37, 284 zu Kraft (s. JDR. 14 §§ 823ff., Ziff. 6c und h) und **RG.** 4. 6. 15 (ebenda Ziff. 6f): Die im eigenen Krankenhause der Kasse untergebrachten Versicherten (öffentlich-rechtliches Verhältnis) können die Kasse wegen falscher Krankenhausbehandlung nur dann in Anspruch nehmen, wenn die Haftung aus § 823 begründet ist; die Kasse kann den Entlastungsbeweis aus § 831 führen. Immerhin kann nach **RG.** 74, 165 die entsprechende Anwendung des § 278 auch auf das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen der Kasse und den Versicherten in Frage kommen. Vgl. auch Josef, AÖffR. 35, 367 (Schadensersatzansprüche der Kasse aus Schädigung der Mitglieder).

β. **RG.** 24. 3. 16, BayRpflZ. 16, 259 Röntgenverbrennung in einer Universitätsklinik. Haftung der Universität als Krankenhausunternehmerin aus dem Vertrage, sowie des leitenden Arztes wegen Vernachlässigung seiner Überwachungspflicht gegenüber einem Stationsarzt (§ 823).

γ. **RG.** 5. 11. 15, LeipzZ. 16, 749, WarnE. 16, 16. Haftung der Stadt für das Verschulden der Bediensteten des städtischen Krankenhauses.

δ. Colmar 12. 1. 15, ElsLothZ. 16, 32. Haftung eines Spitals für die durch mangelhafte Überwachung verursachte Schädigung einer geisteskranken Ehefrau.

ε. RG. 4. 7. 16, LeipzZ. 16, 1111, R. 16, Nr. 1494, WarnE. 16, 363, ZVersWes. 16, 440. Daß der Arzt, der bei der Behandlung eines Kranken die allg. anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft außer acht läßt und die Pflichten eines sorgfältigen Arztes verletzt, dem dadurch an seinem Körper oder seiner Gesundheit geschädigten Kranken gemäß §§ 823ff. haftet, einerlei ob ein Vertragsverhältnis zwischen ihnen besteht oder nicht, steht im Einklang mit der Rechtspr. des erkennenden Sen. (z. B. RG. 85, 184; JW. 11, 449).

ζ. RG. 4. 6. 15, GruchotsBeitr. 60, 127, Reger 36, 217 s. bereits JDR. 14 §§ 823ff. I 6 f.

c) Gastwirte.

α. Goldscheider, GruchotsBeitr. 60, 382, 388. Der Wirt haftet seinen Gästen gegenüber in allen Räumen auch aus unerlaubter Handlung (und aus Vertrag) — übereinstimmend mit RG. VI (JW. 11, 40; 05, 45) gegen RG. III (R. 10, Nr. 2540), wonach bei Räumen, die nur für die Gäste bestimmt sind, nur vertragliche Haftung besteht. Bei der Haftung für Zu- und Abgang nimmt Goldscheider, 384 mit der herrschenden Rechtslehre gegen RG. (54, 53 u. 334, R. 08, 516) an, daß der Wirt den Gästen auch aus Vertrag haftet. Der Vertrag kann eine weitergehende Sorgfaltspflicht bedingen, als sie gegenüber der Allgemeinheit geboten ist.

β. RG. 13. 10. 16; 88, 433, JW. 16, 1532, LeipzZ. 16, 1541, R. 16, Nr. 2090. Unfall auf einer Kegelbahn. Eröffnung eines Verkehrs keine notwendige Bedingung für einen Anspruch aus § 823. Wenn ein Vertrag auch auf Fürsorge für die körperliche Gesundheit und Unversehrtheit des Vertragsgegners geht, kommt es für die Frage, ob bei einer Vertragsverletzung auch eine Haftung aus unerlaubter Handlung gegeben ist, nicht darauf an, ob die Fürsorgepflicht auch gegenüber Dritten bestand (RG. 85, 186), auch nicht darauf, ob die Fürsorgepflicht auch einem Dritten gegenüber bestände, der ohne Vertragsband in den Handlungsbereich des Verletzers käme — Berufspflicht des Arztes, und auch nicht darauf, ob gerade die Übernahme der Vertragspflicht den Vertragsgegner erst bestimmt hat, sich in die ihn schädigende Lage zu begeben. Das allgemeine Verbot widerrechtlicher Körperverletzung wird durch den Vertrag nur individualisiert und verstärkt, kann aber auch gemindert werden.

γ. RG. 10. 3. 16, R. 16, Nr. 821 u. 822, WarnE. 16, 161. Haftung des Gastwirts für die Sicherheit der Sitzgelegenheiten auch den Gästen gegenüber aus Vertrag und unerlaubter Handlung. Hierzu GesuR. 17, 430. Vgl. auch RG. 17. 12. 15, R. 16, Nr. 228 (verkehrsicherer Zustand des Hausflurs). Ebenso

δ. RG. 15. 12. 15, WarnE. 16, 369. Ferner RG. 11. 2. 16, GruchotsBeitr. 60, 856 (mangelhafter Treppenaufgang zur Wirtschaft).

ε. Karlsruhe 8. 1. 16, BadRpr. 16, 132. Haftung des Schankwirts für den sicheren Verkehr seiner Gäste in den Wirtschaftslokalitäten nebst zugehörigem Abortraum und den Zugängen dahin. Der Schadensersatzanspruch bei einem Unfall durch Verwechselung der Hof- und Kellertreppe wurde aus Vertrag und unerlaubter Handlung verneint, weil Feierabend geboten, das Licht gelöscht und der Verkehr geschlossen war.

ζ. RG. 19. 6. 16, R. 16, Nr. 1491 läßt dahingestellt, ob an der Auffassung festzuhalten ist, daß Wirte hinsichtlich Räumlichkeiten, die ausschließlich für die Benutzung durch die Gäste bestimmt sind, nur durch das Vertragsverhältnis verpflichtet sind, sie in gefahrlosem Zustande zu erhalten, so daß gegebenenfalls nur eine Haftung aus dem Vertrage, nicht auch aus unerlaubter Handlung in Frage komme (RG. 85, 186).

d) Eisenbahn. Beförderung von Personen und Sachen.

α. Cochlovius, KGBl. 16, 95, ZVersWes. 16, 415. Die außervertragliche Haftung des § 823 verlangt den vom Geschädigten zu erbringenden Nachweis eines Verschuldens des Bahnunternehmers bzw. seiner Organe und bietet zudem die Möglichkeit einer Entlastung nach § 831 Satz 2 BGB. Ist der Geschädigte Fahrgast der betreffenden Bahn

gewesen und klagt er aus dem Beförderungsvertrage, dann ist seine Lage insofern gebessert, als der Bahnunternehmer die Beweislast hat und, um haftfrei zu sein, den Nachweis erbringen muß, daß ihn und seine Erfüllungsgehilfen an dem Schaden der beförderten Personen kein Verschulden trifft (RG. 66, 12). Jedoch ist die Voraussetzung der Haftung immer das Vorliegen eines Verschuldens auf seiner Seite oder auf seiten seiner Erfüllungsgehilfen. Das RG. stellt strenge Anforderungen an die vertragliche Haftung des Bahnunternehmers. Preußen ist der einzige Staat im Geltungsbereiche des HaftpflG., der für Voll- und Kleinbahnen bei der Haftung für Sachschäden zweierlei Recht kennt. Bei allen übrigen Landesgesetzen, die eine Haftpflicht für Sachbeschädigung bestimmen, wird nach übereinstimmender Ansicht in Lehre und Rechtspr. zwischen Voll- und Kleinbahnen nicht unterschieden. Vgl. auch Hellweg, MittöffFeuerversAnst. 16, 2 über die Haftpflicht der Eisenbahnunternehmungen, die nicht den preuß. Gesetzen v. 3. 11. 1838 und v. 28. 7. 1892 unterliegen, nach §§ 823 ff.

β. **RG.** 19. 6. 16; 88, 317, R. 16, Nr. 1493. Eine Handlung, die gleichzeitig eine Vertragsverletzung und einen Verstoß gegen die allgemeinen Rechtspflichten der §§ 823 ff. enthält, begründet regelmäßig die Haftung aus dem Vertrage und zugleich aus der unerlaubten Handlung. Letztere Haftung kann durch das Dasein eines Vertrages allerdings beeinflußt werden. Insbesondere kann, soweit nicht § 276 Abs. 2 entgegensteht, auf sie ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet werden; auch findet in Fällen, in denen, wie bei der Leihe, aus dem Vertrage nur wegen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gehaftet wird, eine strengere Haftung auch nicht aus unerlaubter Handlung statt. Für die Annahme aber, daß der Abschluß eines Beförderungsvertrages mit der Eisenbahn deren Haftung aus unerlaubter Handlung ausschließen sollte, fehlt jeder Anhalt. S. oben c ζ.

γ. **RG.** 15. 5. 16, LeipzZ. 16, 1245, R. 16, Nr. 1887, WarnE. 16, 416. Haftung der Bahngesellschaft aus Vertrag und aus unerlaubter Handlung wegen Aushändigung des Gutes auf einem verkehrsgefährlichen Entladeplatz (Böschungsgraben). §§ 76, 79 EisenbVO., §§ 434, 435 HGB.

δ. **RG.** 18. 11. 15; 87, 289, LeipzZ. 16, 1437. Haftung bei Personenbeförderung. Vertragshaftung eines Fuhrwerksbesitzers gegenüber der anderen Vertragspartei, wenn er in deren Auftrag einen Arzt zu einem Kranken befördert und der Arzt hierbei einen Unfall erlitten hat (§§ 157, 242, 278, 631, 831, 833).

ε. Colmar 19. 4. 15, ElsLothrZ. 16, 204. Haftung für die auf einem Transportwagen durch einen anfahrenden Bahnzug zertrümmerte Schiffsschaukel wegen Unvorsichtigkeit des Kutschers.

c) Einzelne Fälle.

α. **RG.** 21. 1. 16, BürBl. 16, 48. Schadensersatzanspruch eines Gemeindedieners gegen die politische Gemeinde als seine Dienstherrin aus § 618 und gegen die Kirchengemeinde aus § 823 aus einem Unfall infolge mangelhafter Einrichtung der Turmuhr.

β. Posen 30. 6. 16, PosMSchr. 16, 90. Umfang der Haftung eines nicht rechtsfähigen Vereins, seiner Mitglieder und der in seinem Namen Handelnden aus Vertrag und unerlaubter Handlung. Selbst aus den vom Vorstand in Ausführung seiner Verrichtungen vorgenommenen Handlungen, welche nicht Rechtsgeschäfte im Namen des nicht rechtsfähigen Vereins sind, haftet der Verein nicht nach § 31, sondern nur nach § 831.

γ. Colmar 28. 9. 15, ElsLothZ. 16, 332. Haftung der Gemeinde für die Folgen eines vor dem städtischen Theater erfolgten Unfalls eines Theaterbesuchers s. § 823 I 7h.

δ. Darmstadt 14. 7. 15, HessRspr. 16, 49. Bühnenunfall einer Sängerin. Nur Vertragsverletzung (§ 618), weil Sicherungsvorrichtungen nur für Bühnenangehörige zu treffen sind; für Dritte ist ein Verkehr auf der Bühne nicht eröffnet.

ε. **RG.** 19. 4. 16, GruchotsBeitr. 60, 1011, LeipzZ. 16, 1025. Die vertragsmäßige Haftung des Verkäufers einer mangelhaften Sache gegenüber dem Käufer schließt die Haftung aus unerlaubter Handlung gegenüber einem Dritten nicht aus, der durch die Sache beschädigt worden ist.

ζ. LG. Schweidnitz 18. 12. 15, BreslauAK. 16, 19 verneint eine Haftung der Gemeinden für in ihren Schulgebäuden an Gegenständen der Schüler ausgeübten Diebstahl — aus Vertrag allgemein, aus §§ 823, 831 nach Lage des Einzelfalls, weil ein Verschulden des Schuldirektors und auch des Schulkastellans nicht vorlag.

η. Karlsruhe 17. 2. 15, BadRpr. 16, 84. Haftung für den Unfall, der einem in einem Gaststall eingestellten Pferde zugestoßen ist.

ϑ. Colmar 1. 4. 15, ElsLothrZ. 16, 191 (s. auch 320). Streitwert bei einem Geldrentenanspruch wegen Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung (§ 9a GKG.). Gegen KG., OLG. 13, 71 u. 252 ist für den Streitwert der Anspruch von höherem Wert maßgebend.

ι. **RG.** 9. 11. 15; 87, 306, BayerZ. 23, 121, LeipzZ. 16, 42 u. 43, R. 16, Nr. 746 bis 748, SeuffA. 71, 107 s. bereits JDR. 14 §§ 823ff., Ziff. 5g.

κ. **RG.** 25. 1. 15, EisenbE. 32, 329 s. bereits JDR. 14 §§ 823ff., Ziff. 5c.

4. Der Schadensersatzanspruch des arglistig Getäuschten (§§ 823, 826) — s. JDR. 14, §§ 823ff., Ziff. 7.

a) Riehl, GruchotsBeitr. 60, 790 behandelt — ausgehend von **RG.** 83, 241 (JDR. 14 §§ 823ff., Ziff. 7i) — die Arglist beim Vertragsschluß und zwar in der eigenen Person des Vertragschließenden und besonders in der der Vertreter. Er bezeichnet in beiden Fällen als grundlegend den Unterschied zwischen der Arglist in den Vorverhandlungen und der arglistigen Übernahme von Vertragspflichten. Im ersten Falle kommt er zu folgendem Ergebnis: Dem in den Vorverhandlungen durch außervertragliche arglistige Vorspiegelungen Getäuschten stehen die Anfechtungsklage auf Nichtigkeitserklärung des Vertrags, die Bereicherungsklage auf Herausgabe der Bereicherung, die Deliktsklage auf Schadensersatz wegen Verleitung zum Vertragsabschlusse zur Verfügung; unter keinen Umständen geben die außervertraglichen Vorspiegelungen die Grundlage für Vertragsansprüche, insbesondere für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages ab. Der durch arglistige Übernahme von Vertragspflichten Betrogene hat dagegen außer den erwähnten Klagen die Klagen auf Erfüllung des Vertrags, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, auf Schadensersatz wegen schuldhaft mangelhafter Erfüllung und gegebenenfalls auf Wandlung und Minderung. Durch Analogieschluß aus § 463 Satz 2 — mit dem hierzu ungeeigneten Begriff der Sacheigenschaft gelangt **RG.** V (Schrifttum und Rechtspr. S. 831) zu abweichenden Ergebnissen, insofern danach die in den Vorverhandlungen gemachten unverbindlichen arglistigen Versicherungen, soweit sie Eigenschaften des Vertragsobjekts betreffen, als vertragliche Zusicherungen behandelt werden sollen, die den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags begründen. Dieser wahrscheinlich in preußisch-rechtlichen Erinnerungen wurzelnde Analogieschluß wird von Riehl theoretisch und praktisch als Fehlgriff bezeichnet. — Im zweiten Falle (Schrifttum S. 901) wird zunächst die Haftung des Geschäftsherrn für die Vertragsabschlußgehilfen ohne Vertretungsmacht erörtert. Gegen **RG.** 72, 133; 76, 107 wird der Geschäftsvermittler nicht als Dritter i. S. des § 123 Abs. 2 angesehen und daher der arglistig getäuschten Vertragspartei die Anfechtungs- und Bereicherungsklage gewährt. Der Geschäftsherr haftet mit der Deliktsklage, falls er sich an dem Betruge seines Vertragsabschlußgehilfen in irgendeiner Weise beteiligt hat; hierzu kommt die Schadensersatzpflicht des Geschäftsherrn aus dem Fahrlässigkeitsdelikt des § 831 (wobei § 254 in Betracht kommt). Immer ist nur das sog. Vertrauensinteresse Gegenstand des Schadensersatzes. Es folgt die Haftung des Geschäftsherrn für die Vertragsabschlußgehilfen mit Vertretungsmacht. Betätigt sich ihre Arglist nur in den Vorverhandlungen, so haftet der Geschäftsherr unter den erwähnten Voraussetzungen mit der Anfechtungsklage, der Bereicherungsklage und der Deliktsklage auf Schadensersatz wegen Verleitung zum Vertragsschluß. Anders **RG.** 83, 241. Bei arglistigen außervertraglichen Vorspiegelungen gesetzlicher Vertreter (z. B. Vormünder) versagt die Schadensersatzklage aus § 831. Geht der Vertragsabschlußgehilfe

für den Geschäftsherrn arglistige Vertragsverbindlichkeiten ein, so hat der betrogene Gegenkontrahent die Wahl, ob er sich der außervertraglichen Klagen, der Anfechtungs-, Bereicherungs-, Deliktsklage bedienen, oder ob er mit der Vertragsklage Erfüllung, nötigenfalls Schadensersatz wegen Nichterfüllung des geschlossenen Vertrages beanspruchen will. Vorausgesetzt ist immer, daß der Bevollmächtigte sich im Rahmen seiner Vollmacht hält. Nach der Besprechung des Falles der Verhandlungsvollmacht (Vertragsergänzungsvollmacht) wird die Haftung des unredlichen Vertragsabschlußgehilfen erörtert. Eine Vertragsklage gegen ihn ist nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung z. B. § 98 HGB. gegeben. Er haftet mit der Deliktsklage aus §§ 826 BGB., 263 StGB. in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB. auf Schadensersatz (Vertrauensinteresse). Bei bloßer Fahrlässigkeit ist keine Klage gegen den Vertragsabschlußgehilfen gegeben. Gleichzeitig kann der Betrogene gegen den Geschäftsherrn die Anfechtungs- und Bereicherungsklage anstrengen. Der Betrogene kann auch neben der letztgenannten Klage nach § 831 BGB. gegen den Geschäftsherrn vorgehen. Endlich kann er auch dem Geschäftsherrn gegenüber mit der Vertragsklage vorgehen, um später den Vertragsabschlußgehilfen wegen des Fehlbetrags auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen.

b) Senf (Schriftt. vor §§ 812ff.), ThürBl. 63, 137. Schadensersatzanspruch dessen, der sich öffentlich zur Vaterschaft bekannt hat, gegen die Mutter, die ihn arglistig getäuscht hat.

c) **RG.** 29. 6./3. 7. 16, R. 16, Nr. 1452. Hat ein vertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, das dieser gegenüber wegen einer Schuld eine Bürgschaft beizubringen verpflichtet ist, mit Wissen und Willen der Gesellschaft das Bürgschaftsgeschäft vermittelt und durch seine Tätigkeit zustande gebracht, dabei aber sich dem Dritten gegenüber unlauterer und betrügerischer Mittel bedient, so muß die Gesellschaft das arglistige Verhalten ihres bösgläubigen Vertreters als ihre eigene unerlaubte Handlung sich entgegensetzen lassen, auch wenn sie beim Vertragsschluß selbst durch ein anderes — gutgläubiges — Vorstandsmitglied vertreten gewesen ist (**RG.** 81, 433) — §§ 123, 823 Abs. 2, 826.

d) **RG.** 24. 5. 16, WarnE. 16, 274. Beschränkung des Schadensersatzanspruchs des Getäuschten auf das negative Vertragsinteresse.

e) Rostock 15. 11. 15, MecklZ. 34, 263. Arglistige Täuschung über die Sicherheit einer bei einem Werkvertrage in Zahlung gegebenen Grundschuld. Der Schadensersatz geht auf Ersatz derjenigen Aufwendungen, zu denen der Kläger durch den Glauben an die Gültigkeit des Vertrages veranlaßt ist.

f) Stuttgart 20. 10. 14, WürttJ. 27, 265. Ein Anspruch aus unerlaubter Handlung wegen Verleitung zum Abschluß eines Vertrages ist durch Anfechtung des Vertrages nicht ausgeschlossen. S. unten § 826 Ziff. 12u.

g) **RG.** 4. 4. 16; 88, 187. Betrügliche Verleitung zur Beteiligung an einer G. m. b. H. Durch Sonderrechtsbildung sind die §§ 31, 826 ausgeschaltet; jeder Ersatzanspruch des Betrogenen gegen die kapitalistische Gesellschaft, der auf die Tatsache des Beitritts zur Gesellschaft gegründet wird, ist ausgeschlossen. Der Betrogene muß sich an den gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft, der ihn geschädigt hat, halten.

Siehe auch § 826, Ziff. 12 a.

§ 823.

I. Abs. 1.

1. Allgemeines.

a) Rohland, AÖffR. 35, 327 wendet sich gegen die Auffassung des OLG. Hamm, wonach fahrlässiges Handeln trotz Genehmigung einer Anlage durch die Aufsichtsbehörde möglich sei (Wasserverunreinigung durch eine städtische Kläranlage). Siehe auch § 823 II 1a und c.

b) *Dickel, Forstzivilrecht 615ff. über Auslegen von Gift in Jagdrevieren; ebenda 589 über Haftung für Schußverletzungen; ebenda 589ff. über Haftung des Kaninchenjägers; ebenda 591 über Haftung bei Borkenkäfergefahr.

c) **RG.** 3. 4. 16, WarnE. 16, 255. Auch die Haftung aus § 823 Abs. 2 setzt Verschulden voraus, und liegt ein solches vor, dann ist schon aus Abs. 1 des § 823 der Klageanspruch begründet, weil es sich im gegenwärtigen Falle (fahrlässige Tötung) um die Verletzung eines der dort angeführten Güter handelt.

d) **RG.** 20. 1. 16, R. 16, Nr. 443. Bei einem objektiv rechtswidrigen Tun wird durch die Feststellung, daß dem Handelnden das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gefehlt habe, nur die Vorsätzlichkeit des rechtswidrigen Tuns ausgeschlossen. Damit steht aber nicht auch fest, daß nicht Fahrlässigkeit vorliegt.

e) **RG.** 3. 12. 15, LeipzZ. 16, 805. Die Anwendung des § 823 neben § 839 ist ausgeschlossen. Übrigens ergibt sich diese Unanwendbarkeit auch aus dem Ges. v. 22. 5. 10, da sonst die dort eingeführte Haftungsbefreiung der Beamten für die meisten Fälle bedeutungslos sein würde. S. § 839 V Ziff. 11e.

2. Körperverletzung.

a) Allgemeines.

α. Karlsruhe 10. 11. 15, SeuffA. 71, 434. Schadensersatz wegen Körperverletzung auch für eine Nervenstörung durch Schußunfall. Zu vgl. III 12c zu § 249.

β. **RG.** 10. 7. 16, JW. 16, 189 (mit Anmerkg. von Plum über das Lehrerzüchtigungsrecht), PrVolksschulA. 15, 237, WarnE. 16, 318. Haftung eines Lehrers für eine Körperverletzung, die ein Schüler anläßlich eines ihm nicht zur Züchtigung, sondern zur Aufmunterung erteilten Schlages dadurch erleidet, daß er sich eine metallene Tuschfeder ins Auge stößt. Wenn das Berufungsgericht auf Grund seiner Feststellungen annimmt, eine unerlaubte Handlung falle dem Beklagten nur dann zur Last, wenn er vor Ausführung der Handbewegung in der Nähe des Kopfes des Klägers gesehen habe, daß Kläger die Tuschfeder aufwärts nach seinem Kopfe zu gerichtet halte, so ist das nicht rechtsirrtümlich. S. auch **RG.** 16. 11. 15 unten § 839 Ziff. 10 c.

γ. **RG.** 3. 4. 16, WarnE. 15, 255. Haftung der Kirchengemeinde und des Kirchendieners, wenn dieser den Heizungsschacht offen läßt und ein die Kirche Betretender hineinfällt und tödlich verunglückt (§§ 823 Abs. 1 u. 2; § 867 Nr. 12 StGB.).

δ. **RG.** (Straff.) 10. 2. 16; 49, 389. Elterliches Züchtigungsrecht. Das Züchtigungsrecht des Inhabers der elterlichen Gewalt geht nicht weiter, als mit der ihm auferlegten Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, vereinbar ist; jede Verletzung dieser Pflicht bei einer Züchtigungshandlung ist eine Überschreitung der rechtlichen Grenze des Züchtigungsrechts. Welche Behandlung eines Kindes pflichtgemäß und welche pflichtwidrig ist, wird im einzelnen durch das Gesetz nicht festgestellt, es wird dies aber durch die allgemeine sittliche Anschauung über das Wesen des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern hinlänglich bestimmt (**RG.** Straff. 41, 98).

ε. **RG.** 1. 11. 15, R. 16, Nr. 440 (Verletzung durch das Tragen eines ungesicherten Gewehrs) s. § 249.

ζ. Prozeßneurose. **RG.** 7. 10. 15, PosMSchr. 16, 27, R. 16, Nr. 403 s. III 12a zu § 249.

S. auch HaftpflG. § 1.

b) Haftung des Arztes.

α. Zu vgl. II 2a zu § 276.

β. **RG.** (ohne Datum), SäsVersZ. 16, 186. Haftpflicht der Ärzte wegen fahrlässiger Röntgenbestrahlung.

S. auch §§ 823ff., Ziff. 3b.

c) Lehrerzüchtigungsrecht.

α. **RG.** (Straff.) 5. 10. 16, JW. 16, 1484, LeipzZ. 16, 1560. Das Züchtigungsrecht eines Lehrers schließt die Strafbarkeit einer in seiner Ausübung zugefügten körperlichen Mißhandlung aus. Bei bewußter Überschreitung des Züchtigungsrechts hat der Lehrer sein Handeln strafrechtlich zu verantworten, und zwar als Beamter, da er die Züchtigung, auch soweit sie im Übermaß erfolgt ist, in Ausübung seines Amtes vorgenommen hat.

β. **RG.** 10. 7. 16, WarnE. 16, 318 s. oben Ziff. 2a*β*.

γ. Dresden (Straff.) 1. 8. 14, SächsOLG. 36, 341. Straflosigkeit einer in Ausübung des Züchtigungsrechtes zugefügten Körperverletzung.

d) Züchtigung fremder Kinder.

α. Hahne, R. 16, 68 sieht als Grundlage der Zubilligung eines Züchtigungsrechtes nicht die Gemeinschaftsrechte der Volksgenossen, sondern nur die Eigentums-, Besitz- und Persönlichkeitsrechte des einzelnen an. Soweit diese durch Ungezogenheiten fremder Kinder berührt werden, erkennt allerdings die allgemeine Rechtsüberzeugung dem Betroffenen und demjenigen, der durch sein Verhältnis zu dem Betroffenen berufen erscheint, diesen zu schützen, das Recht zu, unter Umständen Ungezogenheiten fremder Kinder durch eine der Sachlage angemessene Züchtigung auch über die hier zu engen Grenzen der Notwehr und der Voraussetzungen des durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung anerkannten Selbsthilferechts hinaus abzuwehren, zu strafen und ihre Wiederholung für die Zukunft abzuwenden. Vgl. hierzu FürsorgeZ. 7, 287.

β. Für die Zulässigkeit Colmar (Straff.) 25. 1. 16, ElsLothZ. 16, 282, LeipzZ. 16, 635, R. 16, Nr. 694 (nützliche Geschäftsführung); ebenso Karlsruhe 10. 7. 16, DJZ. 16, 1180, Naumburg 13. 1. 16, Naumburg AK. 16, 41. Ferner

γ. Rostock 9. 7. 15 und 17. 12. 15, MecklZ. 34, 121 und 351. Als eine ergänzend zu dem aus dem Elternrecht abgeleiteten Züchtigungsrecht hinzutretende selbständige Befugnis öffentlich-rechtlicher Art ist für jeden Erwachsenen, insbesondere aber für den durch das Verhalten des Kindes Betroffenen das Recht in Anspruch zu nehmen, gegen Unarten und Ungezogenheiten von Kindern auf frischer Tat durch eine Züchtigung einzuschreiten, welche sich in den Grenzen einer vernünftigen Erziehungsmaßregel hält, also ohne Rücksicht auf die vorhandene oder vermutete Zustimmung der Eltern und selbst im Widerspruch dazu.

δ. Dagegen Breslau 30. 5. 16, BreslauAK. 16, 75 unter Berücksichtigung von Rechtslehre und Rechtspr. im Anschluß an **RG.** 41, 100.

3. Sonstiges Recht.

a) *Dickel, Forstzivilrecht 585. Zu den „sonstigen Rechten" gehören auch die Hege- und Aneignungsrechte an jagdbarem Wilde zugunsten des Jagdherrn, insbesondere des Jagdpächters, sowie an Fischen zugunsten des Fischereiberechtigten; ebenda 589, 1072 über die Frage der Haftung für Wildschaden über § 835 hinaus.

b) Josef, PrVerwA. 24, 330. Die widerrechtliche Verfügung des Sparbuchbesitzers stellt sich nach weit verbreiteter Ansicht als Verletzung eines Rechtes i. S. des § 823 Abs. 1 dar. Der Besitzer eines Sparkassenbuchs als eines Legitimationspapiers hat eine Verfügungsbefugnis, die ihn in Stand setzt, das Erlöschen des Forderungsverhältnisses herbeizuführen.

c) Nußbaum (s. ZVG.), 55. Nach § 823 Abs. 1 ist der Schuldner, der das hypothekarische Recht durch eine irgendwie geartete Minderung der Immobiliarmasse schuldhaft

verletzt, und jeder, der hierzu durch Erwerb oder auf andere Weise schuldhaft mitwirkt, zum Schadensersatz verpflichtet. Das gilt auch zugunsten des nicht betreibenden Hypothekars (gegen **RG.** SeuffA. 59, 125).

d) **RG.** 6. 5. 16, R. 16, Nr. 1295. Sind von einem Grundstück vor der Zwangssteigerung Zubehörstücke in unwirtschaftlicher Weise veräußert worden, so kann der Hypothekengläubiger, der bei der Zwangsversteigerung ausfällt, auch vom Erwerber des Zubehörs Schadensersatz verlangen.

e) **RG.** 30. 9. 16, R. 16, Nr. 2092. Die Rechte aus § 16 PrivatflußG. und § 246 II 15 ALR. sind, da sie von jedermann verletzt werden können und somit absoluten Charakter tragen (**RG.** 57, 356), „sonstige Rechte" i. S. des § 823 Abs. 1.

f) Karlsruhe 24. 2. 15, BadRpr. 16, 67. Schadenshaftung einer Aktiengesellschaft und ihres Maschinisten wegen des fahrlässig durch Ausfließen von Teeröl den Fischpächtern verursachten Fischsterbens (**RG.** in R. 11, Nr. 2879). S. JDR. 14 § 823 I 4 e.

g) LG. Cöln 29. 5. 13, ZVersWes. 16, 175. Kein Anspruch eines Bewerbers auf Nennung der Auskunftei, die über ihn Auskunft gegeben hat. Die Aussicht des Klägers auf Erwerb einer neuen Stellung kann nicht als ein nach § 823 geschütztes Recht aufgefaßt werden. Die Namensverschweigung ist auch nicht die Ursache der Erschwerung seines Fortkommens.

h) Hamburg 5. 7. 16, HansGZ. 16, Beibl. 277. § 823 Abs. 1 ist nur anwendbar, wenn man ein obligatorisches Recht, sei es allgemein, sei es doch mindestens für den Fall als durch diese Gesetzesvorschrift geschützt ansieht, daß der Rechtsverletzer auf den Bestand dieses Rechts unmittelbar einzuwirken imstande ist (Colmar OLG. 9, 39).

i) Hamm 10. 3. 16, OLG. 32, 263. Öffnung und Ausnutzung versehentlich zugegangener Briefe. Ein nicht als Vermögensrecht zu bewertendes, an dem Briefe bestehendes Individual- oder Persönlichkeitsrecht — sei es des Verfassers (**RG.** 69, 403), sei es des Adressaten — wird von der Rechtsordnung nicht anerkannt.

k) Gewerbebetrieb. α. **RG.** 29. 11. 15, R. 16, Nr. 232, SeuffA. 71, 322. Nur ein Angriff gegen einen eingerichteten Gewerbebetrieb als solchen fällt unter die Vorschrift, nicht aber sonstige Schädigung, z. B. Kundschaftsabtreibung, mag auch der Betrieb dadurch eingehen (**RG.** 64, 52; 65, 210). Der eingreifende Täter muß tatsächlich die Betriebshandlungen hindern oder die rechtliche Zulässigkeit des Gewerbebetriebs bestreiten und sich fälschlich das Recht anmaßen, ihn zu untersagen oder zu beschränken. S. unten § 826 Ziff. 12 b.

β. **RG.** 20. (26.) 1. 16, BayRpflZ. 16, 181, PosMSchr 16, 25, R. 16, Nr. 444, ZDJustSekr. 16, 72. Haftung der Gemeinde, die einem Schlächter rechtswidrig den Zutritt zu einem städtischen Schlachthause sperrt. In diesem Verbot liegt ein unmittelbarer Eingriff in den Gewerbebetrieb. Der Gewerbetreibende wird an den Betriebshandlungen tatsächlich gehindert (**RG.** 77, 219), wenn sich der Eingriff gegen die Betätigung des Erwerbswillens im Rahmen des eingerichteten Gewerbebetriebs richtet (auch wenn die Gesellen den Schlachthof benutzen durften).

γ. **RG.** 3. 7. 16, LeipzZ. 16, 1486, R. 16, Nr. 1713, 1714. Widerrechtlicher Eingriff in einen fremden Gewerbebetrieb durch Geltendmachung eines eingetragenen, aber unwirksamen Gebrauchsmusters für einen zusammenlegbaren Kinderwagen. Wer auf Grund der Eintragung eines Gebrauchsmusters mit dem einschneidenden Verbote, die Ware weiter herzustellen und feilzuhalten, in einen fremden Gewerbebetrieb eingreift und dadurch Schaden verursacht, muß fortdauernd sorgfältigst prüfen, ob und wie lange er hierzu berechtigt sei.

δ. **RG.** 8. 10. 15, MschutzuWettbew. 15, 123 (Seydlitzsche Atlanten) s. §§ 823ff., Ziff. 2 a λ.

ε. Hamburg 7. 2. 16, HansGZ. 16, Beibl. 127, R. 16, 200 s. § 16 UnlWG.

4. Haftung für Wege, Straßen und Verkehrsorte (s. JDR. 14 § 823 I 5).

a) Hartmann, PrVerwBl. 37, 565 erörtert im Anschluß an BayVG. 17. 2. 15, R. 15, 310, wo die rein zivilrechtliche Auffassung vertreten wird, die Haftung des Staates und der Gemeinden für Verkehrssicherheit auf öffentlichen Wegen aus öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten. Hierzu

b) Delius, PrVerwBl. 37, 735, der Bedenken hat, bei der Wegeunterhaltung eine Ausübung öffentlicher Gewalt anzunehmen. Für Preußen besteht nach § 12 II 15 ALR. die persönliche Haftung der staatlichen Beamten für Verkehrssicherheit auf den fiskalischen Landstraßen.

c) Hahn-Saida und H. Lehmann erörtern ThürBl. 63, 191, 196 die Haftung des Staats- und Kammerfiskus für mangelnde Verkehrssicherheit des Weges durch die Drachenschlucht bei Eisenach im Anschluß an LG. Eisenach 8. 5. 16 (Abweisung des Klägers, der über einen den Weg sperrenden entwurzelten Baum gefallen war).

d) **RG.** 13. 1. 16, JW. 16, 750. Bei einem Unfall infolge schlechter Beschaffenheit einer Einrichtung des Gerichtsgebäudes (nicht beleuchtete Treppe) handelt es sich nicht um einen von dem Beamten in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zugefügten Schaden, sondern vielmehr um die allgemeine Fürsorgepflicht, die der Fiskus, wie jede Privatperson, anzuwenden hat, wenn er in einem Gebäude einen allgemeinen Verkehr eröffnet, oder wenn er ein seiner Verfügungsmacht unterliegendes Grundstück für einen Gemeingebrauch durch das Publikum eingerichtet hat und unterhält; der Staat haftet daher nach den Vorschriften des BGB. (**RG.** 78, 325, **RG.** 22. 5. 05, DJZ. 05, 699). Siehe auch die Bemerkg. von v. Seuffert, JW. 16, 899.

e) **RG.** 3. 1. 16, R. 16, Nr. 932. Der wegeunterhaltungspflichtige Kreis wird seiner Verkehrsfürsorgepflicht nicht dadurch enthoben, daß er die Gemeinde, in deren Bezirk der Weg liegt, zu „Hand- und Spanndiensten" verpflichtet.

f) **RG.** 11. 2. 15, EisenbE. 32, 334, R. 16, Nr. 702. Die Stadtgemeinde kann ihre Verpflichtung zur Erhaltung der Straßen in verkehrssicherem Zustande nicht im Vertragswege auf die Straßenbahngesellschaft abwälzen.

g) **RG.** 10. 12. 15, JW. 16, 263 (mit Anmerkg. von Fuchs), R. 16, Nr. 230. Auch bei Eröffnung eines nur beschränkten Verkehrs (Aussichtsturm mit Eintrittsgeld) ist ein Anspruch aus unerlaubter Handlung bei schuldhafter Nichtherstellung eines verkehrssicheren Zustandes (unbedeckte eiserne Welle des Windmotors) gegeben.

h) **RG.** 24. 3. 16, SchlHolstAnz. 16, 202. Haftung einer Kirchengemeinde für die Sicherheit des Treppenaufgangs zur Turmuhr.

i) **RG.** 12. 10. 16, R. 16, Nr. 2095. Der Bürgermeister einer großen Gemeinde (mit über 10000 Einwohnern) ist nicht zur persönlichen Leitung von Straßenaufgrabungsarbeiten verpflichtet; wohl aber obliegt ihm die Anordnung entsprechender Aufsicht.

k) **RG.** 18. 2. 16, GesuR. 17, 498, GruchotsBeitr. 60, 848, HessRspr. 16, 65. Absperrungsmaßregeln bei einem frisch geölten Wartesaal. Grenzen der Überwachungspflicht.

l) **RG.** 6. 7. 15, EisenbE. 32, 388, WarnE. 15, 378. Wenn ein Beamter eine Klage gegen das Reich nicht auf sein Dienstverhältnis, sondern auf die Vorschriften über unerlaubte Handlungen (mangelhafte Treppenbeleuchtung in einem Postamt) stützt, so ist § 149 RBeamtG. (Notwendigkeit einer Vorentscheidung) nicht anwendbar.

m) **RG.** 12. 7. 15, BayRpflZ. 16, 12 s. bereits JDR. 14 §§ 823 I 5a.

n) **RG.** 21. 6. 15, HessRspr. 16, 288 s. bereits JDR. 14 § 823 I 5k.

o) Rostock 17. 2. 16, MecklZ. 34, 280. Wer auf einem zu seinem Grundstücke gehörigen, neben der Landstraße herlaufenden Seitenweg einen öffentlichen Verkehr in dem Bewußtsein duldet, daß das dort verkehrende Publikum den Weg für einen öffentlichen hält, hat für einen verkehrssicheren Zustand des Weges zu sorgen.

p) Kiel 21. 10. 16, SchlHolstAnz. 16, 233. Verantwortlichkeit des Bauherrn und

des Wegeunterhaltungspflichtigen für verkehrssichere Maßnahmen bei straßenwärts auszuführenden Bauarbeiten.

q) Hamburg 14. 2. 16, HansGZ. 16, Beibl. 133. Sturz eines Passanten auf offener Straße in eine sich gerade von unten öffnende, zu einem Eiskeller führende Luke im Trottoir. Die Inhaberin des Kellers ist nicht dadurch entlastet, daß sie ihrem Hausknecht befiehlt, die Luke von oben und nicht vom Keller aus zu öffnen; sie hat die Aufsichtspflicht.

r) München 6. 10. 16, LeipzZ. 16, 1562. Haftung für Unfälle beim Turnen auf dem von einem Turnverein einer Landsturmriege unentgeltlich überlassenen Turnplatz. Durch Überlassung des Turnplatzes hat der Verein einen Verkehr eröffnet; die Schadensersatzpflicht erfordert nicht, daß der Verkehr öffentlich ist (JW. 16, 263 — s. oben Ziff. 4g). Da die Überlassung des Platzes ohne Gegenleistung erfolgte, war der Verein nicht verpflichtet, den Platz beleuchten oder die schadhafte Stelle einfriedigen zu lassen.

s) **RG.** 12. 7. 16 s. unten I 5i.

t) Wegereinigungspflicht. *α*. PrOVG. 6. 7. 16, GesuR. 17, 578, R. 16, 607. Die Gemeinde kann die anderen obliegende Wegereinigungspflicht ohne weiteres sonstigen anderen auferlegen d. h. ohne diese Pflicht zunächst selbst zu übernehmen. Hierzu M. Schultzenstein, ebenda, über Wegereinigung und Ortsstatut. Abweichend KG. (Strafs.) R. 16, 608.

β. PrOVG. 4. 1. 16, R. 16, 256. Nach § 1 Abs. 4 PrG. v. 1. 7. 12 tritt, soweit die Pflicht zur polizeimäßigen Reinigung (auch Schneeräumungspflicht) besteht, die Pflicht des Wegebaupflichtigen zur Reinhaltung der Wege aus Verkehrsrücksichten nicht ein; ein Bedürfnis im einzelnen Falle ist nicht vorausgesetzt. Hierzu M. Schultzenstein, GesuR. 17, 289. Vgl. auch PrOVG. 18. 11. 15, PrVerwBl. 37, 667.

γ. KG. (Strafs.) 10. 12. 15, KGJ. 48, 345. Die Verpflichtung zur regelmäßigen polizeilichen Reinigung ist auf rechtlich öffentliche Wege beschränkt. Die observanzmäßige Straßenreinigungspflicht liegt im Zweifel nur den Eigentümern derjenigen Grundstücke ob, welchen das Recht auf einen Ausgang nach der betreffenden Straße zusteht (PrG. v. 1. 7. 12; Wegeordnung f. d. Pr. Sachsen v. 11. 7. 91). Vgl. auch PrOVG. 10. 12. 14, DJZ. 16, 1175.

δ. Kiel 19. 10. 16, SchlHolstAnz. 16, 225. Anforderungen an eine Stadtverwaltung hinsichtlich der Beseitigung der von Automobilen hervorgerufenen Glätte des Straßenpflasters. Kein beständiges Nachreinigen (**RG.**, JW. 12, 194).

5. Haftung der Hauseigentümer, Vermieter u. Gastwirte (s. JDR. 14 § 823 I 6).

a) Goldscheider, GruchotsBeitr. 60, 387ff. behandelt auch die Rechtspr. über die Beleuchtungspflicht, namentlich der Gastwirte, ferner die Haftung aus Unfällen auf der Kegelbahn, bei Abortbenutzung, aus mangelhafter Kenntlichmachung der Kellertür. Wegen der Beweislast s. ebenda, 390f.

b) GesuR. 17, 167 behandelt die Pflicht zur Treppenbeleuchtung.

c) **RG.** 20. 9. 15, LeipzZ. 16, 475, R. 16, Nr. 61. Haftung des Hauseigentümers, der es unterläßt, seinen Hausverwalter über dessen Aufgaben (Beleuchtung, Streupflicht, Bauschäden) zu unterweisen. Diese Unterlassung begründet ein Verschulden des Eigentümers nach §§ 823, 276 und die Unmöglichkeit des Entlastungsbeweises nach § 831.

d) **RG.** 7. 1. 16, R. 16, Nr. 442. Ist ein Unfall auf einer Treppe durch das Zusammentreffen verschiedener vom Hauseigentümer zu vertretender Mißstände verursacht worden, so kann seine Haftpflicht nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß in der ziemlichen Steilheit und Dunkelheit der Treppe und in den abgetretenen Stufenbeschlägen ein die Haftpflicht des Hauseigentümers bedingender Zustand nicht zu erblicken sei, weil alle diese Tatsachen ohne weiteres erkennbar seien (eigene Unvorsichtigkeit). Dabei wird verkannt, daß bei solcher Sachgestaltung die eigentliche grundlegende Ursache des

Unfalls in dem Bestehenlassen des die Verkehrsgefahr erzeugenden Zustands der Treppe zu suchen ist, den der Hauseigentümer nach § 823 zu vertreten hat.

e) **RG.** 14. 12. 15, BayRpflZ. 16, 111. Treppenbeleuchtungspflicht des Vermieters.

f) Rostock 11. 5. 16, MecklZ. 35, 37. Schadensersatzpflicht des Hauseigentümers aus § 823 wegen Nichtbeleuchtung des Treppenhauses.

g) Rostock 14. 10. 15, MecklZ. 34, 189. Der auf einem unbeleuchteten Hausflur zu Fall gekommene Verletzte hat gegen den Hauseigentümer keinen Schadensersatzanspruch, wenn er die ihm von einem Hausbewohner angebotene Beleuchtung abgelehnt hat.

h) **RG.** 27. 6. 16, GruchotsBeitr. 60, 1012, LeipzZ. 16, 1239, R. 16, Nr. 1293, WarnE. 16, 397. Nach der feststehenden Rechtspr. des RG. hat derjenige, den die Verantwortung für die Erfüllung einer Verkehrssicherungspflicht trifft, wenn er die zu diesem Zwecke erforderlichen Maßnahmen einem Dritten überläßt, eine stetige, je nach den Umständen des Falles mehr oder weniger häufig zu wiederholende Aufsichtstätigkeit zu entfalten. Diese Rechtspflicht, welche von der in § 831 erwähnten Pflicht des Geschäftsherrn zur Leitung einzelner Verrichtungen des Angestellten verschieden ist, liegt im Falle der Übertragung der Treppenbeleuchtung auf die Mieter dem Vermieter ob.

i) **RG.** 12. 7. 16, LeipzZ. 16, 1371, R. 16, Nr. 1492. Befindet sich die Unfallstelle, an der ein Gast gefallen ist, auf dem ordnungsmäßigen Zugangswege zur Wirtschaft, den die Gäste mit Wissen und Willen des Wirtes nahmen, und hat der Wirt auch diesen Weg für die Regel bestreut, so ergibt sich daraus die Streu- und Beleuchtungspflicht für den Wirt. Die Verantwortlichkeit des Wirtes ist nicht davon abhängig, ob der Vorplatz vor der Wirtschaft, insbesondere die Unfallstelle, im Eigentum des Wirtes stand. Der Schwerpunkt der Frage, ob eine Sorgfaltspflicht für die Verkehrssicherheit eines Ortes bestehe, liegt nicht in dem Eigentumsrecht als solchem; die gleiche Pflicht kann auch für den aus anderen Gründen Verfügungsberechtigten bestehen. Entscheidend ist, ob der Betreffende vermöge seiner tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen zu der Sache bei der Verfügung über sie und bei ihrem Gebrauch eine Sorgfalt im Rechtsverkehr Dritten gegenüber anzuwenden hat (**RG.** 54, 56).

k) **RG.** 11. 2. 16, GruchotsBeitr. 60, 856, R. 16, Nr. 1858. Haftung des Inhabers einer Erlaubnis zum Wirtschaftsbetriebe für Mängel der den Aufgang zur Wirtschaft vermittelnden Treppe.

l) Rostock 15. 12. 15, MecklZ. 35, 33. Haftung des Gastwirts für den verkehrssicheren Zustand und die Beleuchtung des vor dem Gasthofe befindlichen Terrains.

m) Kiel 30. 9. 16, SchlHolstAnz. 16, 201. Haftung des Gasthofbesitzers für ordnungsmäßige Beleuchtung der Korridore und Treppen. Kein mitwirkendes Verschulden im Betreten des unbeleuchteten Ganges durch den Gast (in einem gut eingerichteten, besseren Gasthause).

n) **RG.** 2. 7. 15; 87, 128 s. bereits JDR. 14 § 823 I 6 f.

o) **RG.** 9. 7. 15, LeipzZ. 16, 57 s. bereits JDR. 14 § 823 I 6g.

S. auch §§ 823ff., Ziff. 3c.

6. Haftung des Mieters.

RG. 5. 11. 15, GesuR. 17, 261. Die Haftung des Mieters für den von einem Angestellten durch Wegwerfen eines brennenden Streichholzes verursachten Brand eines Schuppens wird verneint, weil der Sorgfaltspflicht bei Annahme und Beaufsichtigung des Angestellten genügt ist.

7. Streupflicht (s. JDR. 14 § 823 I 8).

a) GesuR. 17, 167 behandelt die Streupflicht.

b) Goldscheider, GruchotsBeitr. 60, 387 erörtert die Streupflicht namentlich der Gastwirte an der Hand der Rechtspr.

c) **RG.** 17. 4. 16, R. 16, Nr. 2096. Man kann nicht sagen, daß der streupflichtige Haus-

besitzer seine Aufsichtspflicht schon dann verletzt, wenn er eines Morgens bei Witterungswechsel nicht nachsieht, ob sein sonst zuverlässiger Hausmeister gestreut hat.

d) **RG.** 25. 10. 15, R. 16, Nr. 674. Es versteht sich nicht von selbst, daß der Anlieger oder Anwohner, der auf dem zwischen seinem Hause und der Straße liegenden Vorplatz streupflichtig ist, auch den anstoßenden, mit dem Vorplatz eine einheitliche, ungetrennte Fläche bildenden Fußgängerweg zu bestreuen hat. Es können vielmehr verschiedene Rechtsverhältnisse (je nach der Verkehrseröffnung, Observanz oder sonstigen Rechtsgründen) bestehen.

e) **RG.** 2. 3. 16, R. 16, Nr. 17. Aus dem Umstande, daß der Angestellte trotz Glatteises nicht gestreut hat, ergibt sich nicht ohne weiteres, daß der Geschäftsherr ihn nicht beaufsichtigt hat.

f) **RG.** 12. 7. 16, R. 16, Nr. 1492 s. oben I 5i.

g) **RG.** 27. 9. 15, DJZ. 16, 240 s. bereits JDR. 14, § 823 Ziff. 8a.

h) Colmar 28. 9. 15, ElsLothZ. 16, 332. Keine Haftung der Stadtgemeinde für die Folgen des Unfalls eines Theaterbesuchers durch Ausgleiten vor dem Städtischen Theater, weil ein verkehrssicherer Zugang bestand; der ganze Platz braucht nicht gestreut zu werden.

i) BayVGH. 20. 10. 15, R. 16, 111. Der Bürgermeister als Träger oder Leiter der Ortspolizei (Art. 94, 138 der rechtsrh. GemO. v. 29. 4. 1869) ist verpflichtet, bei Glatteis die Bestreuung der Ortsstraßen entweder durch die Gemeinde oder durch die nach polizeilicher Vorschrift dazu Verpflichteten herbeizuführen. Es kann nur gefordert werden, daß ein Weiterkommen auf dem Wege ermöglicht ist, wobei auch den Verkehrenden einige Vorsicht zugemutet werden darf.

k) Hamburg 23. 12. 15, HansGZ. 16, Beibl. 113. Streupflicht bei Glatteis in Bergedorf-Hamburg. Keine Haftung des Magistrats nach §§ 823, 31 BGB., wohl aber nach §§ 278, 831. Bedient sich der Magistrat zur Erfüllung seiner Streupflicht (bei einem Tunnel) der Eisenbahnverwaltung, so genügt das zur Ausschließung seiner Haftung.

8. Ersatzansprüche aus Betrieben und Anlagen (s. JDR. 14 I 9).

a) Eisenbahn. *α.* **RG.** 26. 1. 16, HessRspr. 16, 33, JW. 16, 586, R. 16, Nr. 1469. Pflichten der Eisenbahnverwaltung bei Verwendung von Wagen älterer Bauweise. Die fortdauernde Verwendung solcher alter Wagen mit alten und fehlerhaften Einrichtungen wird, wenn die letzteren im Verkehr für Personen oder Sachen gefährlich werden können, wenigstens dann als schuldhaft angesprochen werden können, wenn die Beseitigung des Sicherheitsmangels (bessere Befestigung der Leitschiene) ohne erhebliche Kosten und technische Schwierigkeiten erreicht werden konnte, so daß die Wagen selbst alsdann weiter verwendungsfähig blieben.

β. **RG.** 15. 5. 16, LeipzZ. 16, 1245 s. §§ 823ff. Ziff. 3d*γ*.

γ. **RG.** 9. 3. 16, R. 16, Nr. 2091. Ist infolge von gefährlichen Bahnarbeiten der Verkehr auf einem über die Gleise führenden öffentlichen Weg gefährdet, so hat die Bahnverwaltung für Sicherheitsmaßregeln zu sorgen; sie kann sich nicht darauf berufen, daß ihre bahnpolizeiliche Gewalt sich auf den Verkehr auf dem öffentlichen Wege nicht erstrecke.

δ. **RG.** 28. 2. 16, JW. 16, 747 (mit Anmerkung von v. der Leyen). Für die Haftung des Eisenbahnfiskus wird insbesondere zu erwägen sein, ob etwa seine Bahnbeamten oder gesetzlichen Vertreter insofern ein Verschulden trifft, als anscheinend nicht die erforderlichen Vorkehrungen vorgesehen sind, um ein Öffnen der Schranken durch Unbefugte (daher Ausschluß des § 1 HaftpflG. — s. dort III Ziff. 3), wenn nicht unmöglich zu machen, so doch nach Möglichkeit zu erschweren.

ε. **RG.** 18. 2. 16, EisenbA. 16, 804. Die Vertretbarkeit eines Unfalls durch den Eisenbahnfiskus wird verneint, der durch unbefugte Beseitigung der zum Schutze der Reisenden durch die Eisenbahnverwaltung im Wartesaal vorgenommener Absperrvorrichtungen verursacht worden ist. Siehe auch oben §§ 823ff. Ziff. 3d.

b) Maschinen. *α.* **RG.** 2./9. 12. 15, R. 16, Nr. 229. Für den Brandschaden, der durch Funkenflug aus einer über die Landstraße fahrenden Lokomobile einer landwirt-

schaftlichen Maschine entstanden ist, wird nur gehaftet, wenn ein Verschulden dargetan wird.

β. RG. 17. 2. 16, BayRpflZ. 16, 225, LeipzZ. 16, 1024. Haftung eines Landwirts für den ordnungsmäßigen Zustand einer von ihm vermieteten Dampfdreschmaschine. Eine wichtige Ausbesserung (Beschädigung des Schwungrades) mußte einem sachverständigen Maschinentechniker übertragen werden.

γ. RG. 3. 7. 16, R. 16, Nr. 2089, SchlHolstAnz. 16, 189. Durch den Abschluß eines Vertrages, wodurch ein Dampfdreschmaschinenbesitzer einem dazu ungeeigneten Landwirt die Beaufsichtigung der im Betriebe befindlichen Maschine anvertraut, macht sich der Besitzer nach § 823 Abs. 1 haftbar, und zwar auch dem Landwirt gegenüber, sofern dieser nicht in zweifelsfreier Weise auf die Haftung des Unternehmers verzichtet hat.

δ. RG. 31. 5. 16, ElsLothZ. 16, 318 s. unten II 2 § 230 StGB.

c) RG. 28. 10. 15, ETZ. 16, 251, ZDJustSekr. 16, 54. Haftpflicht bei Unfällen von Fabrikbesuchern. Bei der Führung muß der Unternehmer für die körperliche Sicherheit der Gäste Sorge tragen. Die Magnesiumfackel durfte nicht in die Nähe der Sprengstoffe gebracht werden, wodurch eine Explosion entstand.

d) RG. 10. 1. 16, PosMSchr. 16, 24, R. 16, Nr. 933, ZDJustSekr. 16, 72. Werden in einem Krankenhause Personen behandelt, die wegen hohen Fiebers oder aus sonstigen Gründen geistig nicht völlig klar sind und deshalb einer besonderen Beaufsichtigung bedürfen, so muß durch die Einrichtung des Krankenhauses dafür gesorgt werden, daß diese Beaufsichtigung und Überwachung auch wirklich in geeigneter Weise stattfindet. Durch die Bestellung eines geeigneten Arztes als Leiter des Krankenhauses wird dieser Verpflichtung noch nicht genügt.

9. Bauunternehmer. Colmar 13. 7. 15, ElsLothZ. 16, 321. Haftung des Bauunternehmers und des Bauführers aus einem Unfall an der Baustelle. Die Aufsichtspflicht hat sich auch auf die Verrichtungen einfachster Art, wie das Weglegen den Durchgang hindernder Balken und die Beleuchtung der Baustelle zu erstrecken; denn die Erfahrung lehrt, daß gerade bei solchen Verrichtungen die Alltäglichkeit des Betriebes leicht eine gewisse Nachlässigkeit herbeiführt (RGRKomm. zu § 823). Eine besondere Beaufsichtigung der alltäglich und regelmäßig vorkommenden Arbeiten liegt also dem Bauunternehmer nicht ob; wohl aber muß an der Verpflichtung zu einer von Zeit zu Zeit wiederkehrenden Aufsicht festgehalten werden.

10. Kraftwagen. a) RG. (Strafs.) 30. 1. 14, GoltdA. 62, 117. Der mitfahrende „Halter" eines Kraftfahrzeugs, das durch einen Chauffeur gelenkt wird, ist nicht ohne weiteres für die durch Überfahren verursachte Körperverletzung eines Dritten um deswillen verantwortlich, weil er es unterlassen hat, in die Lenkung des Kraftwagens durch den Chauffeur mittels geeigneter Anordnungen einzugreifen. Er ist vielmehr zu einem solchen Eingreifen nur dann verpflichtet, wenn er tatsächlich wahrnimmt, daß durch das Verhalten des Chauffeurs Gefahr für Dritte entsteht, oder wenn er wegen der ihm bekannten Unzuverlässigkeit des Chauffeurs Veranlassung hat, ihn besonders zu beaufsichtigen.

b) Stuttgart 20. 5. 15, EisenbE. 32, 450, WürttJ. 27, 140 s. bereits JDR. 14 § 823 I 12e.

11. Fuhrwerk. Colmar 14, 6. 15, ElsLothZ. 16, 273. Der Fuhrhalter ist nicht verpflichtet, jedesmal wenn einer seiner Fuhrleute eine bis in die Nacht hinein dauernde Fahrt antritt, darauf zu achten, daß er auch eine Laterne für den Wagen, mit dem keine dauernde Beleuchtungseinrichtung verbunden ist, mitnimmt. S. auch ebenda, 349.

12. Luftverkehr. a) Luttenberger (s. Schriftt. vor §§ 823ff.) erörtert auch die aus dem Luftverkehr entstehenden Haftpflichtfragen.

b) RG. 9. 5. 16, WarnE. 16, 160. Daß sich die Annahme einer Haftung ohne Verschulden beim Luftschiffahrtsbetriebe mangels besonderer gesetzlicher Vorschrift nicht rechtfertigen läßt, ist für die außervertragliche Haftung schon in RG. 78, 171 dargelegt worden.

13. Schiffszusammenstoß. a) Bovensiepen, JW. 16, 1180. Haftung für die

Kosten eines erfolglosen Vorprozesses (gegen eine falsche Person) bei Schiffskollisionen. Dagegen Hans Becker, JW. 16, 1468 unter dem Gesichtspunkte der Billigkeit und Verkehrsauffassung.

b) **RG.** (ohne Datum), HansGZ. 16, Hptbl. 4. Schiffszusammenstoß infolge Bruches der Schlepptrosse. Verschuldensfrage. S. auch Hamburg 4. 1. 16, HansGZ. 16, Hptbl. 95.

c) Kiel 10. 2. 16, SchlHolstAnz. 16, 105. Schiffszusammenstoß im Vorhafen vor dem Kaiser Wilhelm-Kanal. Ist der Lotse nicht als Zwangslotse tätig gewesen, so ist sein Verschulden vom Reeder des Schiffes zu vertreten.

14. Einzelne Fälle. **RG.** 4. 6. 15, GruchotsBeitr. 60, 171 s. bereits JDR. 14 I 16c. Hierzu Josef, ZVersWes. 16, 121 s. § 839 IV 1.

II. Abs. 2.

1. Allgemeines. a) Kraft, RheinZ. 8, 83 wendet sich gegen Cöln 23. 12. 05, RheinA. 103, 1. Die Auffassung, daß der Eisenbahnfiskus das Anliegerrecht durch sein Eingreifen in den Straßenkörper widerrechtlich verletzt habe (§ 823 Abs. 2), treffe nicht zu, da der Veränderung unter allen Umständen eine wegepolizeiliche Genehmigung zugrunde liegen mußte und zugrunde gelegen hat, womit der Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit ausscheidet. Siehe auch unten 1c und § 823 I 1a.

b) Entlastungsbeweis des § 823 Abs. 2. **RG.** 23. 10. 15, BayRpflZ. 16, 91, FrankfRundsch. 49, 208, JW. 16, 38, R. 16, Nr. 59 und 70, SeuffA. 71, 149 (s. c). Seine engen Grenzen: Da der Tatbestand der rechtswidrigen Handlung in dem Verstoße gegen die im Schutzgesetz enthaltene Anordnung erschöpft ist, so kann sich das Verschulden auch nur auf diesen Tatbestand beziehen. Das rechtswidrige Verhalten ist daher schon dann schuldhaft, wenn der Übertreter bewußtermaßen die gebotene Handlung unterließ oder die verbotene ausführte (RGRKomm. § 823 Nr. 16 und die dort angef. Urteile). Da die Beklagte das Zuwiderhandeln gar nicht bestreitet, so war ihr damit jeglicher Entlastungsbeweis verschlossen, und sie durfte mit dem angetretenen, sich gegen die Voraussehbarkeit des eingetretenen Erfolges richtenden Beweis oder ihren dahin gehenden Ausführungen nicht gehört werden.

c) **RG.** 23. 10. 15 (s. vorige Entsch.). Wenn § 823 Abs. 2 von Gesetzen spricht, so sind darunter jegliche Rechtsnormen zu verstehen (EGBGB. Art. 2). Eine von der zuständigen Verwaltungsbehörde innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit ordnungsmäßig erteilte Genehmigung zu einem Gewerbebetrieb ist aber eine solche Rechtsverordnung; sie hat rechtserzeugende Kraft (JW. 12, 652); sie fußt auf §§ 16ff. GO., aus denen sich auch ergibt (§ 147 GO.), daß sie ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. ist.

d) **RG.** 11. 11. 15, LeipzZ. 16, 382. Für das Verschulden des Schädigers beim Verstoß gegen ein Schutzgesetz ist die Voraussehbarkeit des schädlichen Erfolges gleichgültig, da das Verschulden sich hier in dem vorsätzlichen oder fahrlässigen Zuwiderhandeln gegen das Schutzgesetz erschöpft.

e) **RG.** 24. 1. 16, LeipzZ. 16, 1240. Schuldhaft handelt, wer sich unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt über das Bestehen des Schutzgesetzes zu unterrichten unterläßt; entschuldbarer Irrtum über das Bestehen des Schutzgesetzes entlastet.

f) Goldscheider, GruchotsBeitr. 60, 391 behandelt auch die Haftung der Gastwirte bei Verstoß gegen ein Schutzgesetz.

g) Hellweg, MittöffFeuerversAnst. 16, 6. Schutzgesetze gegen Schaden durch Funkenflug.

2. Einzelne Schutzgesetze. a) StGB. *α.* § 171. Riezler, JheringsJ. 66, 479 hält es für zweifelhaft, ob hier ein Schutzgesetz vorliegt, bejaht aber, obwohl § 171 doppelte Interessen (öffentliche und private) schützt.

β. § 179. Riezler, JheringsJ. 66, 478: § 179 ist ein Schutzgesetz.

γ. § 185. *aa.* **RG.** 4. 10. 15, LeipzZ. 16, 53, R. 16, Nr. 58. Klage gegen einen Sport-

verein seitens eines Mitglieds wegen formell unzulässiger „Disqualifikation" und deren Veröffentlichung (§§ 21, 31, 249, 251 BGB.).

ββ. RG. 23. 12. 15, R. 16, Nr. 441 s. §§ 823ff. 2 a ε.

γγ. RG. 18. 5. 15, SeuffA. 71, 234 s. bereits JDR. 14 §§ 823ff. 4 t ε.

δ. § 193. RG. 29. 11. 15, R. 16, Nr. 231. Gutgläubige Überschreitung der Grenzen berechtigter Interessenwahrung begründet keinen Schadensersatzanspruch.

ε. § 230. RG. 31. 5. 16, ElsLothZ. 16, 318. Haftung des Dreschmaschinenbesitzers für die Folgen eines Unfalls, welchen eine ihm vom Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebes gestellte Hilfsarbeiterin infolge mangelhafter Überwachung erleidet.

ζ. § 257. Colmar 25. 6. 15, ElsLothZ. 16, 297. In der Richtung der Begünstigung ist § 257 kein Schutzgesetz, da es sich um den öffentlich-rechtlichen Anspruch des Staates auf Strafverfolgung handelt.

η. § 288. Nußbaum (s. ZVG.), S. 55.

ϑ. § 367 Nr. 12. αα. RG. 23. 11. 15; 87, 334, JW. 16, 188, LeipzZ. 16, 224, R. 16, Nr. 233. Auch Kellertreppen in Häusern fallen unter dies Schutzgesetz. Vgl. hierzu Ernst Fuchs, RuW. 16, 91.

ββ. RG. 11. 11. 15, LeipzZ. 16, 946, R. 16, Nr. 675, WarnE. 16, 22. Bei einem nächtlichen Unfall auf eingefriedigtem Bauplatze ist die Anwendbarkeit des § 367 Nr. 12 StGB. als Schutzgesetz verneint, weil der Bauplatz ringsum eingefriedigt und zur Nachtzeit verschlossen war. Eine Örtlichkeit kann für die Tageszeit den Schutzpflichten des § 367 Nr. 12 unterworfen sein, zur Nachtzeit dagegen nicht, weil zu dieser Zeit weder jemand dort etwas zu suchen hat noch erwartet werden kann, daß sich jemand dort aufhalte (JW. 08, 744; 10, 286).

γγ. RG. 3. 4. 16, WarnE. 16, 255. Haftung der Kirchengemeinde und des Kirchendieners, wenn dieser den Heizungsschacht offen läßt und ein die Kirche Betretender hineinfällt und tödlich verunglückt.

δδ. Colmar 21. 6. 15, ElsLothZ. 16, 291. Haftung des Militärfiskus für den Unfall eines Feuerwehrmannes an der Brandstelle infolge eines nicht verwahrten Grabens auf einem Kasernenhof.

ι. § 368 Ziff. 8. Josef, ZVersWes. 16, 122 (auch hierher gehörige Polizeiverordnungen).

b) BGB. und HGB. α. § 618. Darmstadt 14. 7. 15, HessRspr. 16, 49. Kein Schutzgesetz.

β. §§ 832, 1664 bis 1686 s. Cochlovius §§ 823ff. Ziff. 1f.

γ. §§ 1133 bis 1135. München 20. 12. 15, OLG. 32, 389. Diese Bestimmungen sind Gesetze, die den Hypothekar gegen widerrechtliche Verletzungen des Hypothekenrechts schützen sollen.

δ. §§ 241, 249, 314 HGB. RG. 23. 11. 15, ZAktWes. 16, 82. Diese Vorschriften bestehen ausschließlich zum Schutze der Gesellschaft, nicht der Aktionäre, stellen daher kein Schutzgesetz dar. § 314 Abs. 1 soll auch das Interesse der Aktionäre wahrnehmen.

c) Sonstige Bestimmungen. α. Reichsgewerbeordnung. RG. 23. 10. 15 s. oben II 1b und c.

β. ZPO. § 771. Hamburg 5. 7. 16, HansGZ. 16, Beibl. 277 läßt dahingestellt, ob das zwar in der ZPO. nicht ausdrücklich ausgesprochene, aber aus dem Zusammenhange ihrer Bestimmungen hervorgehende Verbot der Pfändung einer dem Dritten gehörigen Sache (Forderung) als ein den Schutz dieses Dritten bezweckendes Gesetz anzusehen ist (so Seuffert Komm. zu § 771).

γ. GenG. αα. § 69. Posen 22. 9. 16, PosMSchr. 16, 94. Schadensersatzklage des Genossen gegen die Genossenschaftsvorsteher, die seine Aufkündigung zu spät dem Gericht eingereicht und dadurch die Fortdauer seiner Mitgliedschaft verschuldet haben. § 69 ist ein Schutzgesetz.

ββ. §§ 146, 147. RG. 9. 11. 15; 87, 281 s. §§ 823ff. Ziff. 3 e ι.

δ. RAO. § 28. *αα.* Cantor, MittVerbdPatAnw. 16, 26. Zur Begründung eines Schadensersatzanspruches des Schutzrechtsinhabers, welcher die Verletzung seines Schutzrechtes durch einen gutgläubigen Dritten der fahrlässigen Ratserteilung eines Patentanwaltes oder Rechtsanwaltes an diesen zu verdanken hat, dienen §§ 28 RAO. (§ 5 Pat.-AnwG.), 823 Abs. 2 BGB.

ββ. L. Cohn, JW. 16, 93 hält es für zweifelhaft, ob er ein Schutzgesetz ist.

ε. EisenbBetriebsO. § 78 Abs. 2 und 6. *αα.* **RG.** 1. 2. 16, R. 16, Nr. 1362. Der Absender und der Empfänger eines Frachtgutes verstoßen nicht gegen § 78, wenn sie beim Ausladen des Frachtgutes die unter dem Wagen befindlichen Gleise betreten.

ββ. Kiel 6. 6. 16, SchlHolstAnz. 16, 168. Bekanntmachungen der Eisenbahndirektion auf Grund des § 79 Abs. 3 der Eis.-Bau- und Betriebsordnung v. 4. 9. 04 (RGBl. S. 387) als Schutzgesetz (Verhütung eines Durchdringens des Viehs auf den Bahnkörper).

ζ. § 141 InvAVersG.; § 172 InvVersG. **RG.** 8. 7. 15, BayRpflZ. 15, 369, EisenbE. 32, 419 s. bereits JDR. 14 § 823 II 2 c *η*.

η. VersAufsichtsG. v. 12. 5. 01. Josef, ABürgR. 42, 81 s. oben §§ 823ff. 1 i.

ϑ. § 43 Abs. 1 PrFischerG. v. 30. 5. 14. **RG.** 4. 10. 15, PosMSchr. 16, 26 s. bereits JDR. 14 § 823 II 2 c *δ*.

ι. Dickel, Forstzivilrecht 581ff. Beispiele aus dem Forst-, Fischerei- und Jagdrecht.

κ. § 61 Braunschw. Bauordnung (Sicherungsvorrichtungen). Braunschweig 12. 7. 15, BraunschwZ. 16, 57.

λ. Art. 18 des internationalen Vertrages betr. die polizeiliche Regelung der Fischerei in der Nordsee außerhalb der Küstengewässer v. 6. 5. 1882 (RGBl. 1884, 25). **RG.** 29. 4. 16; 88, 211. Diese Vorschrift ist ein Schutzgesetz.

§ 824.

I. 1. Wegen der Unterlassungsklage s. oben §§ 823ff. Ziff. 2.

2. Rosenthal, LeipzZ. 16, 289. Gerichtsstand der unerlaubten Handlung s. § 24 UnlWG.

3. KG. 4. 9. 15, BankA. 16, 15, KGBl. 16, 67. Einstweilige Verfügung auf Unterlassung ehrverletzender und kreditschädigender Veröffentlichungen (Zeitungsanzeige mit der Bitte um Mitteilungen über Erfahrungen mit einer Firma).

4. **RG.** 29. 11. 15, R. 16, Nr. 234 läßt offen, ob in einer Zeitungsanzeige mit der Bitte um „Mitteilungen über die Erfahrungen im Geschäftsverkehr mit der Firma N.N." eine tatsächliche Behauptung zu erblicken ist. Vgl. auch § 826 Ziff. 2 f und g.

5. a) **RG.** 24. 2. 16, R. 16, Nr. 824. Ist durch wahrheitswidrige Behauptungen Vermögen oder Kredit einer GmbH. geschädigt, so ist nur die Gesellschaft als solche, nicht auch ein einzelner Gesellschafter, selbst wenn dieser alle Geschäftsanteile besitzt, zur Abwehrklage berechtigt.

b) **RG.** 24. 2. 16, R. 16, Nr. 825. Die Klage auf Zurücknahme ehrverletzender oder kreditgefährdender Behauptungen kann nur unter dem Gesichtspunkt des § 249 zugelassen werden, daß die Zurücknahme den Zustand wiederherstellt, der bestehen würde, wenn jene Behauptungen nicht aufgestellt worden wären (**RG.** 56, 286; 60, 12). Die Klage setzt einen durch die Kundgebung geschaffenen dauernden Zustand voraus, der durch Zurücknahme der Kundgebung beseitigt werden kann. Ein solcher Zustand wird zumeist erst durch öffentliche Angriffe auf die Ehre oder den Kredit eines anderen hervorgerufen sein. Die verlangte Zurücknahme darf ferner niemals eine als Strafe zu empfindende Demütigung des Beleidigers in sich schließen, namentlich nicht mit einer Abbitte verbunden sein.

6. **RG.** 6. 7. 16, R. 16, Nr. 1715. Wird jemand, ohne daß eine Auskunftspflicht für ihn besteht, um Auskunft über eine Person ersucht, so ist es weder rechtlich unstatthaft, noch sittlich anstößig, wenn er, obwohl ihm die Verhältnisse bekannt sind, Nichtwissen vorschützt, sofern eine wahrheitsgemäße Mitteilung der ihm bekannten Verhältnisse eine Bloßstellung des Dritten zur Folge haben würde.

7. S. auch § 14 UnlWG. besonders A I 13 u. 14.

II. Abs. 2. Berechtigtes Interesse. Hamburg 6. 7. 15, OLG. 32, 242. Der Begriff „berechtigtes Interesse" entspricht zwar im wesentlichen dem des § 193 StGB., unterscheidet sich aber insofern von diesem, als dort ein objektiv berechtigtes Interesse gefordert wird, während hier die irrige Annahme eines solchen genügt. Andererseits ist der Grundsatz des § 193 StGB. im § 824 Abs. 2 dahin erweitert, daß in diesem die Ersatzpflicht des Täters auch dann fortfällt, wenn auch nur der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hätte. Nach feststehender Rechtspr. ist der Presse ein besonderes Vorrecht, hervortretende Mißstände, die ein öffentliches Interesse beanspruchen, zu rügen, im allgemeinen nicht zuzuerkennen. Hier handelt es sich aber um eine Fachzeitschrift, die für Fachkreise bestimmt ist. Hinzukommt, daß der Artikel (Warnung vor dem Bezuge von verfälschtem Auslandskakao) in einer Zeit tiefgehender Erregung des ganzen Volkes geschrieben ist, in der angesichts hervortretender Mißstände im Lebensmittelgeschäft auch die Fachpresse ganz besonders und vor anderen dazu berufen erscheint, durch geeignete Veröffentlichungen auf eine Warnung und Abschreckung von Händlern, deren Ware zu Beanstandungen Anlaß gibt, hinzuwirken und damit zugleich dem Interesse und der Beruhigung der Käufer und des ganzen Publikums zu dienen.

§ 825.

Riezler, JheringsJ. 66, 479 hält die analoge Anwendung des § 825 für möglich, wenn ein Mann unter der Vorspiegelung, seine erste Ehe sei durch den Tod der Frau oder durch Scheidung aufgelöst, eine Frau zur bigamischen Ehe und zur Gestattung der Beiwohnung bestimmt.

§ 826.

1. Schadenszufügung. Umfang der Ersatzpflicht. Allgemeines (s. JDR. 14 § 826 Ziff. 1; ferner oben § 249 BGB.). a) **RG.** 25. 9. 16; 88, 406, JW. 16, 1533, LeipzZ. 16, 1542, R. 16, Nr. 2093. Wer aus eigenem freien Willen Vermögensstücke ohne Entgelt hergibt, erleidet zwar eine Vermögenskürzung, aber keinen Schaden i. S. des § 826. Ist aber sein Wille durch Irrtum beeinflußt und hervorgerufen, so handelt er nicht, wie er in Wahrheit gewollt hat; sein Vermögen wird dann, soweit er es aus Irrtum opfert, wider seinen wirklichen Willen vermindert.

b) **RG.** 10. 11. 15, R. 16, Nr. 445. Ist der Tatbestand des § 826 gegeben, so haftet gesamtschuldnerisch mit dem Täter auch derjenige, der den Täter zur unerlaubten Handlung angestiftet hat.

c) **RG.** 8. 6. 16, R. 16, Nr. 1297. Ob eine Handlung gegen die guten Sitten verstößt oder nicht, kann nur nach dem Gesamtbilde, das mit den einzelnen behaupteten Tatsachen gegeben werden soll, geprüft und zutreffend nur bei Zugrundelegung der in Frage stehenden Gesamthandlung als eines einheitlichen Tuns beurteilt werden.

d) München 12. 4. 16, SächsRpflA. 16, 263, SeuffA. 71, 389 (mit Erörterung von Engelmann, der für gesetzliche Regelung des Präventivakkords eintritt). Aufrechterhaltung eines Akkordvertrags trotz Begünstigung eines Gläubigers, weil nach Lage des Einzelfalles eine Schädigung des klägerischen Gläubigers nicht eingetreten ist (§ 826 deshalb nicht anwendbar).

e) Hamburg 28. 4. 16, HansGZ. 16, Beibl. 212. Auch ein nur mittelbar Geschädigter hat Anspruch auf den Rechtsschutz des § 826, wenn nur Vorsätzlichkeit der Schadenszufügung

vorliegt. Der Täter braucht nicht im einzelnen zu wissen, wer gerade der Benachteiligte sein wird (RG. 79, 55). Siehe unten Ziff. 12h.

2. Vorsatz. Fahrlässigkeit. a) RG. 21. 9. 16, GruchotsBeitr. 61, 129, WarnE. 16, 446. Das Bewußtsein der Möglichkeit der Schädigung genügt nicht zum Vorsatz. Dieser mögliche Erfolg muß auch für den Fall seines Eintritts gebilligt und in diesem Sinne in den Willen aufgenommen sein.

b) RG. 6. 4. 16, LeipzZ. 16, 1007. Auch fahrlässiges Handeln kann unter besonderen Umständen den Tatbestand des § 826 erfüllen. Nur muß es (RG. 72, 175; JW. 11, 584, WarnE. 14, 171) sich hierbei um eine besonders gesteigerte Fahrlässigkeit, die sich als äußerste Leichtfertigkeit, als Gewissenlosigkeit darstellt, handeln, und daneben muß eine besondere Stellung des Handelnden zum Geschädigten (Vertrauensstellung) gegeben sein, die eine besondere Sorgfalt erheischt. Ebenso

c) RG. 8. 5. 16, WarnE. 16, 412.

d) BayObLG. 19. 5. 2. 6. 16, R. 16, Nr. 1495. Der Vorsatz des Schädigers braucht sich nicht gegen eine bestimmte Person zu richten.

e) Hamburg 23. 3. 16, BankA. 15, 324 (s. § 53 BörsG.). Das Bewußtsein der Schadensstiftung ist verneint worden in einem Falle, wo der Geschäftsführer einer GmbH. über seine Börsentermingeschäftsfähigkeit den Gegenkontrahenten in Irrtum versetzt hatte.

f) RG. 29. 11. 15, R. 16, Nr. 237. Die Anwendung des § 826 wird nicht durch die Meinung des Täters ausgeschlossen, seine Handlung so eingerichtet zu haben (vorsichtiges Aufsetzen einer Zeitungsanzeige), daß man ihn deshalb nicht belangen könne. S. folg. Ziff.

g) RG. 29. 11. 15, R. 16, Nr. 238. Die Aufforderung zur Beibringung von Prozeßstoff in öffentlichen Blättern verstößt dann nicht wider die guten Sitten, wenn der Auffordernde nach der Sachlage sich in seinen Rechten mit gutem Grunde für beeinträchtigt und zu gerichtlichen Schritten befugt erachten konnte (Täuschung bei einem Kaufgeschäft). S. § 824 I 4.

h) RG. 8. 6. 16, BankA. 15, 406, JW. 16, 1190, R. 16, Nr. 1497, WarnE. 16, 408. Die tatsächliche Feststellung, daß der frühere Dienstherr nicht als möglich in seine Vorstellung aufgenommen hat, daß die Ausstellung des Zeugnisses geeignet sei, Schaden für den neuen Dienstherrn herbeizuführen, schließt die Anwendung des § 826 aus. Der Aussteller des unvollständigen Zeugnisses durfte annehmen, daß der neue Dienstherr vor Übertragung einer Vertrauensstellung wegen der wahren Ursache des Ausscheidens Erkundigung einziehen werde.

i) RG. 15. 12. 15, JW. 16, 403, R. 16, Nr. 235. Hat jemand ein ihm zustehendes Recht mit einem erlaubten Mittel und zum Schutze eines anzuerkennenden Interesses verfolgt, so kann darin niemals eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung gefunden werden (RG. 71, 173).

k) Dresden 4. 10. 16, SächsRpflA. 16, 468. Zwar kann auch durch die Behauptung und Verbreitung einer wahren Tatsache der Tatbestand einer sittenwidrigen, vorsätzlichen Schädigung i. S. des § 826 erfüllt werden (SeuffA. 59, 183). Aber der Umstand allein, daß die betreffende Tatsache, wie hier, wettbewerbshalber verbreitet wird, macht die Verbreitung nicht schon zu einer gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung (RG. 76, 110). Dies vorliegend um so weniger, als der Hinweis der Beklagten auf den Schwamm im Hause der Klägerin zugleich im Interesse des Kauflustigen erfolgte, der dadurch vor einem Kaufe bewahrt werden sollte, welcher ihm nachmals aller Voraussicht nach Unannehmlichkeiten bereitet haben würde.

3. Einrede der allgemeinen Arglist s. oben Ziff. A I 2 zu § 138 BGB. a) RG. 22. 6. 16, LeipzZ. 16, 1226, R. 16, Nr. 1465. Einwand der Arglist, wenn das Ruhen des Rechtsstreits zur Herbeiführung der Verjährung vereinbart war. Vgl. auch RG. 9. 11. 15; 87, 281.

b) Riezler, JheringsJ. 66, 463. Was das RG. 64, 220 bezüglich einer unterbliebenen Unterbrechung der Verjährung treffend ausgeführt hat, daß nämlich nur einer auf

Verhinderung der Unterbrechung der Verjährung gerichteten Arglist, die im übrigen die Erfordernisse des § 826 erfüllt, die Wirkung einer die Verjährungseinrede beseitigenden replica doli zukommen kann, das muß entsprechend in gleicher Weise auch bezüglich einer unterbliebenen oder nachträglich rückwirkend beseitigten Hemmung gelten.

4. § 826 und der Vertragsbruch. a) **RG.** 9. 3. 15, MSchutzuWettbew. 15, 198. Nichtigkeit eines Vertrages wegen Unsittlichkeit, die darauf beruht, daß ein Angestellter des Konkurrenten zum Vertragsbruch verleitet und dafür in Dienst genommen wird.

b) **RG.** 29. 5. 16, JW. 16, 1115 (Vertragsauflösung, nicht Vertragsbruch) s. unten Ziff. 12b.

S. auch § 1 UnlWG.

5. § 826 und die formelle Rechtskraft des Urteils, Ausnützung der Rechtskraft (s. JDR. 14, § 826 Ziff. 5). a) Binding, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen II, 282 bekämpft die Rechtsprechung des RG., wonach gegen rechtskräftige Urteile die Schadensersatzklage zugelassen wird, wenn die Urteile oder die Rechtskraft durch ein gegen die guten Sitten verstoßendes Handeln erwirkt sind.

b) Rudolf Schultz (Freiburg i. Br.) behandelt den Widerstreit zwischen der Rechtskraft und ihrer Herbeiführung durch einen Verstoß gegen die guten Sitten (die Ausbeutung der Rechtskraft), insbesondere die hierzu ergangene Rechtsprechung des RG. in einem Bericht über den Stand der Lehre, von der Rechtskraft des Zivilurteils in Literatur und Judikatur, Rechtsgang 1, 349.

c) Oertmann, ABürgR. 42, 1 siehe bereits JDR. 14, § 826 Ziff. 5b.

d) Kohler, AZivPr. 114, 270. Der Sinn der actio doli gegen ein rechtskräftiges Urteil ist nicht etwa der, daß das Urteil aufgehoben werde, sondern der, daß der Gewinnende von dem Urteil und seinen zivilrechtlichen Folgen keinen Gebrauch machen soll, kraft des allgemeinen Satzes: wer ein Recht hat, soll von dem Recht keinen Gebrauch machen, wenn sein Gebrauch ein unlauterer ist. Vgl. auch Kohler, ABürgR 42, 113, besonders 120 und PrVerwBl. 37, 605.

e) Schiedermair, BayRpflZ. 16, 213 gibt gegen denjenigen, der sich unter Umgehung der VO. v. 26. 11. 14 (RGBl. 487) über die politische Zwangsverwaltung einen Schuldtitel verschafft hat, gemäß § 826 unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes einen Anspruch auf Herausgabe des Vollstreckungstitels und gewährt Einstellung der Zwangsvollstreckung (**RG.** 78, 390).

f) Riezler, JheringsJ. 66, 452. Was von der Ausbeutung der Rechtskraft von Urteilen gilt, muß in gleicher Weise auch von der Ausbeutung formell unangreifbarer Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit z. B. des Vormundschaftsgerichts gelten.

g) **RG.** 30. 10. 15, JW. 16, 180. Einem rechtskräftigen Urteil kann die exceptio doli generalis nicht entgegengesetzt werden.

6. § 826 im gewerblichen Interessen- und Lohnkampf (JDR. 14, § 826 Ziff. 6). a) Retzbach, Der Boykott, Eine sozial-ethische Untersuchung, Freiburg 1916, behandelt insbesondere das Verhältnis von Boykott und Ethik vom Standpunkte der katholischen Moral.

b) Kohler, Lehrbuch d. BürgR. III, 1 (Familienrecht, 1. Buch, Persönlichkeitsrecht), S. 3 zum Begriff des Boykotts. Er darf nicht zur Erdrosselung der Person führen; er darf nur aus gewerblich sozialen Motiven erfolgen. Auch der an sich berechtigte Boykott wird unberechtigt, wenn er sich verkehrswidriger Mittel bedient. Dies ist nicht zu streng zu nehmen, namentlich nach der nationalsozialen Seite (Hinweis, daß es besser sei, gewisse Waren zu vermeiden, daß eine Firma eine ausländische sei, daß es patriotischer sei, die Waren von inländischen Firmen zu beziehen). Auch die Anwendung von an sich unerlaubten Mitteln macht den Boykottbetrieb unerlaubt, z. B. ständige unausgesetzte Preßangriffe (gegen **RG.** 37, 679.)

c) Oertmann, GewuKfmG. 21, 194 erörtert im Anschluß an Lotmars „Arbeits-

recht" Streikbruch und Streikarbeit, die eine einheitliche moralische Bewertung nicht zulassen.

d) Reichel, ABürgR. 42, 93 teilt einen Schweizer Schiedsspruch über ein Preiskartell zur Vereinheitlichung des Bierpreises mit; eine sittenwidrige Beschränkung der Vertragsfreiheit wird nach Lage des Falles verneint.

e) Sittenwidrige Abmachung zwischen den Bewerbern bei Submission. *α.* **RG.** 10. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 484, LeipzZ. 16, 687 f. A II 28 zu § 138. Vgl. GenBl. 16, 8. *β.* Hamburg 6. 4. 16, OLG. 32, 333, SeuffA. 71, 307.

f) Über Tarifverträge vgl. v. Schulz, GewuKfmG. 22, 1.

g) Jung, DJZ. 16, 178 empfiehlt bei der Frage Kohlenmonopol und Kontrahierungszwang die rein privatrechtliche Sicherung gegen Übergriffe der Syndikate: die Gemeinden sollten bei Verweigerung des Vertragsabschlusses seitens des Kohlenverbandes Klage aus § 826 erheben (eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung).

h) **RG.** 29. 5. 16, BayRpflZ. 16, 354, PosMSchr. 16, 68, R. 16, Nr. 1890—93, WarnE. 16, 305. Die Sperre, die von einem die Gewerbetreibenden eines Geschäftszweigs vollständig oder fast vollständig umfassenden Kartell (Fabrikantenverband) ausgeht, ist vermöge der wirtschaftlichen Macht der dadurch geschaffenen ausschließlichen Beherrschung des Markts (des Monopols) eine den Gesperrten treffende so gefährliche Waffe, daß davon im allgemeinen nur in den für den Kartellzweck unbedingt notwendigen Grenzen Gebrauch gemacht werden darf. — Der Beklagte darf den Kläger nicht an dem Vertrieb von Waren (Lambris, einer Art Wandbekleidung) mittels Boykotts hindern, die von den Mitgliedern des Verbandes nicht hergestellt werden und wegen des Patents des Klägers nicht hergestellt werden dürfen. — Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Unterdrückung einer neuen Erfindung zu dem Zwecke, um eine bequeme Ausnutzung der bisher gebräuchlichen Artikel zu ermöglichen, bilde eine dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufende Hemmung des gesunden gewerblichen Fortschritts und deshalb eine Sittenwidrigkeit, ist in dieser Allgemeinheit zu weitgehend. Die Frage, ob ein Kartell sittenwidrig handelt, wenn es sich gegen eine neue, seinen Mitgliedern schädliche oder nur unbequeme Erfindung eines Außenseiters mit der Sperre zur Wehre setzt, wird zwar nicht schlechthin zu verneinen sein. Ihre Beantwortung hängt indes wesentlich von den Umständen des Einzelfalls ab und wird sich nach einer verständigen und billigen Abwägung der Interessen bestimmen. Der Satz des Berufungsgerichts könnte vielleicht bei Gegenständen des allgemeinen unentbehrlichen Bedarfs, die durch die Erfindung verbessert oder verbilligt werden, gewisse Geltung beanspruchen. — Der zu Unrecht Boykottierte kann außer auf Unterlassung und Schadensersatz auch auf Aufhebung des Verbots klagen.

i) **RG.** 3. 4. 16, JW. 16, 906, WarnE. 16, 258. Erlaubte Geschäftssperre seitens eines Fabrikantenverbandes (Vogtländische Stickerei- und Spitzenfabrikanten). Verpflichtung der Kommissionäre durch Unterzeichnung eines Reverses, die Musterbedingungen im Verkehr mit ihren Kunden einzuhalten. Die Maßnahmen des Beklagten zielten nicht dahin ab, die wirtschaftliche Vernichtung des Klägers herbeizuführen oder doch ihn (in seinem Kommissionsgeschäft) so schwer zu schädigen, daß die dadurch herbeigeführten Nachteile in keinem Verhältnis zu den dadurch erreichten Vorteilen stünden.

k) **RG.** 3. 7. 16, R. 16, Nr. 1713. Eingriff in fremden Gewerbebetrieb mittels eines unwirksamen Gebrauchsmusters s. oben § 823 I 3 k γ.

l) **RG.** 29. 1. 15, EisenbE. 32, 282 s. bereits JDR. 14 § 826 Ziff. 6d.

Siehe auch § 824 BGB.; §§ 1, 14, 16 UnlWG.

7. § 826 und das Warenzeichengesetz. a) **RG.** 17. 9. 15, MSchutzuWettbew. 15, 204. Bei der Klage auf Löschung eines Warenzeichens ist § 826 nicht nur dann anwendbar, wenn der Beklagte die Eintragung des Warenzeichens gegen die guten Sitten erlangt hat, es genügt, wenn die Benutzung gegen die guten Sitten verstößt.

b) **RG.** 1. 6. 15, MSchutzuWettbew. 15, 122. Verwechselbarkeit zweier Warenzeichen, die beide das Bildnis eines bartlosen katholischen Geistlichen tragen — Pfarrer

Kneipp — Pfarrer Ellerbach. Malzkaffee nach Pfarrer Ellerbach — Malzkaffee nach Pfarrer Kneipp. Verstoß gegen die guten Sitten durch die Art der Erlangung der Eintragung eines Warenzeichens.

c) RG. 30. 4. 15; 87, 89 s. bereits JDR. 14, § 826 Ziff. 7a.

d) RG. 6. 3. 15, GewRschutz 16, 18 s. bereits JDR. 14, § 826 Ziff. 7i.

e) RG. 5. 11. 15; 87, 274, Bl. 16, 25, GesuR 17, 521, JW. 16, 194, LeipzZ. 16, 150, MschutzuWettbew. 15, 226, R. 16, Nr. 147. Salamander-Zeichen s. § 16 UnlWG.

f) Hamburg 14. 10. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 18, MschutzuWettbew. 15, 346. Die Anmeldung eines Warenzeichens in Kenntnis der Vorbenutzung erschöpft an sich den Tatbestand der unerlaubten Handlung aus § 826 nicht. (Ein Vorbenutzungsrecht gibt es auf dem Gebiete des Warenzeichenrechts nicht.)

g) Bamberg 25. 5. 15, MschutzuWettbew. 15, 134. Löschung eines Warenzeichens wegen Gefahr einer Täuschung hinsichtlich der damit bezeichneten Ware infolge der Möglichkeit der Verwechselung mit einem älteren Warenzeichen und wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (Sechsämtertropfen, Magenlikör).

h) Dresden 31. 3. 15, Bl. 16, 10. Löschung des Warenzeichens („Pitta" für Milch, Butter, Käse, Kunstbutter, Speisefette und Speiseöle) für den Teil der Waren des Warenverzeichnisses, die nicht unter den angegebenen Geschäftsbetrieb fallen. Verurteilung des Zeicheninhabers, die Eintragung eines übereinstimmenden Zeichens eines anderen (Margarinepackung „Witta") für diese Waren zu dulden.

Siehe auch § 1 UnlWG.

8. Über den sog. 1500- (2000- — vgl. BRVO. v. 17. 5. 15, RGBl. 285) M-Vertrag s. 8 zu § 117.

9. Sicherungsübereignung. a) Hallbauer, BankA. 15, 261 wendet sich gegen die ungünstige Beurteilung der Sicherungsübereignung durch Neukamp (s. JDR. 14 vor §§ 823ff.). Er schlägt folgende Gesetzbestimmung vor: „Bewegliche Gegenstände dürfen nur dann ohne körperliche Übergabe zum Zwecke der Sicherstellung übereignet werden, wenn sie in der Hand des Übereigners zum Gebrauche oder zur Benutzung bestimmt sind."

b) RG. 21. 9. 16, WarnE. 16, 446. Der Vertrag verstößt nach der zu billigenden Ansicht des Berufungsgerichts gegen die guten Sitten, weil er auf eine einseitige, zur Unfreiheit des sanierten Schuldners führende Sicherheit der beiden Gläubiger ausgehe und dem Schuldner dabei äußerlich den Schein völliger Freiheit belasse, so daß dritte Gläubiger, über die ungünstigen, von jeder Kreditgewährung abschreckenden Verhältnisse getäuscht — zum Vorteil der sanierenden Gläubiger —, Kredit gewähren, während alle Unterlagen des Kredits diesen Gläubigern zur Sicherung übertragen sind.

c) RG. 25. 11. 15, R. 16, Nr. 446. Räumt eine Genossenschaftsbank einer Genossenschaft gegen Sicherungsübereignung einen Kredit ein, so können Gläubiger der Genossenschaft, die in Nichtkenntnis dieser Sicherungsübereignung der Genossenschaft Kredit gewähren, für einen daraus erlittenen Schaden die Genossenschaftsbank nur dann in Anspruch nehmen, wenn sie dartun, daß die Geheimhaltung der Sicherungsübereignung von der Bank gewollt gewesen sei.

d) RG. 17. 12. 15, R. 16, Nr. 447. Verschreibung eines ganzen Geschäftsinventars verstößt nicht wider die guten Sitten, wenn noch andere Befriedigungsmittel vorhanden waren und an die Möglichkeit eines Zusammenbruchs nicht gedacht wurde.

e) RG. 28. 10. 15, LeipzZ. 16, 946, R. 16, Nr. 935 bis 937 s. bereits JDR. 14 § 826 Ziff. 10g. Vgl. auch Kiel 23. 12. 15, SchlHolstAnz. 16, 2.

10. Kreditauskunft (JDR. 14 § 826 Ziff. 11); vorsätzlich falsche Empfehlung.

a) RG. 30. 10. 16, BankA. 16, 93, WarnE. 16, 502. Eine Bank ist keine Auskunftei. Es hat sich im Geschäftsverkehr nur die Gepflogenheit herausgebildet, daß die Banken im Interesse ihrer Kunden über sie Auskunft erteilen. Wegen dieser Übung würde die Ablehnung einer Auskunft für den Kunden höchst nachteilig sein. Ihre geschäftlichen Be-

ziehungen zu dem Kunden brauchen und dürfen die Banken ohne seine Zustimmung nicht offenbaren. . . . Der Kläger hat auf die Hauptfrage, ob er dem G. in Ruhe 30000 M Kredit geben könne, überhaupt keine Antwort erhalten. Die Unvollständigkeit und Unbestimmtheit der Auskunft war deutlich erkennbar, und die beklagte Bank durfte erwarten, daß dem Kläger die Lücken nicht entgehen konnten. Der Kläger hat aber jede Rückfrage unterlassen.

b) **RG.** 26. 10. 15, LeipzZ. 16, 320. Auskünfte, die eine Bank bei ihrer Zweigniederlassung einzieht, sind nicht nur innere Angelegenheiten der Bank. Die Bank, die solche Auskünfte an Dritte weitergibt, haftet dafür nach allgemeinen Grundsätzen. Sie kann sich von dieser Haftung nicht durch die Ausbedingung der Befreiung von jeder Haftung befreien, wenn dieser Auskunft ein Eventualdolus eines persönlich haftenden Gesellschafters der Bank zugrunde liegt (§ 276).

c) **RG.** 30. 10. 16, BankA. 16, 92. Der Vermerk in der Auskunfterteilung einer Bank „Streng vertraulich und ohne jede Verbindlichkeit" schließt die Haftung für vorsätzlich falsche Auskunft des Filialleiters nicht aus (§ 278). Siehe zu a.

d) **RG.** 11. 6. 15, LeipzZ. 16, 148. Vorsätzlich falsche Empfehlung von Aktien durch Anpreisungen, die sich auf eine persönliche Kenntnis der Verhältnisse stützten, ohne Überzeugung von der Güte der Aktien und von der günstigen Lage der AG., lediglich aus eigenem Interesse.

e) **RG.** 31. 1. 16, BankA. 15, 345, R. 16, Nr. 676. Ein Vater, der seinen sich um eine Kassiererstellung bewerbenden Sohn als solide empfiehlt, obschon dieser sich in seiner früheren Stellung Unterschlagungen hat zuschulden kommen lassen, macht sich schadensersatzpflichtig, wenn der Sohn demnächst dem neuen Dienstherrn gegenüber wieder Unterschlagungen begeht.

f) München 6. 5. 16, SeuffA. 71, 436. Haftung des Inhabers einer Auskunftei für den Schaden aus Erteilung und Weiterbegebung einer falschen Auskunft (Vorwurf der Wechselreiterei, laxer Geschäftsmoral; Empfehlung, sich sicherzustellen).

11. Unrichtige Auskunft seitens des Prinzipals (JDR. 14 § 826 Ziff. 12). a) **RG.** 20. 5. 15, WarnE. 16, 122. Haftung eines Kaufmanns, der einem unehrlichen Angestellten ein Zeugnis ausstellt („er war treu und fleißig und hat mich mit seinen Leistungen zufriedengestellt"), das die Unehrlichkeit nicht erkennen läßt, mag auch das Wort „ehrlich" nicht ausdrücklich angeführt sein.

b) **RG.** 18. 9. 16, BankA. 16, 119 (mit Bemerkg. von Warneyer). Haftung einer Bank für ein einem ungetreuen Angestellten ausgestelltes Zeugnis (nach Entdeckung der Unterschlagungen auf den Tag des Weggangs zurückdatiert): N. hat sich in dieser Zeit als ein im Bankfach routinierter und kenntnisreicher Mann erwiesen. Sein Austritt erfolgt auf seinen Wunsch.

c) **RG.** 8. 6. 16, JW. 16, 1190, R. 16, Nr. 1497, WarnE. 16, 408. Siehe oben Ziff. 2h.

d) **RG.** 20. 5. 15, BauersZ. 23, 161 s. bereits JDR. 14 § 826 Ziff. 12 c.

12. Einzelne Fälle. a) Frankenburger (s. vor §§ 812ff.), HoldheimsMSchr. 16, 220. „Dritte", die bei der arglistigen, den Geschädigten zum Vertragsabschluß bestimmenden Täuschung mitgewirkt haben, haften aus einer solchen sittenwidrigen Handlung gemäß § 826 dem Geschädigten auch dann, wenn dieser den Vertrag nicht angefochten, sondern bestätigt hat. Es muß der Schaden vom Dritten ersetzt werden, den der Geschädigte dadurch erlitten hat, daß er den Vertrag abschloß. LeipzZ. 10, 460.

b) **RG.** 29. 5. 16, BayRpflZ. 16, 323, JW. 16, 1115, WarnE. 16, 403, ZVersWes. 16, 231. Die Verleitung anderer zur Lösung von Vertragsverhältnissen im Wege der Kündigung stellt nur unter besonderen Verhältnissen ein sittlich anstößiges Verhalten dar. Bei dieser Verleitung wird ein unsittliches Handeln angenommen, wenn unerlaubte Mittel angewendet werden oder ein unerlaubtes Ziel verfolgt wird, insbesondere wenn der Handelnde offensichtlich planmäßig darauf ausgeht, dem einen Vertragsteile seine Kunden zu entziehen; es müssen besondere Umstände vorliegen, die die Handlungsweise als sittlich

anstößig erscheinen lassen (JW. 06, 198). Anders beim Vertragsbruch, der regelmäßig ein Handeln gegen die guten Sitten in sich schließt (**RG.** 81, 86).

c) KG. 3. 6. 16, KGBl. 16, 69. Abraten im Geschäftsverkehr, wenn es des eigenen Vorteils wegen geschieht, ist nicht sittenwidrig. Unwahre Äußerung über die Angemessenheit des von einem Dritten geforderten Preises, um die Ware für sich allein zu kaufen.

d) Karlsruhe 14. 4. 15, BadRpr. 16, 149. Abhalten von Bietern bei einer Zwangsversteigerung. Schadensersatzanspruch des Grundstückseigentümers auf das negative Vertragsinteresse (§ 249).

e) Dresden 7. 10. 15, JW. 15, 1376, R. 16, 21. Liegt der Fall der Kriegsklausel an sich tatsächlich vor, so ist der Einwand sittenwidriger Schädigung nicht schon deshalb begründet, weil der Verkäufer anderen Käufern gegenüber erfüllt; dazu müßte der übergangene Käufer besondere Umstände nachweisen.

f) Stuttgart 6. 4. 16, R. 16, Nr. 1097. Der Vermieter muß auch den nicht notwendigen Bauaufwand des Mieters ersetzen, wenn er den Mieter absichtlich über die schließlich unterlassene Erneuerung eines langfristigen Mietvertrags irre geführt und dadurch den Mieter zu kostspieligen, baulichen Veränderungen der Mietsache auf eigene Rechnung veranlaßt hat.

g) **RG.** 16. 10. 15, R. 16, Nr. 37. Hat sich jemand einem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, ein Grundstück zu einem die Hypothek deckenden Preise zu erwerben, und hat er demgemäß vom Eigentümer das Grundstück erworben, so kann er daraus, daß der Hypothekengläubiger ihm arglistig eine nicht vorhandene Eigenschaft des Grundstücks vorgespiegelt hat, gegen den Hypothekengläubiger einen Anspruch nicht aus § 463, sondern nur aus § 826 herleiten.

h) Hamburg 28. 4. 16, HansGZ. 16, Beibl. 212, R. 16, Nr. 1296. Benachteiligung der nachfolgenden Hypothekengläubiger, wenn der Grundeigentümer eine niedrig verzinsliche Rente in eine höher verzinsliche und alsbald fällige Hypothek umwandelt. Schadensersatzanspruch des bei der Zwangsversteigerung ausgefallenen Hypothekengläubigers.

i) Kiel 7. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 109. Bei einem Abkommen der Rückauflassung eines Grundstücks an den ersten Veräußerer durch einen weiteren Käufer und der Verpflichtung des ersten Käufers, seinen Verkäufer von seiner Verbindlichkeit aus einer übernommenen Schuld zu befreien, ist eine Einrede aus § 826 gegenüber der Klage des Verkäufers gegen den ersten Erwerber auf Erstattung der von ihm bezahlten, vom Beklagten übernommenen Schuld gegeben.

k) **RG.** 2. 5. 16, R. 16, Nr. 1888. Wenn der Aufsichtsrat eines Versicherungsvereins mit einem Direktor einen Anstellungsvertrag geschlossen hat, wonach dieser trotz des formell gewährten freien Kündigungsrechts bei befriedigenden Leistungen während der ihm auferlegten Probezeit keine Kündigung zu erhalten hoffen durfte und eine Anzahl Vereinsanteile übernommen hat, aber entgegen diesem Vertrag ein Geheimbeschluß des Aufsichtsrats besteht, von dem Kündigungsrecht in jedem Fall Gebrauch zu machen, um so den Direktor zur nachträglichen Eingehung eines dem Verein günstigeren Anstellungsvertrags zu nötigen, so sind die an diesem Verfahren beteiligten Mitglieder des Aufsichtsrats dem Direktor schadensersatzpflichtig.

l) **RG.** 6. 6. 16, R. 16, Nr. 1643. Hat der Wechselbeklagte in Kollusion mit dem Inkassomandatar gegen diesen ein Versäumnisurteil erwirkt und dadurch den guten Sitten zuwider dem Mandanten vorsätzlich Schaden zugefügt, so kann er sich dem Mandanten gegenüber nicht auf das Urteil berufen (**RG.** 78, 393).

m) Colmar 25. 6. 15, ElsLothZ. 16, 297. Der Wechselinhaber hat regelmäßig keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 826 gegen denjenigen, der ihm gegenüber verschwiegen hat, daß sein Name infolge Fälschung durch seinen Bruder auf den Wechsel gekommen ist. Eine sittliche Pflicht zur Aufklärung bestand nicht, auch kein Wissen, daß sein Verhalten in Zukunft Schaden stiften werde.

n) Kiel 2. 3. 16, SchlHolstAnz. 16, 114. Ein Vertrag, der den Verzicht auf Zurück-

forderung einer für Erfüllung eines Bordellpachtvertrags gestellten Kaution enthält, verstößt nicht gegen die guten Sitten, weil er gerade die Aufhebung des unsittlichen Verhältnisses zum Gegenstand hat.

o) **RG.** 11. 5. 16, WarnE. 16, 272. Betrügerisches Zusammenwirken zum Nachteil einer offenen Handelsgesellschaft durch die von einem Gesellschafter nachträglich auf den Schuldschein gesetzte Firmenunterschrift, wodurch die nur eine Privatschuld darstellenden Darlehnsposten als eigene Schuld von der Handelsgesellschaft übernommen werden sollten.

p) **RG.** 8. 5. 16, BankA. 16, 16, WarnE. 16, 412. Schiebung von Aktien seitens einer Aktiengesellschaft, um eine Verschmelzung mit einer anderen Gesellschaft durchzusetzen. Die Unanfechtbarkeit des Generalversammlungsbeschlusses nach § 271 HGB. steht dem Schadensersatzanspruch nicht entgegen.

q) **RG.** 30. 10. 16, BankA. 16, 92. Haftung einer AktGes. für die gegen § 826 verstoßenden Handlungen eines Filialleiters (§§ 30, 31).

r) **RG.** 19. 10. 15, HoldheimsMSchr. 16, 43. Sittenwidriger Mißbrauch durch Einforderung von Nachschüssen bei einer GmbH. liegt vor, wenn die Gesellschaft das Stammkapital zwar einfordert, aber nicht einzieht und dann mit Nachschüssen arbeitet.

s) BayObLG. 19. 5./2. 6. 16, R. 16, Nr. 1496. Die zeitweilige Überlassung eines Hypothekenbriefs mit dem Bewußtsein, daß damit ein Dritter zur Kreditgewährung verleitet werden könne, verstößt gegen die guten Sitten.

t) **RG.** 29. 9. 16, BankA. 16, 74, WarnE. 16, 455. Verleitung unerfahrener Leute zum Börsenspiel seitens eines Bankiers als Verstoß gegen die guten Sitten. S. § 94 BörsG. Ziff. 2.

u) Stuttgart 20. 10. 14, WürttJ. 27, 265. Vorspiegelung, der Vertrieb eines patentierten Apparats bringe sicheren Gewinn, obwohl der Verkäufer den Mangel der geschäftlichen Erfahrung des Käufers kannte.

v) LG. Magdeburg 10. 12. 15, NaumburgAK. 16, 19. Sittenwidrige Entziehung des Unterhalts ist nach Lage des Einzelfalls verneint worden, als der unterhaltspflichtige Vater sein Geschäft aufgab und seine spätere Ehefrau zur Geschäftsinhaberin bestellte, die das Geld zum Betrieb hergab.

w) Karlsruhe 7. 7. 15, BadRpr. 16, 70. Keine Schadensersatzklage einer Wirtschafterin, die der Beklagte durch Eheversprechen an sich gelockt habe, wenn jeder Anhalt dafür fehlt, daß der Beklagte von vornherein die Absicht hatte, sie nicht zu heiraten.

x) **RG.** 24. 5. 16, R. 16, Nr. 1889. Hat eine Ehefrau in Kenntnis der Sachlage sich in einem sittenwidrigen Vergleiche mit ihrem Ehemann verpflichtet, ihre Berufung gegen das auf dessen Klage die Ehe scheidende Urteil zurückzunehmen und dies getan, so steht ihr ein Anspruch aus § 826 gegen den Ehemann nicht zu.

y) München 15. 11. 16, R. 16, Nr. 2094. Der Klageantrag aus § 826 unterliegt auch, wenn es sich um Gläubigerbenachteiligung handelt, nicht den Sondervorschriften der §§ 7 ff. AnfG. Er kann nach §§ 249 ff. unter besonderen Umständen auf Zahlung lauten, obwohl die verschleppten Sachen sich noch beim Beklagten befinden.

Siehe auch §§ 123, 124; §§ 823 ff. Ziff. 4 BGB.; §§ 1, 24 UnlWG.

§§ 828, 829.

RG. 25. 9. 16 s. § 833 III 2a.

§ 829.

1. **RG.** 25. 9. 16, WarnE. 16, 457. § 829 ist auch im Falle des § 833 Satz 2 anwendbar.
2. **RG.** 4. 3. 15, GruchotsBeitr. 60, 132, SeuffA. 71, 100 s. § 836 Ziff. 1.

§ 830.

1. *Dickel, Forstzivilrecht 635 über Anwendung auf Schußverletzung bei Treibjagden.
2. **RG.** 29. 9. 16, BankA. 16, 74, WarnE. 16, 455. Haftung eines Bankiers, der mit

Personen, die durch einen Dritten zugeführt sind, Spekulationsgeschäfte abschließt, neben dem Dritten als Gesamtschuldner. S. § 94 BörsG. Ziff. 2.

3. **RG.** 25. 10. 15, LeipzZ. 16, 460. Haftung Dritter wegen arglistiger Mitwirkung bei einem Vertragsschlusse.

4. **RG.** 10. 11. 15, R. 16, Nr. 445 s. § 826 Ziff. 1b.

S. auch § 840.

§ 831.

1. Begriff der Bestellung. a) **RG.** 12. 2. 16, R. 16, Nr. 1111. Von der Bestellung zu einer Verrichtung ist die bloße Ratseinholung grundsätzlich zu unterscheiden.

b) Hamburg 14. 7. 16, R. 16, Nr. 1894. Der Führer des Kraftwagens ist seitens seines Herrn zu einer „Verrichtung" bestellt. Neben der Haftung aus dem KraftfG. für angerichtete Schäden bleibt die Haftung des Fuhrherrn aus § 831 bestehen.

c) Colmar 19. 2. 15, ElsLothZ. 16, 100. Hat eine Pionierkompagnie durch Vertrag mit einem Abbruchunternehmer eine Sprengung übernommen, so ist dieser nicht Geschäftsherr i. S. des § 831.

d) Hamm 2. 2. 16, DJZ. 16, 450, R. 16, 353. Der einzelne, der den Bahnschutz in Ausführung eines militärischen Befehls durch die Bahnverwaltung ausübt, ist nicht zu einer privatrechtlichen Verrichtung bestellt, sondern um im Allgemeinnutzen die Bahnanlagen schützen zu helfen. S. § 839 I 4.

2. Personenkreis. a) **RG.** 20. 3. 16, WarnE. 16, 199. Der angestellte Beamte i. S. des § 831 führt seine Berufung ohne satzungsmäßige Begründung seiner Stellung auf Verwaltungshandlungen des Vorstandes zurück (anders bei §§ 30, 31: Berufung durch die Satzung der juristischen Person). Bei Angestellten nach § 831 kommt der Entlastungsbeweis in Betracht.

b) **RG.** 22. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 256. Eine Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine aus unerlaubten Handlungen ihrer Vorstandspersonen, wie ihrer sonstigen Angestellten ist ohne Unterschied nur aus dem Gesichtspunkt des § 831 (nicht 31) zu beurteilen.

c) *Dickel, Forstzivilrecht 603ff. über die rechtliche Stellung des Oberförsters und des Försters.

3. Haftung. Sorgfalt. Verschulden. a) Widerrechtlichkeit. **RG.** 15. 5. 16, WarnE. 16, 496, ZDJustSekr. 16, 142. Widerrechtlich ist der Eingriff der bestellten Person in den fremden Rechtskreis immer dann, wenn ihm nicht eine besondere Befugnis zur Seite steht, oder wenn die Handlung die Grenzen einer vorhandenen Befugnis (z. B. Notwehr, Notstand, Selbsthilfe) überschreitet. Siehe unten 4 g β.

b) **RG.** 31. 1. 16, BankA. 15, 345. Haben die mit der Leitung des Geschäfts betrauten Prokuristen von der Untreue des Kassierers Kenntnis gehabt und sind sie gleichwohl gegen ihn in keiner Weise eingeschritten, so ist der durch die erneuten Unterschlagungen verursachte Schaden auf ein mitwirkendes Verschulden der Prokuristen und auf eine mangelnde Überwachungspflicht der Prinzipale zurückzuführen, das gegenüber dem Verschulden des beklagten Vaters (falsche Kreditauskunft) gemäß §§ 254, 831 zu berücksichtigen ist. Vgl. § 826 Ziff. 10e.

c) **RG.** 20. 3. 16, WarnE. 16, 199. Der Vertreter der Beklagten, der in dieser Eigenschaft handelt, hat sie durch sein schuldhaftes Handeln verpflichtet, wenn er auch durch die Handlung im Einzelfalle seine Befugnisse überschritten hatte und im inneren Verhältnisse zu der Gesellschaft zu der Handlung nicht berechtigt war. (Siehe d.)

d) **RG.** 20. 3. 16, WarnE. 16, 199 (s. oben c). Es kann aber auch eine mehr unmittelbare Haftung (der Gesellschaft) hinsichtlich der Duldung jenes Mißbrauchs in Frage kommen, bei der nicht erst untersucht zu werden braucht, in welcher Person eines Vertreters ein Fahrlässigkeitsverschulden begangen worden ist. Die Duldung eines offenbaren Mißbrauchs, der längere Zeit bestand und hätte bemerkt und beseitigt werden müssen, begründet die Annahme eines Verschuldens der Vertreter, gleichviel wen der Vorwurf trifft. Der Beklagte hat darzutun, daß ein solches Verschulden nicht vorliegt.

e) **RG.** 25. 2. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 77 s. bereits JDR. 14 § 831 Ziff. 3b.

f) Dresden 8. 11. 15, SeuffA. 71, 355. Fehlende Vorrichtungen für gefahrloses Öffnen eines Fensters, dessen Scherben den Kläger verletzt haben (s. § 836 Ziff. 10).

g) Hamburg 14. 2. 16, HansGZ. 16, Beibl. 133 s. oben § 823 I 4 q.

4. Beweis und Gegenbeweis. a) Neumiller, BayRpflZ. 16, 209 erörtert die Bedeutung der Beamtenpersonalakten in solchen Prozessen gegen den Fiskus, **bei denen der Entlastungsbeweis nach § 831 in Frage kommt. Sinn und Zweck des § 831 ist, demjenigen den Reinigungsbeweis aufzuerlegen, der allein Einblick in die persönlichen Verhältnisse des Angestellten hat und haben kann. Der Entlastungsbeweis kann überhaupt nicht ohne die Vorlegung vorhandener Personalakten geführt werden; bei großen Anstalten wird er schon dadurch ausgeschlossen, daß keine Personalakten geführt werden. Dies müßte ohne weiteres als verkehrswidrige Nachlässigkeit angesehen werden.**

b) Hamburg 8. 6. 16, HansGZ. 16, Beibl. 272. Der Geschäftsherr muß bei einem größeren Betriebe (Straßenbahn) eine Kontrolle seiner Angestellten einrichten, um Fehler derselben (zunehmende Kurzsichtigkeit eines Motorwagenführers) rechtzeitig zu erfahren.

c) **RG.** 22. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 256. Die Beweislast, daß die Sorgfalt bei Auswahl und Beaufsichtigung der Angestellten geübt sei, trifft nach § 831 den Geschäftsherrn.

d) **RG.** 25. 2. 15; 87, 1 s. bereits JDR. 14 § 831 Ziff. 4b.

e) **RG.** 20. 3. 16, WarnE. 16, 199 s. oben Ziff. 3c und d.

f) **RG.** 20. 9. 15, LeipzZ. 16, 475, R. 16, Nr. 61 s. oben § 823 I 5c.

g) Umfang des Entlastungsbeweises. *α*. **RG.** 18. 5. 16, WarnE. 16, 269. Nach § 831 ist die gesetzliche Vermutung begründet, daß der Mangel an Sorgfalt des Geschäftsherrn bei der Auswahl des Angestellten oder bei der Beschaffung der Geräte (Seile zur Aufrichtung der Mühle) den zugefügten Schaden verursacht habe. Dem Geschäftsherrn steht der Gegenbeweis zu, daß der ursächliche Zusammenhang fehle, oder daß der Schaden auch eingetreten sein würde, wenn er die erforderliche Sorgfalt beobachtet hätte. In dieser Richtung hat das Berufungsgericht keine den Beklagten befreiende Feststellung getroffen.

β. **RG.** 15. 5. 16, WarnE. 16, 496, ZDJustSekr. 16, 142. Hatte der Beklagte ein Schutzdach an der Bauplanke anzubringen — d. h. war er hierzu nach der Sachlage für verpflichtet zu erachten —, so hat er nach § 831 Abs. 1 Satz 2 den Entlastungsbeweis nicht nur auf die Auswahl der bestellten Personen, sondern weiter auch darauf zu richten, daß er bei der Beschaffung der Vorrichtungen (Gerätschaften) die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. S. oben 3a.

γ. **RG.** 2. 3. 16, R. 16, Nr. 1716. Daß die zu einer Verrichtung bestellte Person in Ausführung der Verrichtung unvorsichtig oder fahrlässig gewesen ist, steht dem Entlastungsbeweis aus § 831 nicht entgegen.

5. Einzelne Fälle. a) Werneburg, DJZ. 16, 290. Handelt es sich um Delikte von Angestellten des Militärfiskus (bei rein privatrechtlichen Akten), so haftet dieser auf Grund des § 831, jedoch nur, wenn daneben noch das in § 831 bezeichnete Verschulden auf seiten seines Organs vorliegt (ob Organ oder Angestellter richtet sich nach den Organisationsbestimmungen des Staates).

b) Goldscheider, GruchotsBeitr. 60, 390. Haftung des Gastwirts für seine Gehilfen.

c) **RG.** 22. 11. 13, LeipzZ. 16, 304. Eine Haftung nichtrechtsfähiger Vereine aus unerlaubten Handlungen ihrer Vorstandspersonen, wie ihrer sonstigen Angestellten ist ohne Unterschied nur nach § 831 zu beurteilen (nicht § 31).

d) **RG.** 14. 10. 15, R. 16, Nr. 449. Zuverlässigkeit und Fähigkeiten bei einem Fuhrknecht in einer belebten Stadt. Eine Person, die wegen Kurzsichtigkeit nicht imstande ist, Hindernisse in der Fahrbahn oder andere Vorgänge auf der Straße, die zur Vermeidung von Zusammenstößen und sonstigen Gefahren rechtzeitige Vorsorge erfordern, in genügen-

der Entfernung deutlich zu erkennen, eignet sich nicht zum Lenker in einer verkehrsreichen Stadt.

e) Hamburg 14. 1. 16, LeipzZ. 16, 488. Neben der Haftung aus § 485 HGB. besteht keine besondere Haftung nach § 831 BGB. Die Haftung des Reeders für Schaden, den ein Dritter durch Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung erlitten hat, ist durch das HGB. in solcher Weise geregelt, daß neben dieser Haftung für eine Haftung nach § 831 BGB. kein Raum ist. Abweichend von diesem Teilurteil sagt das Schlußurteil Hamburg 10. 3. 16, LeipzZ. 16, 1060: Die Ansprüche aus § 831 BGB. sind nicht ausgeschlossen, falls die Voraussetzungen von § 485 HGB. vorliegen.

f) Hamburg 9. 12. 15, HansGZ. 16, Hptbl. 125, SeuffA. 71, 186. Keine Haftung für betrügerische Handlungen Angestellter (beim Kohlenverwiegen), wenn die Verfehlungen nur bei Gelegenheit der Ausführung der Verrichtung begangen sind.

g) **RG.** 2. (5.) 2. 15, EisenbE. 32, 332 s. bereits JDR. 14 § 831 Ziff. 5d.

h) **RG.** 1. 3. 15, EisenbE. 32, 334 s. bereits JDR. 14 § 831 Ziff. 5l.

i) **RG.** 17. 4. 16 s. § 823 I 7c.

k) **RG.** 12. 10. 16 s. § 823 I 4i.

§ 832.

1. *Dickel, Forstzivilrecht 605. Haftung des Jagdleiters.

2. **RG.** 30. 3. 16, WarnE. 16, 216. Eltern haben darüber zu wachen, daß Schießwaffen und Gegenstände ähnlich gefährlicher Art (sog. Dianaluftgewehr), insbesondere Spielgeräte, die andere Personen gefährden können, auch nicht heimlich im Besitze der Knaben sind. Das Maß der Überwachung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls und der Persönlichkeit des Knaben, insbesondere ob ihm der heimliche Besitz gefährlicher Gegenstände zuzutrauen ist (es handelte sich um einen 13jährigen Knaben).

3. **RG.** 7. 2. 16, BayRpflZ. 16, 292, R. 16, Nr. 1895, WarnE. 16, 261. Die Anforderungen an die Aufsichtspflicht der Eltern werden überspannt, wenn sie ihrem 8jährigen Sohn verbieten sollen, mit Altersgenossen „Krieg“ zu spielen, sobald sie wissen, daß die anderen Knaben mit Pfeil und Bogen schießen. Wie der Sen. öfter ausgesprochen hat, ist von Eltern, deren Jungen Bogen und Pfeil besitzen, zu fordern, daß sie sie in der Handhabung des Spielzeugs unterweisen, über seine Gefahren belehren und ernstlich zur Vorsicht dabei ermahnen; es kommt daher auf die Kenntnis der Beklagten an, daß ihr Sohn einen Bogen besaß.

4. **RG.** 1. 11. 15, R. 16, Nr. 450. Weiß der Besitzer eines Geschäfts, in dem Luftgewehre verkauft werden, daß sein Sohn sein Verbot, ein Luftgewehr zu benutzen, übertreten hat, so genügt zur Erfüllung seiner Aufsichtspflicht nicht die Wegnahme des Gewehres und sein Verbot, sondern er hat seinen Sohn und den Bestand an Luftgewehren weiter zu überwachen.

5. Stuttgart 21. 3. 16, R. 16, Nr. 1112. Das Reifelspiel eines 11jährigen Knaben bedarf regelmäßig keiner besonderen Beaufsichtigung durch den Vater.

6. Kiel 4. 11. 15, SchlHolstAnz. 16, 39. Haftung auf Schadensersatz wegen mangelhafter Verwahrung eines Luftgewehrs, mit dem ein 11jähriger Knabe Schaden anrichtet.

§ 833.

I. 1. W. Oppermann, SächsRpflA. 16, 449. Die von Bienenschwärmen angerichteten Schäden sind nach § 833 zu beurteilen.

2. *Dickel, Forstzivilrecht 611 über Haftung des Hundebesitzers für zerrissenes Wild zugunsten des Jagdherrn.

II. Abs. 1. 1. Begriff des Tierhalters (JDR. 14 § 833 II 1). a) Kraft, GruchotsBeitr. 60, 268 erörtert auch die Haftung des Staates als Tierhalter (z. B. beim Polizeihund), S. 273.

b) **RG.** 3. 7. 16, JW. 16, 1274, LeipzZ. 16, 1371, WarnE. 16, 319. Haftung desjenigen, der für eine Postverwaltung das Postfuhrwesen besorgt, als Tierhalter.

c) **RG.** 30. 3. 16, BayRpflZ. 16, 257, JW. 16, 907, R. 16, 517, SeuffA. 71, 407 (Verletzung des Klägers durch einen aus einem Rehpark stammenden Bock). Die Tierhaltereigenschaft ist nicht lediglich aus § 960 zu entscheiden. Denn diese Vorschrift regelt nur die Eigentumsfrage, während diese für das Tierhalterverhältnis, das tatsächlicher Natur ist, der entscheidenden Bedeutung entbehrt (**RG.** 55, 164; JW. 11, 279).

d) **RG.** 8. 7. 15, GruchotsBeitr. 60, 314, LeipzZ. 16, 163 s. bereits JDR. 14 § 833 II 1 c.

e) PrOVG. 2. 5. 16, PrVerwBl. 38, 70. Die Frage, von wem ein Hund gehalten wird, ist von der zu trennen, an welchem Orte er gehalten wird. Ein Hund wird (im Sinne der anzuwendenden Hundesteuerordnung) an demjenigen Orte gehalten, an dem er einem Haushalt als Haustier angehört. Dieser Haushalt braucht nicht notwendigerweise derjenige des Hundehalters selbst zu sein; es kann auch der eines Beauftragten sein.

2. Ursächlicher Zusammenhang. a) **RG.** 16. 2. 14, FrankfRundsch. 49, 109. Die Anwendung des § 833 setzt nicht eine unmittelbare Einwirkung des Tieres des belangten Tierhalters voraus, vielmehr genügt eine in ursächlicher Hinsicht durchgreifende mittelbare Einwirkung. Verschulden durch ein Eingreifen in den Kampf zweier Tiere (§ 254).

b) Colmar 30. 3. 15, ElsLothZ. 16, 189. Haftung für den durch Hunde verschiedener Eigentümer verursachten Schaden. Durch einen bösartigen Schlächterhund war ein ängstlicher Jagdhund angegriffen worden, der auf der Flucht den Kläger umgerannt hatte. Hat der Schlächterhund auf den Jagdhund mit einer dessen Sinne unwiderstehlich gefangen nehmenden Gewalt eingewirkt, so muß die Tätigkeit des Jagdhundes als selbständiges Mittelglied aus der Kausalitätsreihe überhaupt ausscheiden, weshalb, da für die Anwendbarkeit des § 833 bei adäquater Verursachung eine auch nur mittelbare Einwirkung genügt (JW. 14, 472), in dem Angriff des Schlächterhundes die alleinige Ursache des dem Kläger widerfahrenen Unfalls zu finden ist (GruchotsBeitr. 50, 973, JW. 09, 137). Der Eigentümer des Jagdhundes haftet daher nicht.

c) Dresden 27. 5. 15, SächsOLG. 36, 444. Die Anwendung des § 833 Satz 1 hat nicht eine unmittelbare Einwirkung des Tieres des belangten Tierhalters zur Voraussetzung, vielmehr genügt eine in ursächlicher Hinsicht durchgreifende mittelbare Einwirkung, die auch darin zu finden ist, daß der Hund des belangten Tierhalters ein anderes Tier angreift oder verfolgt und hierdurch schadenbringende Bewegungen des angegriffenen Tieres hervorruft (SeuffA. 69, 317).

III. Abs. 2. 1. Erwerbstätigkeit. Dresden 27. 5. 15, SächsOLG. 36, 444. Das Berufungsgericht schließt sich der Anschauung an, daß grundsätzlich die zur Bewachung und Sicherheit gehaltenen Hunde der Erwerbstätigkeit zu dienen bestimmt sein können (RGRKomm. (2) § 833 Anm. 9). Nicht erforderlich ist, daß das Tier ausschließlich den in § 833 Satz 2 hervorgehobenen Zwecken dienen muß und daß es nicht nebenher auch anderen Zwecken dienen darf. Auch darauf kommt es nicht an, daß das Tier gerade im Augenblicke der Schadenszufügung seiner Zweckbestimmung diente, sondern es bleibt die allgemeine eigentliche Zweckbestimmung, die erkennbar vorwiegende Verwendung zur Zeit der Schadenszufügung maßgebend (vgl. oben II 2 c).

2. Sorgfaltspflicht. Beweispflicht. a) **RG.** 25. 9. 16, WarnE. 16, 457. Im Gegensatz zu der Haftung aus § 833 Satz 1 setzt die aus § 833 Satz 2 ein Verschulden des Tierhalters voraus, so allerdings, daß ein solches vermutet wird und daß dieser gesetzlichen Vermutung gegenüber der Tierhalter den Nachweis zu führen hat, daß er bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde (JW. 11, 762). Die Haftung aus § 833 Satz 2 steht in dieser Beziehung der in § 836 geregelten Haftung des Besitzers eines Grundstücks (JW. 11, 16) durchaus gleich. Daraus, daß es sich um eine Verschuldungshaftung handelt, folgt ohne weiteres, daß die Haftung aus § 833 Satz 2 wie die aus § 836 bei schuldunfähigen Personen nicht Platz greift. Das gilt nicht nur bei unbedingt Schuldunfähigen (§§ 827, 828 Abs. 1), sondern es sind auch Personen, die das

siebente, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, für Schäden, für die sie sonst nach § 833 Satz 2 oder nach § 836 haften würden, dann nicht verantwortlich (§ 828 Abs. 2), wenn sie bei der Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hatten. Dabei kommt grundsätzlich nur eigenes Verschulden wie des Grundstücksbesitzers, so auch (**RG.** 76, 230) des Tierhalters in Betracht. Denn weder haftet auf dem Gebiete der unerlaubten Handlung — abgesehen von der auf besonderen gesetzgeberischen Gedanken beruhenden Haftung der juristischen Personen für die unerlaubten Handlungen ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter (§§ 31, 89) — allgemein der Vertretene für die unerlaubten Handlungen seiner gewillkürten oder gesetzlichen Vertreter (**RG.** 61, 207; 62, 349; 67, 153), noch ist dem in den Sonderfällen des § 833 Satz 2 und des § 836 so. Vgl. **RG.** 4. 3. 15 (JDR. 14 § 836 Ziff. 3 und unten § 836 Ziff. 1) für den Fall des § 836. Bei gesetzlich vertretenen Personen kommt weiter in Frage, wieweit eigenes Verschulden durch die Verpflichtung des gesetzlichen Vertreters entfällt.

b) **RG.** 25. 10. 15, R. 16, Nr. 931. Aus dem tückischen Verhalten des Tieres (Hundes) bei dem streitigen Angriff kann ein Rückschluß auf dessen bereits früher vorhandene und erkennbare Bösartigkeit, und aus dem leichtsinnigen Verhalten des jugendlichen Tierbegleiters auf dessen bereits früher erkennbare Unzuverlässigkeit gezogen werden.

c) **RG.** 3. 7. 16, JW. 16, 1274, LeipzZ. 16, 1371, WarnE. 16, 319 (s. oben II 1b). Im Großstadtverkehr dürfen auch reizbare und schreckhafte Pferde verwendet werden; es kommt auf den Grad an. — Bei umfangreichen Unternehmungen darf der Unternehmer (Geschäftsherr, Tierhalter) die Ausführung gewisser, ihm obliegenden Verrichtungen seinen Angestellten überlassen. Er hat aber dafür einzustehen, daß er die Angestellten mit der im Verkehr gebotenen Sorgfalt ausgewählt hat.

d) **RG.** 26. 6. 16, LeipzZ. 16, 1242. Haftung des Tierhalters, der sein Fuhrwerk unbeaufsichtigt und ungesichert (kein Absträngen, kein Anbinden der Zügel am Wagen) auf der Straße stehen läßt.

e) LG. Gießen 3. 1. 16, HessRspr. 16, 294. Bei gefährlichen Eigenschaften eines Tieres (Pferdes) kann eine Verpflichtung des Tierhalters bestehen, den Aufsichtspersonen einzuschärfen, daß sie auch Dritte vor dem Tier warnen.

f) **RG.** 1. 11. 15, LeipzZ. 16, 382. Der aus § 833 in Anspruch genommene Tierhalter, der geltend machen will, daß er bei Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, muß selbst alle hierfür in Betracht kommenden Umstände dartun. Wenn einzelne Umstände nicht aufgeklärt werden können, so gereicht das zum Nachteile des beweispflichtigen Tierhalters (WarnE. 14, 351).

§ 835.

*Dickel, Forstzivilrecht 1066ff.; über den bestrittenen Begriff „Jagdausübungsrecht" und dessen rechtliches Wesen 1044. Dickel vergleicht die Rechtslage des Jagdausübungsberechtigten mit der Rechtslage dessen, dem der Nießbrauch der Ausübung nach übertragen ist.

§ 836.

1. **RG.** 4. 3. 15, GruchotsBeitr. 60, 132, SeuffA. 71, 100 s. bereits JDR. 14 § 836 Ziff. 3. Vgl. hierzu **RG.** 25. 9. 16, WarnE. 16, 457, wo die Ausführungen in **RG.** 4. 3. 15 erläutert werden: Daß an sich der Grundstücksbesitzer nur für Verschulden, und zwar nur für eigenes Verschulden, haftet, ist in dem Urteil ausführlich dargelegt, und der Entscheidung der Frage, ob nicht im einzelnen Falle eigenes Verschulden des Grundstücksbesitzers dadurch ausgeschlossen wird, daß die Verwaltung des Grundstücks Sache des Vormunds war, hat durch die eine Stelle der Urteilsbegründung nicht vorgegriffen werden sollen.

2. **RG.** 9. 7. 15, LeipzZ. 16, 57 s. bereits JDR. 14 § 836 Ziff. 6.

3. **RG.** 28. 10. 15, JW. 16, 39, LeipzZ. 16, 325, NaumburgAK. 16, 32, SeuffA. 71, 236 s. unten § 837 Ziff. 1.

4. **RG.** 4. 10. 15, LeipzZ. 16, 475, R. 16, Nr. 451. Pflicht eines Hausbesitzers, seine außen am Hause angebrachte Bogenlampe von Zeit zu Zeit auf Mängel untersuchen zu lassen.

5. **RG.** 18. 10. 15, JW. 16, 190, LeipzZ. 16, 544 u. 1487, R. 16, Nr. 677, WarnE. 16, 125. Pflicht eines Wirtshausbesitzers, das Gebäude von Zeit zu Zeit auf Mängel (Ablösung des Putzes von der Saalwand) untersuchen zu lassen.

6. **RG.** 1. 5. 16, JW. 16, 1019. Der Schutz der §§ 836 ff. darf nicht so weit ausgedehnt werden, daß er auf Gegenstände, die ohne gehörige Befestigung an einem Gebäude ausgestellt oder aufgehängt sind (hölzernes Firmenschild) sich erstreckt, da sonst die in § 733 des ersten Entwurfs vorgesehene Haftung, die später wohlweislich aufgegeben ist, wieder eingeführt würde (**RG.** 23. 5. 06, JW. 06, 423). Siehe unten § 837 Ziff. 2.

7. **RG.** 24. 1. 16, LeipzZ. 16, 1240. Haftung des Mieters für den Schaden, der durch das Herabfallen eines von ihm auf dem Dach des Miethauses angebrachten Firmenschildes verursacht ist.

8. Kiel 29. 2. 16, SchlHolstAnz. 16, 81. Eine in die Wand eingelassene Schultafel als Teil eines Gebäudes i. S. des § 836. Einer der beiden großen Mauerhaken löste sich, als der Kläger auf Geheiß des Lehrers die Tafel reinigte; er wurde von der herabfallenden Tafel beschädigt. Als Schadensursache ist nur ein Mangel in der Unterhaltung anzusehen. Die Gemeinde als Besitzerin des Schulgrundstücks mußte die Tafel von Zeit zu Zeit auf ihre Haltbarkeit untersuchen lassen, um etwaige Mängel zu beseitigen. Diese Prüfung durfte nicht dem Schulleiter und den Lehrern überlassen werden, sie mußte vielmehr in die Hand eines Bausachverständigen gelegt werden.

9. Colmar 26. 3. 15, ElsLothZ. 16, 186. Haftung des Grundstücksbesitzers, der nie eine allgemeine Revision seines Hauses vornehmen ließ, für den durch einen abstürzenden Fensterladen verursachten Schaden.

10. Dresden 8. 11. 15, SeuffA. 71, 355. Ablösung von Teilen eines Gebäudes durch Zerbrechen eines zuschlagenden Fensters.

11. *Dickel, Forstzivilrecht 614 ff. über Hochsitz des Jagdherrn.

12. Entlastungsbeweis. a) **RG.** 7. 7. 16, WarnE. 16, 355. § 836 Abs. 1 Satz 2 schließt die Ersatzpflicht dann aus, wenn der Besitzer zur Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Es kommt also nicht schlechthin auf die Erkennbarkeit des Mangels bei sorgfältiger Untersuchung, sondern weiter darauf an, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt eine Untersuchung nach den Umständen des einzelnen Falles erforderlich machte.

b) Goldscheider, GruchotsBeitr. 60, 390. Für die Beweislast bei der Verpflichtung des Gastwirts zum Schadensersatz darf § 836 als singuläre Bestimmung nicht herangezogen werden (**RG.** 52, 377).

§ 837.

1. **RG.** 28. 10. 15, JW. 16, 39, LeipzZ. 16, 325, NaumburgAK. 16, 32, R. 16, Nr. 62, SeuffA. 71, 236. Wie im Falle des § 836, so ist auch im Falle des § 837 haftpflichtig der Eigenbesitzer (§ 872). Wenn § 837 von jemand spricht, der ein Gebäude oder ein Werk auf einem fremden Grundstück „in Ausübung eines Rechts" besitzt, so stellt er damit nicht das Erfordernis auf, daß dem Besitzer das, sei es dingliche, sei es persönliche Recht, auf dem fremden Grundstücke das Gebäude oder das Werk zu haben, wirklich zusteht. Auch hier gilt vielmehr Ähnliches, wie beim Eigenbesitzwillen. Es genügt, wenn der Besitzer den Willen hat, das Recht, auf dem fremden Grundstücke das Gebäude oder das Werk zu haben, wie ein ihm zustehendes auszuüben.

2. **RG.** 1. 5. 16, JW. 16, 1019. (Siehe § 836 Ziff. 6.) Außerdem steht der Anwendung des § 837 entgegen, daß die hier bestimmte Voraussetzung, Besitz eines Gebäudes (Gebäudeteils) auf einem fremden Grundstück in Ausübung eines Rechts, bei mietweisem Besitz (Verkaufsstand auf einer Ausstellung) nicht ohne weiteres als gegeben anerkannt werden kann. Der Besitz des Mieters am Gebäude muß bei § 837 abgesondert vom Besitz am Grund-

stück bestehen, wie dies dann der Fall ist, wenn der Mieter in Ausübung seines Rechts am fremden Grundstück die betreffende Baulichkeit auf dem Grundstück errichtet hat (§ 95 — vgl. JW. 10, 653).

Siehe auch § 836.

§ 838.

RG. 1. 5. 16, JW. 16, 1019. Eine Unterhaltungspflicht, die sich auf sichere Befestigung eines Firmenschildes beschränkt, genügt nicht für § 838 (s. § 837 Ziff. 2).

§ 839.

I. Beamte.

1. Hamburg 27. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 161, R. 16, Nr. 240 (bestätigt vom **RG.** 23. 5. 16). Offiziere sind Beamte i. S. des § 839 BGB., § 1 RBeamtHaftpflG. Sprengarbeiten der Pioniere sind auch dann öffentlich-rechtliche Akte der Militärhoheit, wenn sie im Auftrage von Privatleuten im privaten Interesse vorgenommen werden. Dagegen

2. Hartmann, HansGZ. ebenda 165. Auch bei Akten der öffentlichen Gewalt haben das Reich und die Bundesstaaten für den Schutz und die Sicherheit des Publikums in derselben Weise zu sorgen wie eine Privatperson.

3. **RG.** 21. 1. 16, JW. 16, 753, Pr. Ges. v. 1. 8. 09. Der Schiedsmann gehört zu den Beamten, deren Verantwortlichkeit nach dem Pr. Ges. v. 1. 8. 09 auf die Gemeinden übergeht.

4. Hamm 2. 2. 16, DJZ. 16, 451, R. 16, 353. Für fahrlässiges Umgehen mit der Waffe seitens eines auf militärische Anordnung bestellten Bahnschutzwächters haftet der Eisenbahnfiskus nicht nach § 831; auch eine Haftung aus § 839 besteht nicht, weil der Bahnschutzwächter nicht Beamter ist. S. § 831 Ziff. 1 d.

5. Cassel 3. 12. 15 s. unten IV Ziff. 8.

II. Amtspflicht.

1. **RG.** 14. 12. 15, JW. 16, 401 (mit Anm. von Landsberg), LeipzZ. 16, 816. R. 16, Nr. 238 u. 239. Die Amtspflicht zur gesetzmäßigen Zustellung der die Bestimmung des Zwangsversteigerungstermins enthaltenden Verfügung liegt den Beamten i. S. des § 839 auch gegenüber dem betreibenden Gläubiger ob (§ 83 Nr. 1, 43 Abs. 2 ZVG.). Haftung des Staates für die durch Nichteinhaltung der Zustellungsvorschriften verschuldete Versagung des Zuschlags.

2. Darmstadt 5. 11. 15, HessRspr. 16, 309. Auch ohne besondere Vorschrift hat der Beamte, selbst wenn er Hoheitsrechte ausübt, Leben und Gesundheit Dritter nach Möglichkeit zu schützen; das ist eine ihm Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht. S. § 1 HaftpflG.

III. Haftung des Beamten.

1. Allgemeines. a) **RG.** 26. 10. 15, JW. 16, 201, LeipzZ. 16, 1373, R. 16, 170 (s. JDR. 14 § 276 II 27b). Jeder Beamte muß die für die Entscheidung in Betracht kommenden Rechtssätze sorgfältig erkunden und anwenden und darf insbesondere bei der Anwendung solcher allgemeinen Rechtssätze nicht von den feststehenden Anschauungen seiner vorgesetzte nBehörde abweichen. Hierzu: Rausnitz, JW. 16, 201 verneint eine Pflichtwidrigkeit, wenn der Beamte nach sorgfältigster und gewissenhaftester Prüfung die allgemeinen, auch von seiner vorgesetzten Behörde angewendeten Rechtssätze für unrichtig hält, wenn er z. B. der Ansicht ist, daß entweder die Allgemeinheit oder eine Person durch Anwendung der falschen Rechtsansicht einen schweren oder gar unersetzlichen Schaden erleiden würde.

b) RG. 27. 6. 16, JW. 16, 1197, LeipzZ. 16, 1179, R. 16, 550. Handelt der Beamte nach einer nicht ohne weiteres von der Hand zu weisenden Auslegung einer Kriegsvorschrift, so trifft ihn der Vorwurf der Amtspflichtverletzung nicht. Die Behauptung, eine eben erlassene Vorschrift sei bereits wieder aufgehoben, genügt nicht ohne weiteres zur Abstandnahme von der Amtshandlung.

c) Delius, LeipzZ. 16, 911 behandelt die Haftung für Beschädigung durch Beamte und Militärpersonen während des Krieges. Er weist auch darauf hin, daß der geschädigte Ausländer, weil eine Haftung des Reichs (Preußens, Bayerns) bei Schäden in Ausübung der öffentlichen Gewalt wegen fehlender Gegenseitigkeit ausgeschlossen ist, den Beamten direkt und persönlich nach § 839 in Anspruch nehmen kann.

d) RG. 25. 1. 16, LeipzZ. 16, 461, R. 16, Nr. 452, ZBlFG. 17, 32. Im Falle des § 839 Abs. 1 Satz 2 so wenig wie in dem des Abs. 3 des § 839 findet eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens statt (RG. 86, 286). Jedes die Erlangung anderweiten Ersatzes vereitelnde Verschulden des Beschädigten schließt die Haftung aus § 839 und § 1 Pr. Ges. v. 1. 8. 09 aus.

e) BayObLG. 27. 3. 16, BayRpflZ. 16, 230, R. 16, Nr. 1116. Will der Beamte den ursächlichen Zusammenhang bestreiten, so liegt ihm der Beweis ob, daß bei einwandfreier Geschäftsbehandlung der Schaden ebenfalls entstanden wäre, nicht bloß, daß er entstehen konnte.

f) RG. 20. 9. 16, LeipzZ. 16, 1472. Der 2. Satz des § 839 kann nicht zu dem widersinnigen Ergebnis führen, daß da, wo Amtspflichtverletzungen mehrerer Beamter zur Schädigung eines Dritten zusammengewirkt haben, jeder von ihnen die an sich begründete Ersatzpflicht unter Berufung auf die Ersatzpflicht des anderen ablehnen kann. Die Rechtspr. hat dem 2. Satze des § 839 in einem solchen Falle denn auch die Anwendbarkeit versagt und sich dahin entschieden, daß die mehreren Beamten oder der an die Stelle des einen von ihnen tretende Staat neben den anderen für den aus ihren Amtspflichtverletzungen erwachsenen Schaden gemäß § 840 als Gesamtschuldner haften.

g) RG. 3. 12. 15, R. 16, Nr. 242. Die Anwendung des § 823 neben der des § 839 ist ausgeschlossen. S. unten V 11e (Zwangslotse).

h) BayObLG. 19. 5./2. 6. 16, R. 16, Nr. 1498. Daß der zahlungsfähige Erstverpflichtete nicht ohne weiteres freiwillig Ersatz leistet, berechtigt nicht zur sofortigen Inanspruchnahme des fahrlässigen Beamten (RG. 86, 288).

i) BayObLG. 14. 6. 16, R. 16, Nr. 1499. Der Beurkundungsbeamte kann einen wegen fahrlässig ungenügender Belehrung zu Schaden gekommenen Verkäufer nicht in erster Reihe an Drittberechtigte am Kaufschilling oder Unterhändler verweisen, die bei der Beurkundung lediglich in ihrem eigenen Interesse mitanwesend waren und zu den ungenügenden Belehrungen geschwiegen haben.

2. Richter und Anwalt. L. Cohn, JW. 16, 93 verteidigt gegen Bendix, LeipzZ. 15, 952 seine Auffassung über die Haftung des Anwalts für richterliche Fehlsprüche KGBl. 15, 2 (s. JDR. 14 § 839 III 2a und b). Vgl. auch Bendix, SächsRpflA. 16, 369 und Kohler, ABürgR. 42, 113 (hierzu JW. 16, 1094).

3. Einzelnes. RG. 2. 3. 15; 86, 286, EisenbA. 16, 1003, EisenbE. 32, 384, SeuffA. 71, 358 s. bereits JDR. 14 § 839 III 3c.

IV. Haftung des Staates, der Gemeinden und Verbände.

1. a) Josef, ZVersWes. 16, 121 (vgl. auch PrVerwBl. 37, 760) — zu RG. 4. 6. 15 (§ 823 I 14). Die Gemeinde ist ersatzpflichtig, wenn die städtische Feuerwehr durch verkehrte Anordnungen einen Schaden anrichtet, insbesondere den Brand vergrößert. Auch wenn die Feuerwehr keine Einrichtung der Gemeinde ist, haftet diese bei Mangelhaftigkeit der Löschgeräte. Den durch Verschulden des Leiters der Gemeindefeuerwehr Geschädigten steht ein Anspruch gegen diesen (Gemeindebeamten) nicht zu, da in Preußen an Stelle des Beamten die Ersatzpflicht der Gemeinde obliegt.

b) Haftung der Feuerwehr wegen mangelhafter Löschhilfe. Josef, MittÖffFeuerverfAnst. 16, 178 und Volkmer, ebenda 227.

2. Meene, R. 16, 471 behandelt die Haftung des preuß. Staates für Amtspflichtverletzungen von Lehrpersonen (Pr. Ges. v. 14. 5. 1914 u. 1. 8. 1909) und kommt zu dem Ergebnis: Für Volksschullehrer haftet der Staat, der nach dem bisherigen § 1 schon für die Lehrer an den rein staatlichen sonstigen Lehranstalten einzutreten hatte. Für den städtischen Oberlehrer haftet nach wie vor die Gemeinde auf Grund des § 4. Für die Lehrkräfte an kommunalen mittleren und Fachschulen hat ebenfalls die Gemeinde einzustehen.

3. **RG.** 25. 1. 16, JW. 16, 578. Im Falle des § 839 Abs. 1 Satz 2 so wenig wie in dem des § 839 Abs. 3 findet eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens statt (**RG.** 86, 286; JW. 15, 511). Jedes die Erlangung anderweiten Ersatzes vereitelnde Verschulden der Klägerin schließt die Haftung aus § 839 BGB., § 1 Pr. Ges. v. 1. 8. 09 ohne weiteres aus. S. unten V Ziff. 8c.

4. **RG.** 26. 1. 16, LeipzZ. 16, 594, ZBlFG. 17, 52. Hat der Kläger infolge der zum größten Teil fehlsamen Grundbucheintragungen Schaden erlitten, so muß der wegen des angeblichen Versehens des Grundbuchbeamten gemäß § 12 GBO., § 839 BGB. verantwortlich gemachte Staat den Kläger sich gegenüber auch als „Beteiligten" i. S. der ersteren Vorschrift gelten lassen.

5. **RG.** 23. 5. 16, JW. 16, 1416, LeipzZ. 16, 1229, R. 16, 422. Haftung des Kommunalverbandes für Unterschlagungen eines Vollziehungsbeamten im VerwZwVerf. (§§ 1, 4 Pr. Ges. v. 1. 8. 09; PrV. v. 15. 11. 99 § 55), weil sie ihre Gebühren nicht unmittelbar von den Beteiligten beziehen.

6. **RG.** 21. 1. 16; 88, 51, LeipzZ. 16, 1427. Für Amtspflichtverletzung eines Schiedsmanns durch unrichtige Ausstellung einer Bescheinigung haftet nicht der preußische Schiedsmann, sondern nur die Gemeinde. Er erhält keine Vergütung; der Ersatz von Schreibgebühren soll ihn vor Vermögensnachteil bewahren. § 1 Abs. 3, § 4 Pr. Ges. v. 1. 8. 09.

7. Posen 16. 6. 16, PosMSchr. 16, 92. Haftung der Stadtgemeinde für General- und Berufsvormünder (Unterschied beider Fälle). Haben die Vormünder nur als solche, nicht aber als Beamte dem Kläger gegenüber eine Tätigkeit entwickelt, so entfällt damit eine Haftung der Stadtgemeinde aus dem Pr. Ges. v. 1. 8. 09.

8. Cassel 3. 12. 15, SeuffA. 71, 102. Für Verletzungen der Amtspflicht, die der Landrat (§ 24 KreisO. für Hessen-Nassau) als Vorsitzender des Kreisausschusses in Angelegenheiten der Selbstverwaltung begeht, haftet der Kreiskommunalverband nicht. Wenn der Landrat Geschäfte erledigt, die ihm kraft seines Staatsamts übertragen sind, aber in den Bereich der Selbstverwaltung des Kreiskommunalverbandes fallen, so wird er dadurch nicht zugleich zum Kommunalbeamten (§ 4 Pr. Ges. v. 1. 8. 09 findet keine Anwendung).

9. Colmar 2. 1. 15, ElsLothZ. 16, 21. Haftung der Gemeinde für die Folgen eines Unfalls (Umkippen einer schadhaften Bank), welchen eine Schülerin in einer von einer Schulschwester geleiteten Schule erlitten hat.

10. Hamburg 14. 10. 15, HansGZ. 16, Beibl. 40. Der Staat in Hamburg haftet für das Verschulden eines Beamten gelegentlich seiner öffentlichen Tätigkeit (ein Schutzmann hatte es übernommen, Kleidungsstücke eines Verhafteten zu verpacken) nur wenn eine Erklärung des Staates herbeigeführt ist, ob er seinen Beamten vertreten will.

11. Kiel 6. 11. 15, SchlHolstAnz. 15, 55. Die Haftung für fahrlässiges Verhalten eines Vollziehungsbeamten bei Vornahme von Pfändungen trifft nicht die ersuchende Behörde, sondern den öffentlich-rechtlichen Verband, dem der Beamte unterstellt ist (§ 4 Abs. 2 Pr. Ges. v. 1. 8. 09).

12. PrOVG. 25. 2. 15, SchlHolstAnz. 16, 53. Haftung der Stadtgemeinde aus Überschreitung der Amtspflicht durch die Polizei infolge irriger Auslegung der Gesetze und in Nichtbeachtung der Rechtspr. beim Verbot einer Luftschaukel.

13. Dresden 18. 5. 16, SeuffA. 71, 439. Haftung des Reichsfiskus für Tötung durch Fahrlässigkeit eines Soldaten auf dem Transport zur Wache.

14. **RG.** 29. 9. 16; 88, 417. Unzulässigkeit des Rechtswegs für Ersatzansprüche gegen den Staat auf Grund von Maßnahmen, die der Berliner Polizeipräsident wegen einer Theaterkaution getroffen hat.

V. Einzelne Fälle.

1. Notare (s. II 2 zu § 611).

2. Grundbuchrichter. a) Meikel, DRZ. 16, 594 wendet sich gegen die Begründung von **RG.** 25. 11. 14 (JDR. 14 § 839 V 2b). Die Haftung des Grundbuchrichters könnte in diesem Falle nicht auf die Unterlassung der Belehrung, sondern nur darauf gestützt werden, daß er seine Amtspflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt habe, weil er sich über die Entscheidung des OLG. hinweggesetzt und die Hypothek trotz mangelnder Zustimmung des anderen Ehegatten eingetragen habe. Von einer solchen Verletzung der Amtspflicht kann keine Rede sein.

b) Strucksberg, KGBl. 16, 53 erörtert die Haftpflicht des Grundbuchrichters bei unterlassener Rangvormerkung. Siehe §§ 812ff. Ziff. 3.

c) **RG.** 20. 9. 16, LeipzZ. 16, 1478, R. 16, Nr. 1896 u. 97, WarnE. 16, 459. Hat ein Notar einen Kaufvertrag, in dem auch die Eintragung einer Grunddienstbarkeit bewilligt und beantragt ist, und in einer späteren Urkunde die Auflassung beurkundet und bei der Einreichung beider Urkunden in einem Anschreiben nur „die Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch" beantragt, so trifft den Grundbuchrichter kein zum Schadensersatz verpflichtendes Verschulden, wenn er nur die Eigentumsänderung, nicht aber auch die Grunddienstbarkeit einträgt. Das Unterbleiben der Eintragung der Grunddienstbarkeit schließt auch dann keine Amtspflichtverletzung des Grundbuchrichters ein, wenn er von dem im Kaufvertrag enthaltenen Eintragungsantrage bezüglich der Grunddienstbarkeit Kenntnis genommen hatte. Das Grundbuchamt braucht nicht alle ihm übergebenen Urkunden durchzusehen und daraufhin zu prüfen, ob durch sie seine Tätigkeit in irgendeiner Beziehung in Anspruch genommen wird, diese Prüfungspflicht wird vielmehr durch den Zweck bestimmt und begrenzt, zu dem die Urkunden dem Grundbuchamt erkennbar übergeben sind (§§ 13, 15, 29 GBO.).

d) **RG.** 25. 11. 14, DNotZ. 16, 219 s. bereits JDR. 14 § 839 V Ziff. 2b.

e) Colmar 11. 11. 14, ElsLothNotZ. 16, 109, ElsLothZ. 15, 409, ZBlFG. 16, 642. Hat der Grundbuchbeamte zu verschiedenen Zeiten beantragte Eintragungen, zwischen denen ein Rangverhältnis obwaltet, am gleichen Tage ohne einen Vermerk nach § 46 Abs. 2 GBO. eingetragen, so hat er gegen die nach dem Gesetze von ihm zu beobachtende Sorgfalt verstoßen.

f) **RG.** 26. 1. 16 s. oben IV Ziff. 4.

3. Registerrichter. **RG.** 8. 10. 15, ZBlFG. 16, 637 s. bereits JDR. 14 § 839 V 3.

4. Vormundschafts- und Nachlaßrichter. a) Bettsak, AÖffR. 35, 382 behandelt den Vormundschaftsrichter als Werkzeug unerlaubter Handlungen (W. Jellinek) z. B. bei erschlichener Bestellung. Auch wenn der Akt nicht vernichtet wird, haftet der Dritte, wenn er sich zur Erreichung unerlaubter Zwecke bedient hat. Haftung des Vormundschaftsrichters, der schuldhaft für einen Nichtvormundschaftsbedürftigen einen Vormund bestellt hat. Unter Umständen Gesamthaftung von Vormund und Vormundschaftsrichter für die ungerechtfertigte Bestellung (§ 840); im Innenverhältnis trägt der Vormund den Schaden allein (§ 841).

b) **RG.** 26. 5. 16; 88, 264, GruchotsBeitr. 60, 1015, JW. 16, 1116, LeipzZ. 16, 1243, R. 16, Nr. 1121, WarnE. 16, 462, ZBlFG. 17, 149, ZDJustSekr. 16, 142. Im Falle der Nachlaßverwaltung (§ 1975) ist der Nachlaßrichter für die Folgen fahrlässiger oder vorsätzlicher Verletzung seiner Amtspflicht den Nachlaßgläubigern verantwortlich; zu vgl. II 11 zu § 276.

5. Konkursrichter. Kiel 13. 5. 16, SchlHolstAnz. 16, 160. Der Gerichtsschreiber und der Richter des Konkursgerichts haben durch das Übersehen der Rückseite der von den Klägern über ihre Konkursforderung eingereichten Rechnung die ihnen gegenüber den

Klägern obliegende Amtspflicht fahrlässig verletzt. Mitverschulden der Kläger, deren Form der Rechnungsausstellung und Anmeldung zum Konkurse durchaus unkaufmännisch und irreführend war.

6. Zwangsversteigerungsrichter. a) **RG.** 5. 5. 16, BürBl. 16, 126 u. 148, R. 16, Nr. 2023, WarnE. 16, 263. Haftung des Versteigerungsrichters für die unrichtige Festsetzung des geringsten Gebots, eine rein rechtliche und darum dem Richter allein obliegende Aufgabe (§§ 44, 66 ZVG.).

b) **RG.** 14, 3. 16, FrankfRundsch. 50, 7, R. 16, Nr. 1718. Unterlassung des Einzelausgebots, obwohl der anwesende Schuldner nicht zugestimmt hatte (§§ 9, 63 ZVG.). Siehe auch FrankfRundsch. 49, 182.

c) **RG.** 14. 12. 15. Unterlassene Zustellung s. § 83 ZVG.

7. Gerichtsschreiber. a) Karlsruhe 7. 7. 15, BadRpr. 16, 118. Haftung des Staates für den von einem Gerichtsvollzieher und von einem Gerichtsschreiber durch verspätete Zustellung eines (Arrest-) Pfändungsbeschlusses einem Gläubiger verursachten Schaden.

b) Kiel 13. 5. 16. Siehe oben Ziff. 5.

8. Gerichtsvollzieher. Vollziehungsbeamte (zu vgl. auch III 7 zu § 249). a) **RG.** 19. 11. 15; 87, 294, JW. 16, 191, LeipzZ. 16, 545, R. 16, 44. Pflicht des Gerichtsvollziehers, vor Auszahlung des Verkaufserlöses gepfändeter Sachen eines Mieters an den Gläubiger dem einschreitenden Vermieter eine angemessene Zeit zur Beibringung eines Einstellungsbeschlusses zu lassen (PrBeamtHaftpflG. v. 1. 8. 09; §§ 42, 50, 61, 72, 87 PrGeschAnw. f. Gerichtsvollz.). Vgl. Bendix, SächsRpflA. 16, 339 Anm. 9.

b) **RG.** 26. (28.) 1. 16, JW. 16, 739, R. 16, Nr. 678. Überwiegendes Verschulden des Gerichtsvollziehers, der den Vollstreckungsauftrag in der Hauptsache unerledigt ließ, ohne den Auftraggeber, der Schuldtitel und Wechsel in Händen hatte, zu benachrichtigen. Vorschriften der GeschAnw. f. Gerichtsvollz. können Amtspflichten des Gerichtsvollziehers gegenüber Dritten i. S. des § 839 begründen, wenn sie nicht ausschließlich dem inneren Dienst, sondern auch dem Schutze Dritter dienen sollen.

c) **RG.** 25. 1. 16, BankA. 15, 264, JW. 16, 578, PosMSchr. 16, 37. Verstoß des Gerichtsvollziehers als Protestbeamten gegen gesetzliche Vorschriften bei der Protesterhebung (Pflicht des Auftraggebers — einer Bank — die Gültigkeit des Protestes zu prüfen). S. oben IV 3.

d) **RG.** 21. 12. 15; 87, 412. Fahrlässige Amtspflichtverletzung eines Gerichtsvollziehers bei Bewirkung einer Zustellung (Niederlegung bei der Post statt Ersatzzustellung).

e) Hamburg 24. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 117. Verschulden eines Gerichtsvollziehers, der bei Leibespfändung das Zustecken von Geld an einen Dritten nicht verhindert hat, ist im vorliegenden Fall verneint worden, weil er sich in der rechtlichen Beurteilung der Vorgänge geirrt hatte. Haftung nicht aus Vertrag, sondern Beamtenhaftung.

f) Colmar 20. 4. 15, ElsLothZ. 16, 245. Eine Verletzung der Sorgfaltspflicht des Gerichtsvollziehers bei Auslegung der Versteigerungsbedingungen wird im Einzelfall verneint.

g) Kiel 6. 11. 15, SchlHolstAnz. 15, 55. Schuldhafte Versäumung von Pflegemaßnahmen bei gepfändeten Pflanzen durch den pfändenden Beamten.

h) Karlsruhe 7. 7. 15 s. oben Ziff. 7a.

9. Postbeamte. a) **RG.** 9. 5. 16, BankA. 15, 360, R. 16, Nr. 1500. Wenn ein Telegraphenbeamter nach richtiger Abfertigung eines Drahtauftrags einer Bank an eine andere zum Einkauf von 1800 M bestimmter Aktien im irrtümlichen Glauben, er habe die Drahtung noch nicht besorgt, die Drahtung wiederholt und dabei 18000 M anstatt 1800 M drahtet, so ist er dem Absender für den ihm aus der Ausführung des zweiten Drahtauftrags entstandenen Schaden haftbar (Mitverschulden der Bank verneint).

b) Colmar 7. 5. 14, EisenbE. 32, 164 s. bereits JDR. 14 § 839 V 11b.

c) Colmar 17. 11. 14, EisenbE. 32, 404 s. bereits JDR. 14 § 839 V 11c.

10. Lehrer. a) Meene, R. 16, 471 s. oben IV 2.

b) **RG.** 28. 1. 16, GesuR. 17, 643, PrVolksschulA. 16, 112, R. 16, Nr. 1113 bis 1115, 1122, WarnE. 16, 127. Haftung eines Lehrers, der seine Schüler auf einem öffentlichen Wege Fußball spielen läßt, für Verletzungen, die ein auf dem Wege Gehender durch den Ball erleidet.

c) **RG.** 16. 11. 15, PrVolksschulA. 15, 48 u. 110, R. 16, Nr. 1490, WarnE. 16, 126. Haftung eines Lehrers, der einen Schüler schlägt oder zu schlagen droht, wenn der dem Schlage ausweichende Schüler mit dem Auge in die aufrecht gehaltene Feder stößt (§ 823). S. oben § 823 I 2 a β.

S. auch § 823 I 2.

11. Vermischtes. a) Eckstein, StandesA. 16, 194 erörtert die Haftung der Beamten aus unsorgfältiger Aufbewahrung von behördlichen Stempeln (vgl. DJZ. 13, 409) unter Berücksichtigung von § 254.

b) *Dickel, Forstzivilrecht 600 ff. über die Haftung des preußischen Försters für das im Walde fehlende Holz, insbesondere zugunsten des Holzkäufers.

c) **RG.** 21. 12. 15; 87, 419, GesuR. 17, 456, JW. 16, 436, R. 16, Nr. 509. Verantwortlichkeit des Staates wegen Verletzung der Pflicht der Polizei zur Amtsverschwiegenheit. Pr. Ges. v. 1. 8. 09. Vgl. auch **RG.** 21. 3. 16; 88, 171, JW. 16, 848 u. 1416, LeipzZ. 16, 1228, R. 16, 253. Siehe zu d.

d) Delius, GesuR. 17, 601 behandelt, an die Urteile zu c anknüpfend, die Verletzung der Schweigepflicht eines Beamten und die sich hieraus ergebende Haftung des Staates oder der Gemeinde.

e) **RG.** 3. 12. 15; 87, 347, HansGZ. 16, Hptbl. 24, JW. 16, 319 (mit Anmerkg. von Leo), LeipzZ. 16, 805, R. 16, Nr. 241. Ausschließliche Haftung des Reichs, keine persönliche der Zwangslotsen des Kaiser-Wilhelm-Kanals für deren Verschulden. Dem Zwangslotsen liegt eine Amtspflicht nicht nur gegenüber dem Reeder des von ihm geleiteten Schiffes, sondern auch gegenüber den Reedern der Schiffe ob, mit denen das von ihm geleitete Schiff im Kanal zusammengestoßen ist. Vgl. JDR. 14 § 839 V Ziff. 13a. Ebenso Kiel 13. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 38.

f) Hamm 2. 2. 16, DJZ. 16, 450, R. 16, 353. Haftung des Preuß. Eisenbahnfiskus, der infolge militärischer Anordnung auf seine Kosten den Bahnschutz einzurichten hatte, für Wachtposten. S. § 831 Ziff. 1d.

g) **RG.** 7. 12. 15, GesuR. 17, 599, GruchotsBeitr. 60, 501, LeipzZ. 16, 755, R. 16, Nr. 243, Standesa. 16, 172, StB. 16, 233. Haftung des Preuß. Staates für das Verschulden eines Standesbeamten, der die Anzeige der Geburt eines unehelichen Kindes an das Vormundschaftsgericht statt unverzüglich, erst nach acht Wochen erstattet hatte, wodurch der Arrest wegen der Unterhaltsansprüche des Kindes zu spät kam (§ 48 FGG.; PrBeamtHaftpflG. v. 1. 8. 09).

h) **RG.** 21. 1. 16, R. 16, 171. Haftung der Gemeinde für Versehen des Schiedsmanns.

i) PrOVG. 23. 9. 15, GesuR. 17, 285. Haftung des Gemeindevorstehers wegen eines Fehlers im Dorftestament (unterlassene Genehmigung des Protokolls durch den Erblasser, § 2242 BGB.).

k) **RG.** 6. 7. 15; 87, 114, GesuR. 17, 596 s. bereits JDR. 14 § 839 V 13f.

l) **RG.** 26. 10. 15, JW. 16, 201, LeipzZ. 16, 1373, R. 16, 170, Reger 36, 64 s. bereits JDR. 14 § 839 V 13g.

m) **RG.** 22. 1. 15, EisenbE. 32, 274 s. bereits JDR. 14 § 839 V 13 b α.

§ 840.

1. Fromherz, R. 16, 617. Eine entsprechende Anwendung des § 254 mit Rücksicht auf die Mithaftung eines Dritten im Verhältnis zum Verletzten entspricht weder dem Gesetz (§§ 830, 840) noch einem Bedürfnis. Im Rechtsstreit mit einem Haftpflichtigen

kann die ursächliche Tragweite der Umstände, für welche der andere haftet, nicht ausreichend festgestellt werden. Schon deshalb muß es bei der Gesamthaftung bleiben.

2. Bettsak, AÖffR. 35, 382 s. § 839 V 4a.

3. München 15. 11. 16, R. 16, Nr. 2097. Mehrere Familienmitglieder, die zu verschiedenen Schiebungen zum Schaden des nämlichen Gläubigers einheitlich zusammenwirken, haften samtverbindlich.

4. LG. Gießen 3. 1. 16, HessRspr. 16, 294. Gesamthaftung des Tierhüters und Tierhalters.

5. **RG.** 11. 1. 15, EisenbE. 32, 322 s. bereits JDR. 14 § 840 Ziff. 3.

6. **RG.** 5. 2. 15, EisenbE. 32, 333 s. bereits JDR. 14 § 840 Ziff. 5.

7. **RG.** 20. 9. 16 s. oben § 839 V 2c.

§ 841.

Bettsak, AÖffR. 35, 382 s. § 839 V 4a.

§ 842.

RG. 15. 11. 15, JW. 16, 193, LeipzZ. 16, 950, R. 16, Nr. 679, WarnE. 16, 24 s. HaftpflG. § 3a.

§ 843.

1. **RG.** 7. 1. 16, R. 16, Nr. 938. Auch ohne besonderen Antrag kann der Richter eine Bedürfnisrente zusprechen, wenn sich bei Prüfung des aus § 843 zu ersetzenden Schadens ergibt, daß der vom Kläger ersetzt verlangte Schaden nicht nur in Erwerbsverlust, sondern auch in einer Vermehrung der Bedürfnisse besteht, vorausgesetzt, daß der Gesamtbetrag der zuerkannten Rente nicht das Gesamtverlangen des Klägers übersteigt.

2. **RG.** 18. 6. 15, EisenbE. 32, 457, JW. 15, 1029. Fällt der Schuldner einer Rente aus § 843 in Konkurs, so beschränkt sich die herabmindernde Wirkung eines Zwangsvergleichs nicht auf die zur Zeit der Konkurseröffnung bereits notwendig gewordenen Aufwendungen. Ist eine solche Rente nur zeitweilig zu gewähren, so unterliegt sie der Aufrechnung (§ 95 KO.).

3. **RG.** 7. 6. 15, SeuffA. 71, 152. Wegfall eines Schadensersatzes für verminderte Erwerbsfähigkeit aus einem Unfall infolge späterer Ursache (Schlaganfall, der auch ohne den Unfall eingetreten wäre).

4. **RG.** 20. 9. 15, R. 16, Nr. 66. Der Fortfall der von der Ehefrau dem Ehemanne zu leistenden Dienste (Mitarbeit im Geschäft) enthält zunächst nur eine Schädigung des Ehemannes, kann aber auch die Ehefrau insofern benachteiligen, als die Verringerung des Einkommens des Mannes auf den der Frau zu gewährenden Unterhalt von Einfluß ist. Auch beim Güterstande der Gütertrennung ist eine derartige Benachteiligung möglich.

5. **RG.** 17. 2. 16, LeipzZ. 16, 751. Berechnung der Schadensersatzrente, wenn der Schädiger auf einstw. Verfg. hin im voraus Zahlungen geleistet hat und die Klageforderung gepfändet und zum Teil abgetreten ist (§§ 362, 367, 404 BGB.; § 850 Abs. 3 ZPO.). Zu vgl. 3 zu § 362.

6. **RG.** 9. 3. 16, R. 16, Nr. 1722. Bei der Berechnung der Rente, die einem — nicht infolge des Unfalles — in Konkurs geratenen Verletzten zuzusprechen ist, darf nicht ohne weiteres von dem Einkommen ausgegangen werden, das er vor dem Konkurse hatte.

7. **RG.** 6. 3. 16, R. 16, Nr. 1721. Verliert der Verletzte infolge des Unfalls von zwei gleichzeitigen Stellungen zunächst nur die eine, gibt er dann freiwillig die andere auf, um sie mit einer besseren zu vertauschen, und gibt er später diese unter Einwirkung seiner durch den Unfall geschwächten Gesundheit auf, so geht es nicht an, ihm den Schadensersatz für den Verlust dieser zweiten Stelle zu versagen, weil der Unfall erst die Übernahme der Stelle ermöglicht habe, und der Verlust somit nicht als Unfallsfolge anzusehen sei.

8. Dresden 27. 5. 15, SächsOLG. 36, 444. Berücksichtigung der von einer Berufsgenossenschaft gewährten Entschädigung. Der Schaden, den der Kläger (vgl. oben § 833

II 2c) gemäß § 843 ersetzt verlangen kann, deckt sich nicht mit der von der Berufsgenossenschaft nach den Unfallversicherungsgesetzen zu leistenden Entschädigung, und es geht nach § 151 LwUVG. v. 30. 6. 00 (RGBl. 641) der nach diesem Gesetze entschädigungsberechtigten Personen gegen Dritte erwachsene Schadensersatzanspruch auf die Berufsgenossenschaft nur im Umfange ihrer durch das Versicherungsgesetz begründeten Entschädigungspflicht über.

9. Dresden 19. 10. 15, SeuffA. 71, 192. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen verminderter Erwerbsfähigkeit wird nicht durch Freigebigkeit Dritter ausgeschlossen.

§§ 843, 844.

Reindl, HirthsAnn. 48, 715 wendet sich gegen Karlsruhe 10. 3. 15 (JDR. 14 § 618 Ziff. 10). Eine Feststellungsklage könnte nur auf Feststellung der Schadensersatzpflicht im Umfange des § 844 Abs. 2 erhoben werden und sie stände nur den Hinterbliebenen selbst, nicht auch dem Verletzten zu, weil es sich nur um das Schadensersatzrecht des Dritten, d. h. der Hinterbliebenen, nicht um das des Verletzten selbst handelt.

§ 844.

1. **RG.** 18. 11. 15, LeipzZ. 16, 1363. Den Maßstab für die Entschädigungsrente der Witwe bildet nach § 844 Abs. 1 die Unterhaltspflicht des getöteten Mannes (§ 1360). Ob hiernach die Rente nach dem Betrage zu bemessen ist, den der Mann für die in seinem Haushalte lebende Frau gewährt haben würde, oder ob dabei die Mehrkosten eines eigenen Haushalts der allein lebenden Frau zu berücksichtigen sind, ist Sache der tatsächlichen Würdigung. Der Rechtsmaßstab bleibt immer derselbe des § 1360.

2. Karlsruhe 19. 6. 14, DJZ. 16, 546. Verneinung des künftigen Unterhaltsanspruchs des Vaters (44jähriger Vorarbeiter in gehobener Stellung) im Fall der Tötung seiner noch nicht 7jährigen Tochter (§ 1601). Hierzu Cochlovius, ZVersWes. 16, 269.

3. Colmar 13. 7. 14, EisenbE. 32, 317 s. bereits JDR. 14 § 844 Ziff. 4.

§ 845.

1. **RG.** 10. 6. 15, SeuffA. 71, 50. Auch bei Körperverletzung einer verheirateten Frau entsteht der Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten in ihrer Person (**RG.** 65, 162): Mitverschulden des Mannes ist einflußlos.

2. **RG.** 20. 3. 16, WarnE. 16, 244. Wenn die Ehefrau einen Anspruch geltend macht, der an und für sich dem Ehemann zusteht, wie es nach § 845 der Fall ist (Kosten für ein Dienstmädchen als Bestandteil der Rente), so würde die der Ehefrau die Klageberechtigung gebende Zustimmung richtigerweise in den Klagevortrag gehören, immerhin wird der Zusatz „im Beistand ihres Ehemannes" als Ersatz des Vorbringens angesehen werden können.

3. Stuttgart 21. 12. 15, R. 16, Nr. 680. Der Mann, der wegen schwerer Verletzung seiner Frau nicht arbeitet, kann den entgangenen Arbeitsverdienst nicht von dem, der die Frau verletzt hat, ersetzt verlangen. Der Schaden ist in der Person des Klägers, somit eines Dritten, erwachsen und kann daher nicht ersetzt verlangt werden; der Fall des § 845 trifft hier nicht zu.

4. **RG.** 13. 1. 16, SeuffA. 71, 454. Mehrere aus derselben unerlaubten Handlung auf Schadensersatz klagende Personen sind nicht notwendige Streitgenossen (§ 62 ZPO.).

§ 847.

1. Pfund, WürttZ. 16, 102 tritt dafür ein, daß auch der Anspruch aus § 847 mit den Entschädigungsansprüchen des verletzten Mitgliedes auf die öffentliche Kasse der RVO. übergehe (§ 1542 RVO.). Der Verletzte soll im ganzen nicht besser gestellt sein, als ohne die öffentliche Versicherung.

2. **RG.** 19. 6. 16, R. 16, Nr. 1504. Bei der Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes muß jeder vermögensrechtliche Schaden des Verletzten außer Betracht bleiben. Dagegen darf auf die Vermögenslage des Verletzten und für die Würdigung der Schwere

der Gesundheitsschädigung auf die Länge der Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit Rücksicht genommen werden.

3. **RG.** 21. 12. 15, R. 16, Nr. 453. Beim gesetzlichen Güterstand des BGB. ist der Mann berechtigt, in eigenem Namen das der Frau zustehende Schmerzensgeld einzuklagen (§ 1380). Ob der Ehemann eine solche Forderung auch ohne die Zustimmung oder gegen den Willen der Frau in eigenem Namen einklagen könnte, kommt hier nicht in Betracht, weil er mit Zustimmung der Frau klagt.

4. **RG.** 20. 1. 16, GruchotsBeitr. 60, 883, JW. 16, 488 (mit Anm. von v. d. Leyen), LeipzZ. 16, 1027, NaumburgAK. 16, 35, PosMSchr. 16, 29, R. 16, Nr. 939, WarnE. 16, 132. Der Anspruch auf Schmerzensgeld kann nicht auf § 5 EisenbVO. gestützt werden, da dort nur die Haftpflicht der Eisenbahnen aus dem Beförderungsvertrage geregelt wird, aber keine unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823 ff. in Frage steht; zu vgl. Erl. zu § 5 Eisenb.-VO. Siehe auch die folg. Entsch.

5. **RG.** 19. 6. 16; 88, 317, JW. 16, 1276 (mit Anm. von v. d. Leyen). Bei einem Anspruche aus dem Beförderungsvertrage und zugleich aus unerlaubter Handlung ist die Forderung von Schmerzensgeld berechtigt (Vgl. oben Ziff. 2.)

6. Karlsruhe 22. 12. 14, DJZ. 16, 739, GruchotsBeitr. 60, 883, R. 16, Nr 461. Schmerzensgeld eines kriegsuntauglich gewordenen Landwehrmannes. Daß der Kläger infolge der Knieverletzung nicht zum Kriegsdienst einberufen werden konnte, kann nicht wegen der ihm und seiner Familie damit erspart gebliebenen Sorgen und Opfer nach den Grundsätzen der sog. Vorteilsausgleichung zu seinem Nachteil verwertet werden; eher könnte in der Hinderung der Teilnahme an der Verteidigung der Heimat eine für die Erhöhung des Schmerzensgeldes sprechende weitere Beeinträchtigung seines allgemeinen Lebensgefühls gefunden werden. Hieran ändert auch die soziale Stellung des Klägers, der einfacher Goldarbeiter ist, nichts (**RG.** 76, 176). — Auf Art und Grad des die Haftbarkeit des Bekl. begründenden Verschuldens kommt es nicht an (**RG.** BayRpflZ. 10, 217); dagegen schließt der von **RG.** 63, 104 ausgesprochene Grundsatz der Nichtberücksichtigung der Haftpflichtversicherung des Ersatzpflichtigen bei Berechnung des für seine Leistungsfähigkeit mitbestimmenden Vermögens — gegen den auch **RG.** 86, 29 selbst Zweifel geäußert hat — es nicht aus, den Einwand zu harter Belastung durch das Schmerzensgeld im Hinblick auf die volle Deckung des Bekl. durch die Versicherung für unbeachtlich zu erklären.

7. Hamburg 4. 3. 16, LeipzZ. 16, 1142. Der auf § 847 gegründete Anspruch kann im Vergleichswege durch Vereinbarung einer Rentenzahlung erledigt werden; die Rente bleibt aber immer Schadensersatz aus unerlaubter Handlung und wird nicht zur Leibrente i. S. des § 761 (mit dessen Formerfordernis).

8. **RG.** 22. 10. 14, EisenbE. 32, 223 s. bereits JDR. 14 § 847 Ziff. 2a.

9. **RG.** 31. 5. 15, EisenbE. 32, 451, SeuffA. 71, 16 s. bereits JDR. 14 § 847 Ziff. 21.

10. Hamburg 22. 1. 15, EisenbE. 32, 327, OLG. 32, 239 s. bereits JDR. 14 § 847 Ziff. 2g.

§ 852.

1. Ansprüche aus unerlaubten Handlungen. a) **RG.** 9. 11. 15; 87, 306, BauersZ. 23, 121, LeipzZ. 16, 42 u. 43, R. 16, Nr. 746 bis 748, SeuffA. 71, 107 (s. auch bereits JDR. 14 § 852 II 1h). Der Schadensersatzanspruch umfaßt als ein einheitlicher auch spätere schädliche Folgen des zum Schadensersatz verpflichtenden Verhaltens, die sich als solche voraussehen ließen (**RG.** 83, 360). Die Verjährung ergreift das ganze Recht.

b) **RG.** 30. 9. 16, R. 16, Nr. 2098, WarnE. 16, 466 ebenso.

c) **RG.** 13. 12. 15, R. 16, Nr. 454. Die kurze Verjährung gilt auch für solche Erweiterungen des Schadensersatzes, die durch den Verzug des Ersatzpflichtigen herbeigeführt sind.

d) **RG.** 6. 3. 16, WarnE. 16, 152. Teilweise Verjährung eines Schadensersatzanspruchs, wenn der zunächst wegen eines begrenzten Betrags eingeleitete Prozeß vier Jahre ruht (§§ 211, 212).

e) **RG.** 30. 9. 16, R. 16, Nr. 2098, WarnE. 16, 466. Bei Verletzung eines absoluten Rechts unterliegt der negatorische Anspruch auf Beseitigung der Folgen der Störung nicht der kurzen Verjährung des § 852.

f) Bamberg 20. 11. 15, SeuffA. 71, 200. Beim Schadensersatzanspruch gegen den Eigentümer eines Floßes (§§ 22, 23, 30 FlößG. — RGBl. 1895, 341) findet § 852 keine Anwendung.

g) Hamburg 16. 3. 16, HansGZ. 16, Beibl. 157. Die dreijährige Verjährung des § 852 kommt nicht in Betracht, wenn es sich um Ansprüche aus einem Schiffszusammenstoß nach dem BinnenschiffGes. handelt, da nach § 117 Nr. 7 ebendort eine einjährige Verjährung läuft. Das Sondergesetz geht dem § 852 BGB. vor.

h) Stuttgart 4. 2. 15, WürttJ. 27, 155. Handelt es sich nur um eine Ordnungswidrigkeit im inneren Dienst (Bauordnung), nicht um eine Rechtswidrigkeit gegenüber dem Kläger, so findet § 852 keine Anwendung.

i) **RG.** 15. 6. 15, EisenbE. 32, 456 s. bereits JDR. 14 § 852 II 1g

k) Weber, DRZ. 16, 238 empfiehlt eine Gesetzesbestimmung, wonach bei vorsätzlich begangenen Delikten nicht die dreijährige, sondern die dreißigjährige Verjährung Platz greift.

2. Kenntnis des Verletzten. a) **RG.** 8. 10. 15, R. 16, Nr. 67. Vermutung und Möglichkeitsannahme stellen noch keine Kenntnis dar. Die Kenntnis ist vielmehr erst dann anzunehmen, wenn dem Beschädigten billigerweise die Klagerhebung zugemutet werden darf (**RG.** 76, 61; 86, 286). Daraus, daß der Beschädigte in einem Vorprozeß dem Schädiger den Streit verkündet hat, läßt sich noch nicht notwendig auf eine solche Kenntnis schließen.

b) **RG.** 26. 1. 16, LeipzZ. 16, 806. Die Kenntnis, die § 852 sowohl betreffs des Vorhandenseins eines Schadens wie hinsichtlich der Person des Ersatzpflichtigen voraussetzt, muß so weit gediehen sein, daß der Geschädigte auf Grund des ihm gebotenen Stoffes zur Klage gegen eine bestimmte Person imstande ist (WarnE. 12, 345 u. 477); niemand kann es zugemutet werden, daß er sich auf die Schadensersatzklage schon zu einer Zeit einläßt, wo er an der Begründbarkeit einer Klage zu zweifeln noch berechtigten Anlaß hat.

c) **RG.** 27. 3. 16, WarnE. 16, 217. Die bloße Ungewißheit über die Fortdauer der Schadenswirkungen und über deren Tragweite für die Erwerbsverhältnisse des Verletzten hindert den Beginn der Verjährung nicht; alle Folgezustände, die im Zeitpunkt der Erlangung der Kenntnis vom Schaden überhaupt nach dem Krankheitsbilde dieses Zeitpunktes als möglich vorauszusehen waren, müssen durch die allgemeine Kenntnis vom Schaden dem Verletzten als bekannt geworden gelten (**RG.** 70, 150). Blieb sich der Krankheitszustand im wesentlichen vollständig gleich, so ist die Kenntnis des ursprünglichen Zustandes auch die Kenntnis vom Schaden i. S. des § 852.

d) **RG.** 13. 12. 15, R. 16, Nr. 455 u. 456. Wann der Kläger von dem Eintritt eines Schadens Kenntnis erhalten hat, ist Sache der tatsächlichen Feststellung.

e) **RG.** 3. 11. 16, R. 16, Nr. 2100. Daß die Unkenntnis nur auf einer rechtsirrigen Beurteilung des an sich bekannten Sachverhalts beruht, ist ebenso unerheblich als die Frage, ob nicht der Kläger bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Ersatzpflicht des Beklagten hätte erkennen müssen. Das Kennenmüssen ist dem Kennen in § 852 nicht gleichgestellt. S. **RG.** 8. 10. 15 oben 2a.

f) Posen 22. 9. 16, PosMSchr. 16, 94f. s. oben § 823 II c γ *aa* unter Bezugnahme auf **RG.** 67, 141; 76, 63; 80, 212.

g) **RG.** 5. 11. 14, EisenbE. 32, 180 s. bereits JDR. 14 § 852 II 2a.

h) **RG.** 19. 4. 15, ZDJustSekr. 16, 10 s. bereits JDR. 14 § 852 II 2c.

§ 853.

RG. 9. 11. 15; 87, 281. Das bei der Verjährung mit in Frage kommende öffentliche Interesse (zu vgl. § 225) wird vom Gesetzgeber, wie § 853 beweist, hinter das

ebenfalls das Gemeinwohl berührende Interesse an der Aufrechterhaltung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr zurückgestellt. Der § 853 enthält keine Ausnahmevorschrift, sondern ist eine besondere Anwendung des die Einrede allgemein beherrschenden Rechtsgedankens.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Schrifttum: Du Chesne, Unechte dingliche Rechte. ZBlFG. 16, 570. — Eberstadt, Die Kreditnot des städtischen Grundbesitzes und die Reform des Realkredits. Jena 1916 (enthält auch Vorschläge zur Abänderung des Hypothekenrechts). — Planck, BGB. (4. Aufl.), Bd. 3, Sachenrecht, 2. Lieferung (§ 1012—1112). — Schwartz, Städtischer Grundkredit und Tilgungshypothek, Berlin 1915.

Erster Abschnitt. Besitz.

Schrifttum: Eine eingehende Darstellung der Besitzlehre im Hinblick auf Forstrecht und besonders auf Jagdrecht findet sich in *Dickel, Forstzivilrecht 654ff., im Wildpark 656, 1064 ff. — Draganesco, Besitzerwerb durch Stellvertreter. Berlin 1916.

§ 854.

1. Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, JheringsJ. 66, 212. Der Besitz begründet ein vom Eigentum verschiedenes, gleichfalls absolutes und als solches auch gegenüber dem Eigentümer geschütztes Recht (vgl. § 863). Besitz- und Eigentumsrecht stellen zwei verschiedenartige Gerechtsame dar, von denen jene „provisorisch", diese „definitiv" die stärkere ist; nicht aber zwei subjektiv abgegrenzte Wirkungsrichtungen innerhalb desselben Rechts.

2. Schneider, Der Begriff der Übergabe nach § 929 und § 1205 BGB. bei offenem Besitz, BayRpflZ. 16, 383. § 854 BGB. unterscheidet hinsichtlich des Besitzüberganges zwischen zwei Arten des Besitzes, zwischen dem sog. „handhaften" und dem „offenen Besitz". Handhafter Besitz liegt vor, wenn die Sache in einem tatsächlichen Gewahrsam ist, wie etwa das Buch im Bücherschrank, das Holz auf dem an das Wohnhaus anstoßenden Hofraum usw. Offener Besitz ist dagegen jeder nicht mit Gewahrsam im bezeichneten Sinne verbundene Besitz, wie etwa der Besitz des Staates an seinem im Staatswalde liegenden gefällten Holze, der Besitz eines Landwirtes in X. an dem auf seinem Acker in Y. lagernden abgeernteten Getreide. Zum Übergang des handhaften Besitzes ist gemäß § 854 Abs. 1 BGB. die Besitzergreifung erforderlich, d. h. die Tatsache des vollzogenen Besitzwechsels muß auch äußerlich an der Sache selbst auffallen. Dagegen vollzieht sich der Übergang des offenen Besitzes gemäß § 854 Abs. 2 BGB., im allgemeinen ohne besonderen Besitzergreifungsakt durch bloße Einigung des Besitzers und des Besitzerwerbers über den Besitzübergang, durch einfachen Eintritt in die bisher bestehende Besitzlage, auch ohne daß die Tatsache des vollzogenen Besitzwechsels auch äußerlich an der Sache selbst in die Augen fällt.

3. *Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZBlFG. 16, 600ff. Es ist Tatfrage, ob Sparkassen für die Dauer der Vorlegung Besitzer der Sparkassenbücher werden. Nach Umfang und Geschäftseinrichtung der Sparkasse wird nach Lage des Falles zu entscheiden sein. Bei vorgenommenen Einlagevermerken wird die Kasse das Sparkassenbuch so lange in Besitz nehmen wollen, bis die Einlage tatsächlich gemacht ist.

§ 855.

*Dickel, Forstzivilrecht 656ff. über Forstaufseher und andere wirtschaftliche Hilfsbeamte; besondere Anwendung der „Gast in fremder Gewere". Dickel 658ff. für den Fall, daß der Waldbesitzer dem Holzkäufer vor der Übergabe des Holzes im Walde das Schälen des Holzes gestattet.

§ 861.

1. Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, IheringsJ. 66, 213. Der absolute Charakter des Besitzrechts bleibt auch bei den Rechtsbeziehungen zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem Besitzer beibehalten. Abzulehnen ist die Auffassung, als sei der vertriebene Besitzer Träger des Besitzrechts gegenüber dem Vertreiber, dieser aber gegenüber der Umwelt (dagegen spricht die Begrenzung des Anspruchsausschlusses auf ein Jahr, das Selbsthilferecht des Vertreibers gegen gewaltsame Wiedereinsetzung des Vertriebenen). Vielmehr ist der Vertriebene überhaupt nicht mehr als Träger des absoluten Besitzrechts anzusehen. Dafür steht ihm ein durch die widerrechtliche Entziehung erworbener konkreter Anspruch gegen den Vertreiber zu. Andererseits ist das Besitzrecht des Vertreibers innerhalb Jahresfrist noch nicht imstande, konkrete Besitzansprüche gegen den Vertriebenen auszulösen. Also: keine Spaltung in der Besitzzuständigkeit, sondern nur Zweiung zwischen dem Besitzrecht und einer konkreten Folge daraus.

2. Kretschmar, Die Wirkung der Rechte an Sachen und Rechten und der vorgemerkten Ansprüche im Konkurse, IW. 16, 165. Wenn auch der Besitz kein Recht an der Sache im Sinne des Gesetzes ist, und die Besitzklagen der §§ 861, 862 BGB. nicht auf Aussonderung oder Absonderung gerichtet sind, so ergeben doch die Vorschriften des BGB. über den Besitzschutz, daß die Ansprüche auf Wiedereinräumung des Besitzes und auf Beseitigung der Störung keine bloßen Konkursforderungen sind, daß sie vielmehr an der Sache haften und daher in Natur zu erfüllen sind, gleichviel ob die verbotene Eigenmacht schon vom Gemeinschuldner oder erst vom Konkursverwalter begangen worden ist.

3. *Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZVlFG. 16, 600ff. Ohne ausdrückliches Verlangen des Sparkasseneinlegers ist die Sparkasse nicht verpflichtet, ihm ohne weiteres anzuzeigen, wenn sie auf irgend eine Weise in den Besitz des Sparkassenbuches gelangt, insbesondere, wenn es ihr von dritter Seite vorgelegt wird. Ebensowenig ist sie verpflichtet, das Buch in solchem Falle sofort herauszugeben.

§ 867.

Abholungsanspruch und Jagdrecht: *Dickel, Forstzivilrecht 675ff.

§ 868.

1. **RG.** 14. 1. 16, LeipzZ. 16, 676, WarnE. 16, 134. Ein Rechtsverhältnis i. S. des § 868 wird durch die Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer begründet, Verkäufer solle die Ware für den Käufer bis zum Eintritt milden Versandwetters in seinem Keller lagern.

2. Rostock 18. 5. 16, MecklZ. 35, 51ff. bes. 59. Eine bloße Willensänderung in der Person des unmittelbaren Besitzers, soweit sie nicht nach außen in die Erscheinung tritt, übt auf das Verhältnis des mittelbaren Besitzers überhaupt keinen Einfluß und äßt den mittelbaren Besitz unverändert.

§ 872.

RG (IV. Sen.) 28. 10. 15, LeipzZ. 16, 325, NaumburgAK. 16, 32, R. 16, Nr. 68. Eigenbesitzer ist, wer die Sache „als ihm gehörend" besitzt. Die Wendung „als ihm gehörend" könnte die Meinung aufkommen lassen, als ob das Gesetz den Glauben des Besitzers erforderte, daß ihm die Sache wirklich gehöre. Daß aber zum Eigenbesitze der gute Glaube des Besitzers nicht erforderlich ist, ergibt sich ohne weiteres aus § 937 Abs. 2 und § 955 Abs. 1 Satz 2. „Als ihm gehörend" bedeutet nicht, daß der Besitzer die Sache für eine ihm gehörende halten muß (sog. opinio dominii), es genügt vielmehr der Wille des Besitzers, sie wie eine ihm gehörende zu besitzen (sog. animus domini), d. h. die dem Inhalte des Eigentums entsprechende Stellung zur Sache zu haben. Das ist die in der Rechtslehre herrschende Auffassung und sie ist als dem Gesetze entsprechend anzuerkennen. In **RG.** 54, 135 ist zwar gesagt, Eigenbesitzer sei, wer eine Sache als sein eigen, als ihm gehörig besitzt, wer sie also mit dem Willen, ihr Eigentümer zu sein, besitzt. Sachlich will jedoch der V. Sen. von der herrschenden Lehre augenscheinlich nicht abweichen.

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkung: Während zum materiellen Liegenschaftsrecht an größeren Untersuchungen nahezu nichts vorliegt, ist aus der Rechtsprechung, insbesondere des Reichsgerichts und des Kammergerichts eine Anzahl interessanter Entscheidungen zu beachten. Zu § 874 hat das Kammergericht eine ausreichende Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung auch dann für vorliegend erachtet, wenn diese Bewilligung wiederum auf eine erst den eigentlichen Rechtsinhalt enthaltende öffentliche Urkunde Bezug nimmt. Zu § 879 ist erwähnenswert, daß das KG. seine bisherige Rechtsprechung bzgl. des Vermerks des Ranges „nachträglich" eingetragener Nebenleistungen aufgegeben hat. Während es früher — auch noch in einer zu § 879 veröffentlichten Entscheidung — verlangte, das gesetzliche Rangverhältnis solcher Nebenleistungen müsse nicht nur bei der zugehörigen Hypothek, sondern auch bei allen Zwischenhypotheken vermerkt werden, wird das erstere jetzt mit Recht für ausreichend erachtet und damit die Praxis von der sehr schwierigen und lästigen Vorlegung der Briefe aller Zwischenhypotheken befreit. Das Wesen der Vorbemerkung, besonders auch ihre Wirkung im Konkurs, erörtert Kretzschmar, JW. 16, 168. Die Rechtsprechung zur Vormerkungsfrage ist spärlicher als sonst, bringt aber eine wichtige Entscheidung des KG., welche die Vormerkbarkeit der Ansprüche eines letztwillig Bedachten aus letztwilligen Verfügungen zu Lebzeiten des Erblassers für unzulässig erklärt. Im Gebiet der sonst so ergiebigen §§ 891 bis 893 nichts Erhebliches. Zu § 894 sind zwei Reichsgerichtsurteile bemerkenswert, die den Berichtigungsanspruch auch gegen unrichtige Vormerkungen zulassen, weil diese das betroffene dingliche Recht zwar nicht rechtlich, aber wirtschaftlich beschweren. Den wirtschaftlichen Charakter des Berichtigungsanspruchs stellt auch das Kammergericht in seiner zu § 894 wiedergegebenen Entscheidung eindringlich in den Vordergrund.

Schrifttum: Berger, Grundbuch und Volkswirtschaft, DRZ. 16, 481. — Kretzschmar, Die Wirkung der Rechte an Sachen und Rechten und der vorgemerkten Ansprüche im Konkurse, JW. 16, 164.

§ 873.

Hamburg 3. 11. 15, HansGZ., Beibl. 16, 39. Zur Übertragung des Eigentums eines Grundstücks an eine vom Buchungszwange befreite Gemeinde genügt die Abschreibung von dem Grundbuchblatte des Veräußerers. Das Grundbuch ist als ein einheitliches Buch gedacht und jede Eintragung, die auf irgend einem Blatte des Grundbuchs erfolgt, ist eine Eintragung im Grundbuche.

§ 874.

1. **RG.** 16. 12. 15, KGJ. 48, 175. Bei der Eintragung eines Rechts ist eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auch dann zulässig, wenn die Eintragungsbewilligung wiederum auf eine andere öffentliche Urkunde Bezug nimmt, und erst in dieser der Inhalt des Rechts näher bezeichnet ist. Die Urkunde muß jedoch in der Eintragungsbewilligung unzweideutig bezeichnet, und zu den Grundakten überreicht sein. Daß die Urkunde eine Anlage des die Eintragungsbewilligung enthaltenden Protokolls bildet, ist nicht erforderlich. Verweist die in einer notariellen Urkunde enthaltene Eintragungsbewilligung auf eine die nähere Bezeichnung des Rechts ergebende Anlage, so ist eine beweissichere Verbindung der Urkunde mit der Anlage erforderlich. Ist eine Verbindung keine körperliche, so muß die Anlage gleichfalls eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde und so genau bezeichnet sein, daß kein Zweifel darüber bestehen kann, welches die in Bezug genommene Urkunde ist.

2. KG. 17. 6. 15, RJA. 14, 311 (vgl. zu § 881). Zum „Inhalt" des Rangvorbehalts im Sinne des § 874 gehört die nähere Bestimmung des vorbehaltenen Rechts, z. B. als einer „einheitlichen" Post bis zur Höhe von 32000 M.

§ 875.

KG. 6. 1. 16, KGJ. 48, 184. Die Aufgabeerklärung des § 875 BGB. ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung; empfangsberechtigt ist das Grundbuchamt oder derjenige, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Ist eine Urkunde, die den Antrag des Eigentümers auf Löschung einer Eigentümergrundschuld und damit seine Aufgabeerklärung hinsichtlich dieses Rechts enthält, ohne Willen des Eigentümers dem Grundbuchamt zugegangen,

so ist eine rechtswirksame Aufgabeerklärung nicht abgegeben. Das Grundbuch wird daher durch eine auf Grund der Urkunde erfolgende Löschung unrichtig.

§ 879.

1. Abs. 1. Colmar 11. 11. 14, ElsLothNotZ. 16, 119 (vgl. § 46 GBO. Z. 1). Über das Rangverhältnis mehrerer Grundstücksbelastungen entscheidet materiellrechtlich die das Rechtsverhältnis zum Ausdruck bringende Eintragung im Grundbuch, nicht die zeitliche Reihenfolge der Anträge und zwar auch dann, wenn die Eintragung im Widerspruch mit der durch die §§ 17, 46 GBO. gegebenen Anweisung bewirkt ist.

2. Abs. 3. a) KG. 17. 7. 15, RJA. 14, 317. Nicht nur die Abweichung vom gesetzlichen Rangverhältnis bedarf grundbuchlicher Eintragung. Auch wenn bei einer Hypothek, hinter der eine zweite Hypothek steht, neue Nebenleistungen zeitlich nach Eintragung der Nachhypothek vereinbart werden, so daß die Nebenleistungen also gemäß § 879 Abs. 1 Satz 1 den Rang hinter der Nachhypothek haben, ist dieses Rangverhältnis sowohl bei den Nebenleistungen wie bei der Nachhypothek einzutragen. — [Die Eintragung auch bei der Nachhypothek ist erforderlich aus den gleichen Gründen, aus denen die Rechtsprechung bei vertraglicher Rangänderung (§ 880) die Eintragung auch bei der vorrückenden Post verlangt hat (vgl. KGJ. 44, 256; 45, 293).] — Das Grundbuch soll ersichtlich machen, daß es bei der gesetzlichen Vorrangstellung geblieben ist.

b) KG. 23. 9. 15, BreslAK. 16, 34, R. 16, Nr. 1898, RJA. 15, 71, ZBlFG. 16, 268. Nachträglich vereinbarte Nebenbestimmungen einer Hypothek bedürfen der Eintragung nur bei der Hypothek, zu der sie gehören, nicht auch bei den nachstehenden Hypotheken. Da eine Rechtsänderung bei den nachfolgenden Hypotheken durch die Eintragungen der zeitlich später vereinbarten Nebenleistungen nicht erfolgt, insbesondere auch die Rangfolge unverändert bleibt, somit also weder § 879 Abs. 3 noch § 880 BGB. Platz greifen, fehlt jeder Anlaß zu einem Vermerk bei den nachfolgenden Posten.

→ Die Entscheidung ist die beste Widerlegung des Beschlusses v. 17. 7. 15 (s. oben Ziff. 2a), der ebenso theoretisch schwer haltbar wie — der Vorlegung der Nachhypothekenbriefe wegen — praktisch undurchführbar erscheinen mußte. ←

§ 880.

1. KG. 12. 2. 14, JDR. 14, Ziff. 1, auch ElsLothNotZ. 16, 163.

2. KG. 7. 1. 15, JDR. 14, Ziff. 2, auch ElsLothNotZ. 16, 179.

3. Colmar 28. 2. 16, ElsLothNotZ. 16, 84. Die Vorrangseinräumung gleicht dem Pfandrecht und der Bürgschaft zwar insofern im wirtschaftlichen Ergebnis, als das damit ausgestattete Recht dem Gläubiger eine größere Sicherung gewährt. Aber rechtlich und sprachlich ist sie keine Sicherheitsbestellung. Mit der Vorrangseinräumung wird auch kein neues Recht geschaffen, nämlich eine dingliche Belastung des zurücktretenden zugunsten des vorrückenden Rechts. Ein belastetes Recht gewinnt beim Wegfall der Last von selbst seinen ursprünglichen uneingeschränkten Inhalt wieder. Danach müßte bei späterem Wegfall des vorgetretenen Rechts das zurückgetretene ohne weiteres seinen früheren Rang zurückerhalten, was unzweifelhaft nicht zutrifft.

4. **RG.** 27. 10. 15, R. 16, Nr. 672. Hat ein Hypothekengläubiger für eine nacheingetragene Baugeldhypothek den Vorrang eingeräumt, nachdem sich ihm gegenüber der Baugeldgeber verpflichtet hat, das Baugeld nur nach Maßgabe des Fortschreitens der Bauarbeiten zu zahlen, so muß auch die Vorrangseinräumung nur als mit dieser Beschränkung erfolgt gelten.

5. Abs. 2. Dresden 30. 6. 14, SächsOLG. 37, 276. Die Zustimmung des Grundstückseigentümers gemäß § 880 Abs. 2 Satz 2 ist nur bei rechtsgeschäftlichen Rangänderungen erforderlich, nicht aber wenn auf Grund durchgeführter Anfechtungsklage gegen einen vorstehenden Hypothekar der Rücktritt der Hypothek zu erfolgen hat. Das gilt nicht nur dann, wenn man (mit OLG. Dresden, SeuffA. 58, Nr. 122) an-

nimmt, daß mit der Rechtskraft des der Anfechtungsklage stattgebenden Urteils die Rangänderung ohne weiteres eintrete, so daß ihrer Verlautbarung im Grundbuche nur die Bedeutung einer Berichtigung im Sinne von § 894 BGB. zukomme, sondern auch dann, wenn man eine solche unmittelbare dingliche Wirkung des Urteils im Hinblick auf die nur obligatorische Natur der Rückgewährverpflichtung (vgl. SeuffA. 65, 403) verneint. Denn auch dann folgt aus dem Wesen und Zwecke der Anfechtung, daß es der sonst erforderlichen Zustimmung des Schuldners zur Eintragung der Rangänderung nicht bedarf. Auf Grund des gegen ihn erwirkten Schuldtitels stand dem Gläubiger ohnehin die Zwangsvollstreckung in das Urteil offen, und das Hindernis, das der Erlangung einer besseren Rangstelle für seine Sicherungshypothek entgegenstand, bildete nur die voraufgegangene Hypothekenbestellung zugunsten des Anfechtungsgegners. Hat dann aber der Gläubiger letzterem gegenüber im Anfechtungsprozesse die Feststellung der Unwirksamkeit seines Rechtserwerbs (ihm gegenüber) und seine Verurteilung zur Rückgewähr, insbesondere zur Bewilligung der Rangänderung, erzielt, so hat der Schuldner die letztere ohne weiteres über sich ergehen zu lassen.

§ 881.

KG. 17. 6. 15, KGJ. 48, 172, R. 16, Nr. 941, RJA. 14, 308. Auch bei Eintragung eines Rangvorbehalts kann zur näheren Bezeichnung seines Inhalts i. S. des § 874 auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. § 874 gilt eigentlich nur für Rechte an Grundstücken und Grundstücksrechten (KGJ. 33, A S. 262). Der Rangvorbehalt ist zwar an sich ein Stück des Eigentumsrechts mit der Wirkung einer Beschränkung des Grundstücksrechts, bei dem er eingetragen ist, z. B. der Hypothek, er ist aber doch in dem Sinne eine selbständige dingliche Äußerung des Eigentumsrechts, als er eine nicht jedem Eigentümer zustehende Befugnis zur Eintragung eines Rechts darstellt, die eines besonderen Begründungsakts bedarf. Ist er daher auch keine eigentliche Belastung des von ihm betroffenen Grundstücksrechts, so steht er doch einer solchen so nahe, daß die rechtsähnliche Anwendung des § 874 auf ihn geboten erscheint.

§ 883.

1. Zum Begriff und Wesen der Vormerkung. Kretzschmar, 168. Die Vormerkung ist, wie in der Rechtsprechung allgemein angenommen wird, kein dingliches Recht, sondern ein eigenartiges, zum Schutze persönlicher Ansprüche dienendes Sicherungsmittel, das in einzelnen Beziehungen mit dinglicher Wirkung ausgestattet ist, um dem Gläubiger die Durchführung seines Anspruches zu ermöglichen (vgl. über Schrifttum bei Planck, Anm. 2). Zu diesem Zwecke ist in § 883 Abs. 2 bestimmt, daß eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder Recht getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, und daß dies auch dann gilt, wenn die Verfügung durch den Konkursverwalter erfolgt. Eine Sperre des Grundbuchs wird durch die Eintragung einer Vormerkung nicht herbeigeführt; der Berechtigte darf Verfügungen treffen, die dem vorgemerkten Anspruche widersprechen. Dafür kann nach § 888 Abs. 1, soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechts oder eines Rechts an einem solchen Recht gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist. Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch ist also von dem Schuldner zu erfüllen; dieser ist es, der die dem Anspruch entsprechende Eintragung zu bewilligen hat. Das gilt auch, wenn eine dem Anspruche widersprechende Verfügung erfolgt ist; der Erwerber hat diesenfalls der erforderlichen Eintragung (Löschung) zuzustimmen. Es läßt sich nicht als zutreffend anerkennen, wenn Fuchs meint, daß die Unterordnung der Vormerkung unter den Begriff eines bedingten Rechts erforderlich sei, weil sonst Unstimmigkeiten vorhanden sein und in der Dogmatik der Vormerkungslehre sich Lücken ergeben würden. Die gesetzliche Ordnung reicht aus, auch ohne daß der Vor-

merkung die Eigenschaft eines bedingten (unentwickelten) Rechts beigemessen wird, und Unstimmigkeiten werden im Gegenteil durch die von Fuchs vertretene Meinung hineingetragen; denn die für die Vormerkung getroffenen Vorschriften stehen, wie bereits bemerkt, in mehrfacher Beziehung der Annahme eines bedingten Rechtes entgegen. Wenn nach § 887 BGB. unter den daselbst bestimmten Voraussetzungen der Vormerkungsgläubiger mit seinem (durch die Vormerkung begründeten) Rechte ausgeschlossen werden kann, so ist damit in keiner Weise gesagt, daß die Vormerkung ein Recht an dem Grundstücke oder an einem das Grundstück belastenden Rechte sei; sie als solches Recht anzusprechen, erscheint im übrigen schon um deswillen ausgeschlossen, weil der vorgemerkte Anspruch gar nicht auf die Einräumung eines Rechts an dem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte gerichtet zu sein braucht, sondern auch die Änderung des Inhalts oder Ranges eines Rechts zum Gegenstande haben kann.

Eine andere Frage ist die, ob und inwieweit auf die Vormerkung die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Rechte an Grundstücken entsprechende Anwendung zu finden haben. In dieser Beziehung dürfte aus der dinglichen Wirkung, die der Vormerkung, nach § 883 Abs. 2, 3 BGB. zukommt, folgen, daß eine solche Anwendung zulässig und geboten ist, soweit nicht die Abhängigkeit der Wirksamkeit der Vormerkung von dem Bestehen des durch sie gesicherten Anspruchs oder die positiven Vorschriften des Gesetzes entgegenstehen.

2. KG. 12. 5. 15, KGJ. 48, 189. Eine Vormerkung kann nicht zur Sicherung der künftigen Ansprüche eines durch letztwillige Verfügung Bedachten vor dem Erbfall eingetragen werden. Der Erbschaftsanspruch ist nicht vormerkbar; denn er hat nicht die Rechtsnatur einer Forderung gegen den Erblasser, auch dann nicht, wenn es sich um gesetzliche Erben handelt. Soll der Sohn als Miterbe durch Teilungsanordnung oder Vorausvermächtnis oder, ohne Erbe zu werden, durch Vermächtnis das Grundstück erhalten, so begründet eine dahingehende letztwillige Verfügung des Erblassers gleichfalls keinen Anspruch des Sohnes gegen ihn: diese Anordnungen sind ihrer Natur nach bestimmt, erst nach dem Tode des Erblassers Rechtswirkungen auszulösen. Der Beschwerdeführer bleibt, solange er lebt, jederzeit befugt, die letztwillige Anordnung zu widerrufen. Mangels eines gegen ihn bestehenden Anspruchs könnte deshalb auch sein Recht, über das Grundstück anderweit unter Lebenden oder von Todes wegen zu verfügen, durch die Eintragung einer Vormerkung für die künftigen Rechte seines Sohnes nicht beeinträchtigt werden.

Allerdings bestehen nun aber, wenn der Erblasser eine letztwillige Verfügung der hier in Betracht kommenden Art hinterläßt, nach dem Erbfalle schuldrechtliche Ansprüche des Sohnes gegen die Miterben oder, falls er nur Vermächtnisnehmer ist, gegen die Erben. Allein auch diese Ansprüche können nicht durch eine Vormerkung gesichert werden. Eine Vormerkung kann zwar an sich sowohl für künftige als auch für bedingte Ansprüche eingetragen werden (§ 883 Abs. 1 Satz 2), und der Begriff des künftigen Anspruchs geht weiter als der des bereits entstandenen und nur betagten Anspruchs (KGJ. 37, A 282). Allein ein etwaiger schuldrechtlicher Anspruch des Sohnes des Beschwerdeführers von der bezeichneten Art ist gleichzeitig ein zukünftiger und ein bedingter, und zwar ein dadurch bedingter, daß der Beschwerdeführer bis zu seinem Tode nicht anderweit über das Grundstück unter Lebenden verfügt hat und daß zur Zeit seines Todes eine gültige letztwillige Verfügung besteht, wonach der Sohn das Grundstück von den Erben übereignet erhalten soll. Der Anspruch ist also von der reinen Willkür des Beschwerdeführers abhängig. Wie aber bereits KG., OLG. 15, 334 ausgeführt hat, können derart bedingte Ansprüche, bei denen also noch keinerlei vertragliche Bindung besteht, nicht als genügende Grundlage für eine Vormerkung angesehen werden. Hier ist nun zwar derjenige, von dessen Willkür die Entstehung des Anspruchs abhängt, nicht der Verpflichtete selbst, sondern der Rechtsvorgänger der möglicherweise künftig einmal verpflichteten Erben. Aber die Sachlage ist hier die gleiche. Außerdem kann eine Vormerkung

nur für einen Anspruch eingetragen werden, der sich gegen das Recht des eingetragenen Berechtigten richtet. Dies folgt aus §§ 99, 40 GBO. Hier ist aber das Recht des Erblassers durch die Vormerkung nicht getroffen, sondern nur die Eigentumsrechte seiner Erben. Diese haben aber weder die Eintragung der Vormerkung bewilligt, noch sind sie als die Berechtigten eingetragen. Vor dem Erbfalle kann auch weder eine Bewilligung ihrerseits, noch ihre Eintragung als Berechtigte in Frage kommen.

3. Über die Vormerkung im Konkurse vgl. Kretzschmar unten zu § 24 KO.

§ 886.

RG. 11. 12. 15, BayRpflZ. 16, 68, LeipzZ. 16, 538, R. 16, Nr. 457. Die Beseitigung der Vormerkung kann auch verlangt werden, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch überhaupt nicht besteht.

§ 889.

RG. 6. 11. 15, JW. 16, 121, WarnE. 16, 26. Die Vorschrift findet keine Anwendung auf die unter früherem Rechte entstandenen nach Anlegung des Grundbuchs nicht eingetragenen Grunddienstbarkeiten. Nach Art. 189 Abs. 3 EGBGB. erfolgt die Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück auch nach der Anlegung des Grundbuchs nach den bisherigen Gesetzen, bis das Recht im Grundbuch eingetragen ist. Unter Aufhebung ist dabei nicht bloß die rechtsgeschäftliche Aufhebung verstanden, so daß auch das ohne Rechtsgeschäft eintretende Erlöschen eines Rechts durch Konfusion darunter fällt. Es kann deshalb unerörtert bleiben, ob nicht schon aus Art. 184 EG. entnommen werden muß, daß das Erlöschen eines mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalte bestehen gebliebenen Rechts durch Konfusion als eine mit dem Inhalte und Wesen des Rechts in engem Zusammenhange stehende Erlöschungsart, sich nach den bisherigen Gesetzen bestimmt.

§ 891.

1. Dresden 29. 7. 15, OLG. 32, 407. Die Vermutung des § 891 kann widerlegt werden dadurch, daß dem Grundbuchamt die Unrichtigkeit der Eintragung gerichtsbekannt ist. Würde das Grundbuchamt seine Kenntnis der wahren Rechtslage nicht verwerten dürfen, so wäre es gezwungen, eine Eintragung zu bewirken, deren Unrichtigkeit ihm bekannt ist.

2. Frankfurt 16. 3. 16, FrankfRdsch. 50, 57. Die Bezeichnung bestimmter Personen als Eigentumserben hat nicht nur deklaratorische Bedeutung; vielmehr gilt auch für das Recht, das für diese einzelnen Personen eingetragen ist, die Vermutung des § 891, daß ihnen dieses Recht zusteht. Der gutgläubige Dritte ist daher insoweit geschützt, als er den namentlich eingetragenen Eigentumserben als solchen ansieht.

§ 892.

1. **RG.** 12. 1. 16; 88, 21, JW. 16, 480, LeipzZ. 16, 462. Auf ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragungen — z. B. Hypothek auf Anteil eines Miterben an einem Nachlaßgrundstück — erstreckt sich die Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nicht.

2. a) BayObLG. 4. 7. 16, LeipzZ. 16, 1447, R. 16, Nr. 1899. Soweit die Eintragung einen inneren Widerspruch aufweist, gilt die Vermutung der Richtigkeit nicht. Die Rüge, daß, nachdem einmal das Gesamtgeschlecht als Eigentümer eingetragen wäre, der Grundbuchrichter nicht mehr befugt gewesen sei, diese ihn bindende Eintragung auf ihre Richtigkeit nachzuprüfen, ist nicht gerechtfertigt. Nur in Ansehung eines Rechts am Grundstück oder eines Rechts an solchem Recht oder einer Verfügungsbeschränkung der in § 892 Abs. 1 bezeichneten Art werden bei Eintragungen durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gedeckt. Entstehen Zweifel über die Rechtsfähigkeit einer eingetragenen Person, so können sie nur außerhalb des Grundbuchs gehoben werden.

b) KG. 28. 9. 16, DJZ. 16, 1173. Der Vorstand der als Gläubigerin eingetragenen,

zur Zeit in Liquidation befindlichen Genossenschaft hat die Löschung der Hypothek beantragt. Mit Recht verlangt das Grundbuchamt die Löschungsbewilligung der Liquidatoren. Verfehlt ist die Berufung der Beschwerdeführer auf §§ 892, 893. Wer zur Vertretung der Genossenschaft berufen ist, und ob sie sich in Liquidation befindet, darüber hat das Grundbuch keine Auskunft zu geben, wie auch allgemein anerkannt ist, daß §§ 892, 893 für Mängel der Vertretungsmacht nicht in Frage kommen.

3. Lehmann, Grundbuchfreiheit und öffentlicher Glaube des Grundbuchs. Bay.-NotZ. 16, 370ff. Auch das eingetragene Eigentum des buchungsfreien Eigentümers genießt öffentlichen Glauben (373).

4. Kataster und Grundbuch. a) Buch: Unvollständige Zurückführung des Grundbuchs auf das Grundsteuerkataster und durch Zurückführung unrichtig gewordener Grundbuchnachweis, PosMSchr. 16, 4. Beide Tatbestände sind streng zu unterscheiden. Unvollständige Zurückführung liegt vor, wenn bei einer Parzelle die Zurückführung auf das Kataster noch nicht erfolgt ist, sei es daß bei der Überführung auf das neue Titelblatt versehentlich die Parzelle nicht mit übernommen ist, sei es daß das Kataster selbst unrichtig ist. Von dieser unvollständigen Zurückführung wird nur ein GBblatt berührt. Es muß dann Nachtragung der Parzelle im Grundbuch erfolgen, gegebenenfalls zunächst Berichtigung des Katasters. — Eine auf dem alten Titelblatt richtig verzeichnete Parzelle ist bei der Zurückführung versehentlich auf das Titelblatt eines anderen Grundstücks überführt worden. Die Angaben des alten Titelblatts haben hierbei keine den § 892 betreffende Bedeutung. Ist die Katasterkarte infolge falscher Abzeichnung von den Auseinandersetzungskarten usw. fehlerhaft, so wird das Vertrauen auf sie i. S. des § 892 nicht geschützt. Ist im Grundbuch die Grundstückgrenze infolge falscher Zurückführung fehlerhaft angegeben, die Katasterkarte selbst aber richtig, so erwirbt der Erwerber das Grundstück nicht in größerem Umfang als die Katasterkarte ausweist. Vgl. hiergegen: Reiß, PosMSchr. 16, 73.

b) Stuttgart 5. 10. 15, R. 16, Nr. 1300, WürttJ. 27, 186. Hat der Veräußerungs- und der Erwerbswille sich nicht auf den grundbuchmäßigen, sondern auf den tatsächlichen Grundstücksbesitz des Veräußerers erstreckt, so hat der Erwerber nur letzteren Besitz erworben. Er ist dann nicht dem guten Glauben des Grundbuchs gefolgt und der § 892 kann nicht zu seinen Gunsten Anwendung finden.

§ 894.

1. BayObLG. 1. 10. 15, JDR. 14, Ziff. I 4, jetzt auch BayNotZ. 16, 31, BayObLG. 16, 126, R. 16, Nr. 311, RJA. 15, 74, ZBlFG. 16, 270.

2. Berichtigungsanspruch auf Beseitigung einer Vormerkung. a) **RG.** 11. 12. 15, BayRpflZ. 16, 68, GruchotsBeitr. 60, 505. Dem Berichtigungsanspruch eines Hypothekars gegen den Eigentümer auf Beseitigung einer Löschungsvormerkung liegt zugrunde das negatorische Recht des Hypothekars, Beseitigung der sein dingliches Recht störenden Vormerkung zu verlangen (vgl. **RG.** 26, 399; 81, 289). Die Beeinträchtigung liegt in der zwar nicht rechtlich, aber wirtschaftlich vorhandenen Erschwerung, über die Hypothek zu verfügen.

b) **RG.** 1. 4. 16, LeipzZ. 16, 870, R. 16, Nr. 1301. Das RG. hat in ständiger Rechtsprechung den Berichtigungsanspruch gegen hinfällige Vormerkungen zugelassen, obwohl es sich bei ihr ebenso wie beim Widerspruch nicht eigentlich um ein Grundstücksrecht, ein Recht an solchem Recht oder eine Verfügungsbeschränkung handelt. Jedenfalls enthält die Eintragung von Widerspruch und Vormerkung doch eine tatsächliche Beeinträchtigung des betroffenen Rechts, die bei dessen absoluter Natur über die im BGB. (§§ 12, 1004, 1017, 1027, 1065, 1090 Abs. 2) besonders behandelten Fälle hinaus einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung auslöst, wenn der Berechtigte nicht zur Duldung verpflichtet ist.

3. RG. 28. 3. 16, JW. 16, 1039. Der Kläger verlangt die Zustimmung der Be-

klagten zu der Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der für diese bei den klägerischen Gesamthypotheken eingetragenen Eventualberechtigungsvermerke.

Das LG. hat die Klage abgewiesen, weil die Grundbucheintragung zu Recht bestünde und eine Beeinträchtigung des Rechts des Klägers durch jene Eintragung nicht vorliege. Es fehle ihm nach alledem an der notwendigen Aktivlegitimation. Das KG. hat verurteilt.

Die Bestimmung des § 894 ist im wesentlichen aus wirtschaftspolitischen Gründen ergangen. Es ist einleuchtend, daß ein unrichtiges Grundbuch, namentlich, wenn es nicht mehr zutreffende Vermerke enthält, die den Inhalt der Eintragungen unklar oder unsicher erscheinen lassen, den Zweck den Grundbuchs, als zuverlässige Grundlage für den Verkehr zu dienen, nicht erfüllen kann, sondern direkt verfehlt. Es soll jeder auf den Inhalt des Grundbuchs sich möglichst verlassen dürfen, wie schon der Schutz des guten Glaubens, den das Gesetz dem Grundbuch beilegt, beweist.

Die Beklagten bestreiten das Vorliegen der Voraussetzungen des § 894, insbesondere, daß die Sicherungshypotheken des Klägers durch die Eintragungen der Eventualberechtigungsvermerke beeinträchtigt seien; denn die Rechte des Klägers seien im Verhältnis zu ihren eigenen sämtlich als positive und unbedingte eingetragen, seine Rechte würden daher auch durch die Eventualeintragung nicht berührt.

Hiernach fragt es sich, was man unter „Beeinträchtigung" im Sinne des Gesetzes zu verstehen hat.

Die Motive zum BGB. III, 236 führen aus:

Die Beeinträchtigung liegt vornehmlich darin, daß derjenige, zu dessen Gunsten diese Eintragung besteht, über das ihm zugeschriebene Recht durch Veräußerung oder Belastung verfügen, hierdurch aber das Recht des anderen vernichten oder entwerten kann. Eine mehr oder minder erhebliche Entwertung des Rechts wird sich überdies nicht selten schon daraus ergeben, daß die beeinträchtigende Eintragung den Berechtigten an der Verfügung über das Recht tatsächlich hindert, da dritte Personen, zu deren Gunsten derselbe verfügen könnte, kaum je in der Lage sein werden, sich von der wirklichen Rechtslage zu überzeugen (vgl. **RG.** 54, 86).

Eine solche Entwertung des Rechts des Klägers ist hier aber als vorliegend anzusehen. Die Eintragung der Sicherungshypothek des Klägers, die auf Grund des Ersuchens des Zwangsversteigerungsrichters erfolgt ist, ist keineswegs eine unbedingte und feste. Wie sich aus dem Inhalt der Eintragung ergibt, fällt die Sicherungshypothek für den prinzipaliter eingetragenen Berechtigten „nach Maßgabe der Vorschriften über die Gesamthypotheken" unter Umständen fort, z. B. im Falle der Befriedigung aus dem mitverhafteten Grundstücke, im Falle des Verzichtes oder der Vereinigung von der Person des Eigentümers und der des Schuldners in den besonderen Fällen der §§ 1173—1175, 1181 BGB., und zwar als gesetzliche Folge, ohne daß es dazu einer Einwilligung des prinzipaliter Berechtigten bedarf.

Ein solcher Fortfall hängt von Umständen außerhalb des Grundbuchs ab, so daß das Recht des Hypothekengläubigers ohne jede ersichtliche Änderung des Grundbuchs in Wegfall kommt, und die Eventualverteilung Platz greift. Dadurch wird aber eine erhebliche Unsicherheit für den Rechtsverkehr der Hypothek hervorgerufen; denn jeder Dritte, der eine Sicherungshypothek dieser Art erwirbt, müßte immer mit der Möglichkeit des eingetretenen ganzen oder teilweisen Wegfalles dieser Hypothek und mit dem daraus folgenden Eintritt der Eventualberechtigung rechnen. Aus dem Grundbuch, in welchem die Sicherungshypothek eingetragen ist, ist darüber nichts zu ersehen. Zuverlässige Nachforschungen, ob die das Eventualrecht bedingenden tatsächlichen Umstände vorliegen, wird der etwaige Reflektant auf die Sicherungshypothek nur mit großen Schwierigkeiten anstellen können; er kann sich dabei täuschen oder getäuscht werden.

Wenn ein etwaiger Erwerber der Sicherungshypothek bezüglich derselben mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft eingehen will, so würde dieser Dritte in gleicher Weise die gleiche Prüfung vornehmen müssen, ohne bezüglich des Resultats ganz sicher sein zu können. Auf

den guten Glauben des Grundbuchs, auf den sich sonst derjenige regelmäßig berufen kann, der im Vertrauen auf das Grundbuch in bezug auf die dort eingetragenen dinglichen Rechte ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, kann sich der Dritte hier nicht berufen, weil ihm der eingetragene Eventualvermerk ausdrücklich entgegensteht.

Unter solchen Verhältnissen ist die tatsächliche Verwertbarkeit der Sicherungshypothek im Wirtschaftsleben für den Gläubiger sehr erschwert, wenn nicht vielleicht unmöglich gemacht, da wohl kaum jemand eine Hypothek übernehmen wird, wenn nach dem Eintragungsvermerk die Möglichkeit besteht, daß diese ganz oder zum Teil aus Gründen, die außerhalb des Grundbuchs liegen, weggefallen sein kann. Es liegt also gerade ein typischer Fall vor, wie ihn die zitierten Motive des BGB. besonders hervorheben.

4. Pfändung des Berichtigungsanspruchs (vgl. JDR. 14, Ziff. 2 zu § 894). a) Du Chesne, Pfändung des Berichtigungsanspruchs und das KG., DNotV. 16, 73 (zu vgl. auch KGBl. 16, 22) bespricht KG. 4. 3. 15, KGJ. 47, 169 (JDR. 14, Ziff. II 3 zu § 894) über die Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs. Auch er bejaht diese Pfändbarkeit, nicht weil sie sich einwandfrei nachweisen oder auch nur konstatieren ließe, sondern weil der Gesetzgeber sie mittelbar gewollt habe, insofern er das Berichtigungsverfahren des § 14 GBO. mit Rücksicht auf die Pfändbarkeit in engen Grenzen geordnet habe (Mot. 83, D. 49 zur GBO.). In der Pfändbarkeit des Berichtigungsanspruchs wird aber ein Rechtsgedanke in ein Gewand gekleidet, das zu ihm nicht paßt und das daher seine wahre Gestalt eher unkenntlich macht oder zum zweckmäßigen Ausdruck bringt. Der Berichtigungsanspruch ist, obwohl zivilistisch konstruiert und ausgestaltet, in Wirklichkeit der rechtliche Schutz eines auf Durchführung des Privatrechts gerichteten, also verfahrensmäßigen Interesses. Er ist nur im weiteren Sinne als ein vermögensrechtlicher Anspruch zu bezeichnen. Es wäre fast vorzuziehen, ruhig zuzugeben, daß er kein Vermögensrecht, sondern nur ein nach dem Willen des Gesetzes pfändbarer zivilistischer Verfahrensanspruch ist. Er steht im Dienste des dinglichen Rechts und ist von ihm nicht zu trennen. Jede selbständige Verfügung über ihn ist nur eine scheinbare.

b) Zweibrücken 12. 2. 13, BuschsZ. 45, 505. Das Landgericht hat zwar im Wege des Arrests eine angeblich durch Zahlung einer Sicherungshypothek für den Arrestbeklagten entstandene Eigentümergrundschuld gepfändet, hat aber zu Unrecht den Antrag auf Pfändung und Überweisung des Berechtigungsanspruchs aus § 894 BGB. zurückgewiesen. Bei einer Buchhypothek ist zur Pfändung der Eigentümergrundschuld die Eintragung in das Grundbuch erforderlich (**RG.** 55, 379; 56, 13). Die Eintragung der Pfändung hat die Umschreibung der Grundschuld auf den Namen des Arrestbeklagten zur Voraussetzung, die im Wege des § 894 zu erreichen ist. Zur Vollziehung der Pfändung ist es daher notwendig, außer der Pfändung des Hauptanspruchs auch die des Hilfsanspruchs aus § 894 zuzulassen, welcher, soll die Pfändung überhaupt einen praktischen Wert haben, auch im Arrestverfahren dem Arrestgläubiger zur Einziehung zu überweisen ist. Dies ist für den Verkehr unentbehrlich und allgemein für zulässig erklärt.

5. Der Berichtigungsanspruch im Konkurs. Kretzschmar, 167. Ist ein dem Nachbar gehöriges, in seinem Besitz befindliches Flurstück im Grundbuch irrtümlich mit auf dem Grundbuchblatt des Gemeinschuldners eingetragen, so kann der Nachbar vom Konkursverwalter gemäß § 894 die Zustimmung zur Abschreibung des Flurstücks behufs Übertragung auf das richtige Blatt verlangen (Prot. III 112). Der Berichtigungsanspruch des § 894 ist zwar kein Aussonderungsanspruch, er ist aber dinglicher Natur und geht deshalb durch den Konkurs nicht in einen Geldanspruch über, sondern bleibt in seinem Inhalt unberührt.

Dritter Abschnitt. Eigentum.

Vorbemerkung: Neue wichtige Erscheinungen im Schrifttum fehlen auch hier fast ganz; nur auf den bedeutsamen Aufsatz von Reichel, Über Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb, GrünhutsZ. 42, 173 ist hinzuweisen. Die Rechtsprechung beschäftigt sich fast aus-

schließlich mit dem Nachbarrecht. Insbesondere zur Frage der Ortsüblichkeit unzulässiger Immissionen hat sich das RG. wiederholt geäußert; es geht dabei in den Bahnen seiner bisherigen Rechtsprechung; ein interessanter Versuch des OLG. Hamburg, in bewußter Abweichung von der herrschenden Meinung zugunsten neuartiger Betriebe eine größere Einwirkungsmöglichkeit festzulegen, hat nicht die Billigung des RG. gefunden. Auch im Überbaurecht hält das RG. trotz starker Gegenströmungen in Rechtslehre und Rechtsprechung an seiner strengen, analoge Anwendung gerade hier mit seltsamer Schärfe ablehnenden Rechtsprechung fest. Der Giebelmauerstreit beginnt abzuebben. Zum Notwegrecht findet sich eine praktisch weniger erhebliche Entscheidung in Bd. 87 der Sammlung. Auch das ehemals so reichhaltige Kapitel der Sicherheitsübereignung durch Besitzkonstitut enthält kaum Bemerkenswertes. Zu dem in der Rechtsprechung nicht oft behandelten § 960 (wilde Tiere) ist eine die Grundbegriffe festlegende Reichsgerichtsentscheidung ergangen. In dem wichtigen Titel der §§ 985ff. nur Unerhebliches. Im Titel „Miteigentum" findet sich eine interessante Entscheidung des KG. über das Eigentumsverhältnis mehrerer Separationsinteressenten (Gesamthandeigentum).

Erster Titel. Inhalt des Eigentums.

§§ 903ff.

Schrifttum: Luks, Bäume an oder auf der Grenze. GruchotsBeitr. 60, 975. — Oppermann, Eine Frage aus dem Bienenrecht. SächsRpflA. 16, 449.

1. **RG.** 18. 9. 15; 87, 400. Die Vorschriften der §§ 903ff. finden auf das Bergwerkseigentum keine Anwendung.

2. Eigentum am Walde: Dickel, Forstzivilrecht. Recht zum Betreten des Waldes; straf- und zivilrechtl. Schutz des Waldbesitzers; insbes. bei dem forstfiskal. Walde 710ff. Sammeln von Beeren und Pilzen, 717ff. (719ff. Vorschriften für die preuß. Staatsforsten), Zusammenstellung der Reichs- und preuß. Landesgesetze über die Begrenzungen des Eigentumsrechts und -inhalts, 725ff. Behandlungen der einzelnen Beschränkungen, hauptsächlich im Forstrecht, 745ff. betr. Ansiedlungsrecht, 751ff. betr. Heimatschutz und Naturdenkmalpflege, 756ff. betr. Moorschutz, 760ff. soziale Rechtsausübung, Krähenplage, 762ff. Enteignung, 768ff. Landesvermessung. — Dickel, Ztschr. f. Forst- u. Jagdr. 16, 213, 338 über die Unzulässigkeit von Stacheldraht zum Schutze der Felder; das. 150 über Schutz gegen Krähenplage.

§ 903.

1. Kraft, Die Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe der Staatshoheit, GruchotsBeitr. 60, 392 bespricht die Fälle polizeilichen Einschreitens zwecks Geltendmachung der gesetzlich dem Eigentum innewohnenden Schranken (die zum Verlangen einer Entschädigung nicht berechtigen). Er wendet sich hierbei gegen den vom OVG. geschaffenen Begriff des „polizeimäßigen Eigentums", wonach der Eigentümer die öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit habe, sein Eigentum jederzeit und dauernd in einem mit dem Gemeinwohl verträglichen Zustand zu erhalten und nur so zu benutzen, daß polizeilich zu schützende öffentliche Interessen nicht beeinträchtigt oder gefährdet werden können. Er bekämpft diesen Begriff als zu nebelhaft und praktisch nicht durchführbar und will als dem Eigentum innewohnende Schranken nur die aus den ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen sich ergebenden Beschränkungen (z. B. §§ 903ff. BGB., § 37ff., 65ff. I 8 ALR.) anerkennen.

2. **RG.** 10. 11. 15, R. 16, Nr. 460. Der Heimfall eines vertragsmäßig eingeräumten befristeten Ausbeuterechts geschieht an denjenigen, in dessen Eigentum sich das Grundstück beim Heimfall befindet, gleichgültig ob er Rechtsnachfolger in dem schuldrechtlichen Vertrag ist.

3. **RG.** 23. 10. 15 BayRpflZ. 16, 91, R. 16, Nr. 70. Der Unternehmer eines Hüttenbetriebs ist für gewöhnlich nicht schadensersatzpflichtig, wenn Bienen eines Nachbars in der Luft über der Hütte giftige Gase einatmen und dadurch zugrunde gehen.

§ 904.

Josef, Die Erstattungspflicht bei Feuerlöschschäden, PrVerwBl. 37, 760, bespricht die Ersatzansprüche des Grundstückseigentümers, dessen Grundstück und sonstiges Eigentum

durch Löscharbeiten am Nachbargrundstück beschädigt oder zerstört sind; dieselben sind u. a. auch auf § 904 Satz 2 BGB. zu stützen.

§ 905.

1. Kiel 17. 6. 15, SeuffA. 71, 154. Die Beklagte hat einen Draht für elektrische Kraft quer über die im Eigentum der klagenden Stadt stehende Straße in Höhe von 10 bis 11 m gezogen. Die Klage auf Entfernung des Drahtes ist abgewiesen. Die Klägerin hat kein Interesse im Sinne des § 905 Abs. 2 an der Ausschließung der Beklagten von dieser Einwirkung auf den Luftraum in dieser Höhe. Das durch § 905 geschützte Interesse muß mit dem Eigentumsrechte zusammenhängen. Nicht jedes Interesse des Eigentümers am Ausschluß einer Einwirkung auf den Luftraum über seinem Grundstück gibt ihm ein Verbietungsrecht, und auch nicht einmal jedes vermögensrechtliche Interesse reicht dazu aus. Erfordert wird vielmehr eine Beziehung des Interesses zum Grundstücke und dem dazu gehörigen Rechtskreise. . . . Ein solcher Zusammenhang mit dem Eigentum am Grundstücke fehlt in dem hier vorliegenden Falle, insoweit die Klägerin geltend macht, daß sie selbst elektrische Kraft herstelle und Gewinn dadurch einbüße, daß die Beklagte dem S.schen Grundstücke elektrischen Strom zuführe. Allerdings hat die Klägerin ein wirtschaftliches Interesse daran, für den von ihr erzeugten elektrischen Strom möglichst viel Abnehmer zu haben. Dieses Interesse hat sie jedoch nicht in ihrer Eigenschaft als Eigentümerin der Straße, sondern als Betriebsunternehmerin. Es ist lediglich ein Zufall, daß sich das Eigentumsrecht und das Betriebsunternehmen in einer Person vereinigen. . . . Der Klägerin kann auch darin nicht beigestimmt werden, daß der Draht das Straßenbild in erheblicher Weise störe. . . . Drahtleitungen werden nach heutigen Anschauungen überhaupt nicht mehr als Schönheitsfehler, keinenfalls aber als eine erhebliche Verunstaltung einer Straße empfunden. Etwas anderes würde es sein, wenn der Eigentümer eines Gartens der Hinüberleitung von Drähten um deswillen widerspräche, weil sie ihm den freien Ausblick nach oben hindern.

2. Über Luftschifferrecht und Ersatz für Schädigung vgl. *Dickel, Forstzivilrecht 708ff.

§ 906.

I. Wesentlichkeit der Beeinträchtigung.

Hamburg 13. 1. 16, HansGZ. 16, Beibl. 125. Eine Zuführung von Rauch auf Hausgrundstücke ist eine wesentliche Beeinträchtigung auch dann, wenn sie nicht dauernd, aber in regelmäßigen Zwischenräumen wiederkehrend auftritt. Daß die Rauchplage nur bei dem in Hamburg seltenen Nordostwind auftritt, ist unerheblich.

II. Ortsüblichkeit der Einwirkung (vgl. JDR. 13, Ziff. I zu § 906, JDR. 14, Ziff. 2—6 zu § 906).

1. Hamburg 29. 10. 13, HansGZ. 16, Bbl. 173. Bei der Beurteilung, ob eine Einwirkung auf ein Nachbargrundstück (z. B. Geräusch) i. S. des § 906 eine „gewöhnliche“ ist, ist eine zwiefache Beurteilung möglich: Die engere Auffassung sieht eine Einwirkung dann als „gewöhnlich“ an, wenn in der engeren oder weiteren Nachbarschaft schon häufig Geräusche von ungefähr gleichem Ursprung, von ungefähr gleichem Klange, von gleicher oder größerer Stärke und von gleicher oder höherer Frequenz von einem Grundstück auf ein anderes herübergedrungen sind. Diese enge Auslegung wird den Bedürfnissen des Verkehrs und der Kulturentwicklung nicht gerecht. Es ist vielmehr bei Anwendung des § 906 zu fragen, ob im Einzelfall das Geräusch usw. nach Art und Stärke von einem objektiv denkenden Beurteiler als etwas für den dortigen Bezirk Fremdartiges, mit dem Charakter der dortigen Bewohnung und sonstigen Benutzung nicht im Einklang Stehendes empfunden werden wird. Die Erzeugung von Einwirkungen, die auch bei längerer Fortdauer den Charakter der dortigen Bewohnung und sonstigen Grundstücksbenutzung nicht ändern würden, wird auch nicht als eine fremdartige, außergewöhnliche Benutzung empfunden werden.

Dieses Urteil ist unter Mißbilligung der „weiteren Auslegung" des § 906 aufgehoben durch

2. **RG.** 6. 5. 14, HansGZ. 16, Bbl. 177. Keinesfalls erscheint es ohne weiteres billig, aus Gründen allgemein wirtschaftlicher Art oder auch aus Rücksicht auf die öffentliche Wohlfahrt den Grundbesitzern in dem Umfange, wie es das Berufungsgericht tut, eine Duldungspflicht anzusinnen. Die „freie Auslegung" findet in den Materialien zu § 906 keine Stütze, und auch der Wortlaut des Gesetzes steht ihr entgegen. Demgemäß hat auch die Rechtsprechung des RG. stets daran festgehalten, daß die die Einwirkung herbeiführende Benutzung des einen Grundstücks eine der Benutzung anderer Grundstücke in der Umgebung gleiche oder doch im wesentlichen gleichartige sein **muß** und daß hierbei wie auf die Art und Weise, so auch auf das Maß der Benutzung zu sehen ist. Kurz ausgedrückt, dürfen die belästigenden Einwirkungen das ortsübliche Maß nicht überschreiten.

3. **RG.** 12. 6. 15, SeuffA. 71, 281. Der BerRichter erklärt die Benutzung des Grundstücks der Beklagten, der Straße, wodurch die von der Klägerin beanstandete Einwirkung auf die Benutzung ihres Grundstücks herbeigeführt sein soll, nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage für gewöhnlich, darum habe die Klägerin gemäß § 906 die etwa bestehende Einwirkung auch dann zu dulden, wenn sie die Benutzung ihres Grundstücks nicht unwesentlich beeinträchtige. Der BerRichter begründet seine vorbezeichnete Annahme dahin: nach der Lage und offenkundigen Entwicklung, die die Landgemeinde Berlin-Treptow gegenwärtig in Besiedlung, Verkehr und Ausgestaltung der Straßen erreicht habe, sei als maßgebender Bezirk das Gebiet Berlins und seiner angrenzenden Vororte anzusehen, und es sei bewiesen, daß die Bedürfnisanstalt der Beklagten nach ihrer Aufstellung im Verhältnis zu den Häusern der Umgebung, ihrer Ausführung und Einrichtung, sowie nach dem Maß ihrer Benutzung sich in dem Rahmen halte, der für derartige Anlagen in Berlin und seinen Vororten üblich sei.

Hiergegen erhebt sich zunächst das Bedenken, ob nicht der Kreis der für die Vergleichung hinsichtlich der fraglichen Benutzungsart in Betracht kommenden Grundstücke vom BerRichter unzutreffend bestimmt worden ist. Für die Bestimmung des genannten Kreises ist als maßgebend zu erachten, inwieweit Grundstücke in der Umgebung des Grundstücks der Beklagten bezüglich gleichartiger Benutzungen als zusammengehörig zu gelten haben (vgl. JW. 10, 149, 236, GruchotsBeitr. 48, 605). Hinsichtlich der Gerüche verursachenden Grundstücksbenutzungen, um die es sich hier handelt, können aber in Anbetracht des großen Umfangs und der Verschiedenartigkeit der Bebauung von Berlin und seinen Vororten, und da Gerüche sich nicht weit zu verbreiten pflegen, einzelne Stadtteile in Hinblick auf die Frage der Ortsüblichkeit als für sich zusammengehörig anzusehen sein; namentlich dann, wenn sie durch die besondere Art der Bebauung (Villenstil, herrschaftliche Miethäuser) ein einheitliches charakteristisches Gepräge haben, durch das sie sich in erkennbarer Weise von anderen Stadtteilen unterscheiden (vgl. Gruchot 48, 605, JW. 10, 149). Die Klägerin hat nun behauptet, ihr Grundstück liege in einem Villenviertel; auch hat der vernommene Sachverständige das Haus der Klägerin als Villa bezeichnet. Es wäre daher vom BerRichter zu prüfen gewesen, ob nicht hinsichtlich der Frage der Ortsüblichkeit nur eine gleiche oder doch bezüglich der Gerüche als gleichartig zu erachtende Benutzung anderer Grundstücke in solchen Stadtteilen von Berlin und den Vororten in Betracht zu ziehen wäre, die ebenfalls Villenviertel sind, oder doch nach der Art ihrer Anlage und Bebauung dieser angeblichen Villengegend im wesentlichen gleichstehen.

Sodann ist, wenn die Einwirkung durch die Benutzung eine Anlage herbeigeführt sein soll, für die Frage der Ortsüblichkeit der Benutzung nicht, oder doch nicht stets allein entscheidend, ob die Anlage in gleicher oder im wesentlichen ähnlicher Weise hergestellt und eingerichtet ist wie Anlagen auf anderen Grundstücken in gleicher Lage. Vielmehr kommt es vornehmlich oder doch auch darauf an, ob im Hinblick auf die durch die Benutzung der

Anlage verursachte schädliche Wirkung die Art und das Maß dieser Benutzung gleich oder im wesentlichen gleich zu erachten ist der Art und dem Maß der Benutzung der Anlagen auf den anderen Grundstücken (GruchotsBeitr. 47, 955, WarnE. 09, Nr. 216; 10, Nr. 446). Der BerRichter erklärt nun zwar, daß das Maß der Benutzung der Bedürfnisanstalt der Beklagten dem bei anderen derartigen Anlagen in Berlin und seinen Vororten üblichen Maß entspreche. Jedoch ist damit nur das Maß der Benutzung durch das Publikum gemeint. Die Art und das Maß der Benutzung einer Bedürfnisanstalt umfaßt aber in Ansehung der schädlichen Wirkung auch die Art der Instandhaltung und das Maß des Betriebes der Anlage.

4. **RG.** 16. 10. 15, R. 16, Nr. 71, SeuffA. 71, 280. An der Ortsüblichkeit einer Einwirkung wird dadurch nichts geändert, daß die einwirkende Veranstaltung (Koksöfen) nachträglich vergrößert wird, wenn nur feststeht, daß auch ohne diese Vergrößerung die schädigende Einwirkung eingetreten wäre, und wenn weiter dargetan ist, daß auch unter Mitberücksichtigung der von der Erweiterungsanlage ausgehenden Zuführung sich die Beeinträchtigungen nicht empfindlicher bemerkbar machen als früher.

Für das Maß dessen, was nach § 906 an Einwirkungen zu dulden ist, entscheidet nicht die Art der Benutzung der Mehrzahl der Grundstücke, sondern die Auffassung der Bevölkerung; gegen Einwirkungen, die die Bevölkerung in ihrer Allgemeinheit als nach den örtlichen Verhältnissen üblich hinnimmt und erträgt, hat, wenigstens der Regel nach, der einzelne kein Verbietungsrecht.

5. **RG.** 18. 3. 16, LeipzZ. 16, 740, R. 16, Nr. 1302. Es ist unzulässig, für die Frage der Ortsüblichkeit der Einwirkungen innerhalb eines einheitlichen Gebiets zur Vergleichung geeignete Betriebe nur deshalb außer Betracht zu lassen, weil sie nach der bestehenden Verwaltungseinteilung zu einer anderen Ortsgemeinde oder einem anderen größeren Verwaltungsbezirk (Provinz) gehören, wie das Grundstück, von dem die Einwirkung ausgegangen ist. Eine Unterscheidung innerhalb des einheitlichen Wohn- und Wirtschaftsgebiets käme nur in Frage, wenn etwa einzelne Viertel vorhanden wären, die sich durch den besonderen Charakter ihrer Bebauungs- oder Bewohnungsweise auszeichnen (Villenviertel oder dgl.).

6. **RG.** 15. 4. 16, LeipzZ. 16, 1098, WarnE. 16, 219. Ortsüblichkeit eines Musikcafés in einer Wohnstraße, wenn daselbst noch zwei gleiche Cafés festgestellt sind. Der Begriff der Gewöhnlichkeit i. S. des § 906 ist wesentlich tatsächlicher Art und aus den gesamten dem Gericht unterbreiteten Umständen zu beurteilen; daher kann auch die Stellungnahme der Polizei berücksichtigt werden.

7. Hamburg 3. 6. 16, HansGZ. 16, Bbl. 253, R. 16, Nr. 1507. Die von einem Hobel- und Sägewerk ausgehenden Geräusche und Holzstaubeinwirkungen gehen in einer zum Wohnen bestimmten Gegend über das nach § 906 zu duldende Maß hinaus und genießen nicht den Schutz des § 26 GewO. Der Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks hat daher gemäß § 1004 BGB. einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung. Der Beklagte kann sich auch nicht auf §§ 16, 26 GewO. berufen. In § 16 sind die konzessionspflichtigen Gewerbe erschöpfend aufgezählt. Ein Säge- und Hobelwerk gehört nicht dazu. Wenn, wie hier, mit dem Werk eine konzessionspflichtige Dampfkesselanlage verbunden ist, so wird dadurch noch nicht der ganze Betrieb zu einem konzessionspflichtigen.

III. Einzelnes.

1. **RG.** 15. 5. 16, WarnE. 16, 263. Haftung für Funkenflug einer Lokomotive. Vgl. JDR. 13, Ziff. I 7.

2. Oppermann, 449. Die Frage der Schadenshaftung für das Überfliegen von Bienen auf das Nachbargrundstück ist nicht mit dem Reichsgericht (**RG.** 12, 173; 76, 130) aus § 906 zu entscheiden. Die Anlegung von Bienenstöcken ist ebensowenig ein Ausfluß des Rechts zum Grundstücksgebrauch wie das Halten zweier Hunde auf einem Grundstück; auch ist kaum zu entscheiden, welche Einwirkungen des Bienenschwarms „gewöhnlich"

i. S. des § 906 sind. Die Haftung des Bieneneigentümers ist vielmehr die des Tierhalters aus § 833 und zwar die beschränkte aus § 833 Satz 2.

IV. Prozessuales. Passivlegitimation.

Karlsruhe 23. 1. 15, BadRpr. 16, 179. Gegenstand eines Rechtsstreits aus § 906 ist die Frage, inwieweit der Eigentümer eines Grundstücks kraft Nachbarrechts auf das Nachbargrundstück einzuwirken berechtigt ist, d. h. das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, das für das Grundstück in Anspruch genommen wird.

Die Klage aus §§ 906, 1004 ist nicht gegen den Eigentümer schlechthin, sondern gegen den Störer zu richten, ohne Rücksicht darauf, ob er Eigentümer ist oder nicht. Der Eigentümer erscheint aber selbst als Störer, wenn er trotz des ihm zustehenden Untersagungsrechts duldet, daß ein Dritter, z. B. sein Mieter, unzulässige Eingriffe in das Eigentum des Nachbargrundstücks vornimmt.

§ 909.

Marwitz, Zur Auslegung des § 909 BGB., JW. 16, 1179. Die herrschende Meinung hält die Vertiefung eines Grundstücks schon dann für unzulässig, wenn dadurch das auf dem Nachbargrundstück errichtete Gebäude gefährdet wird, gleich, ob dieses vorschriftsmäßig gebaut ist oder nicht. Diese Ansicht geht zu weit, sie zwingt den, der ortsüblich sein Grundstück bebauen will, im Interesse eines nachlässig bauenden Nachbarn zu unverhältnismäßigen Aufwendungen. In Anwendung des in den §§ 1024 und 1060 BGB. enthaltenen Rechtsgrundsatzes, daß bei Zusammentreffen mehrerer gleichartiger Grundstücksrechte die Ausübung der Rechte eine dem den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung erfahren muß, wird man in § 909 unter der erforderlichen Stütze nur eine solche verstehen, die einem ordnungsmäßig gebauten und unterhaltenen Gebäude Halt gewährt. Genügt diese Stütze wegen mangelhafter Beschaffenheit des Nachbargebäudes nicht, dann kann der vertiefende Eigentümer die weiteren Schutzmaßnahmen dem Nachbar überlassen. Dabei hat jeder Eigentümer bei der Bebauung seines Grundstücks nur die Verhältnisse zu berücksichtigen, wie sie zur Zeit seines Baues liegen, und er kann beanspruchen, daß auch bei einer Änderung der Verhältnisse auf diesen Bau Rücksicht genommen wird.

§ 910.

Luks, 975ff. Zur Auslösung des Selbsthilferechts aus § 910 genügt eine bloße Benutzungsbeeinträchtigung, Schadenszufügung ist nicht erforderlich. Eine für die Zukunft zu befürchtende Beeinträchtigung reicht aus. Das Selbsthilferecht steht nur dem Eigentümer, nicht dem bloßen Besitzer des Nachbargrundstücks zu. Die dem Baumeigentümer zu setzende Frist für die Beseitigung von Zweigen muß angemessen sein nicht nur ihrer Dauer, sondern auch dem Zeitpunkt der Beseitigung nach. Sie ist an den derzeitigen Besitzer des Baumes zu richten. Will dieser die Wurzeln oder Zweige selbst beseitigen, so muß er es von seinem Grundstück aus tun. § 910 gilt auch für überragende Wurzeln oder Zweige von Baumreihen, Hecken usw., nicht aber für den ganzen Baum oder Teile desselben. Ragt ein Stamm über die Grenze, so kann seine Beseitigung nur nach § 1004 BGB. verlangt werden.

§ 912.

1. Bourier, Überbauung, BayNotZ. 16, 41, insbes. 46. Auf das Überbaurecht als einen Bestandteil der gesetzlichen Eigentümerrechte kann nicht verzichtet werden, nur auf die Ausübung dieses Eigentümerrechts, worin dann die Belastung des Überbaugrundstücks zugunsten des Nachbargrundstücks mit einer Grunddienstbarkeit nach § 1018 letzterer Fall zu erblicken wäre.

2. **RG.** 15. 1. 16; 88, 39, LeipzZ. 16, 690, WarnE. 16, 84. Überbau liegt auch vor, wenn mangels genauer Lotung eine Mauer schon beim Erbauen durch Ausbuckelungen in den nachbarlichen Luftraum ragt; unter Grenze wird nicht nur die auf dem Erdboden

laufende Linie, sondern zugleich eine senkrecht auf dieser Linie als errichtet zu denkende Fläche verstanden. Absichtliche Grenzüberschreitung ist in § 912 nicht vorausgesetzt, andererseits genügt zum Ausschluß der Duldungspflicht grobe Fahrlässigkeit bei der Bauausführung.

3. **RG.** 15. 12. 15; 87, 371. Eine entsprechende Anwendung des § 912 ist ausgeschlossen, wenn der Nachbar das Bebauen einer Teilfläche des angrenzenden Grundstücks auf Grund eines Dienstbarkeitsrechts verbieten kann (**RG.** 47, 260, JW. 02, Beil. 258). Dasselbe gilt, wenn der Nachbar durch Nichtbeachtung der landesgesetzlich vorgeschriebenen Abstandsgrenze gegen ein unbedingtes besonderes Verbotsgesetz verstoßen und das Landesgesetz die Folgen der Zuwiderhandlung selbst vorgeschrieben hat.

→ Das Festhalten des RG. an seinem gebäudefeindlichen Standpunkt ist bedauerlich; es bleibt der wirtschaftlich unbefriedigende Widerspruch ungelöst, wonach das rechtlich stärkste Recht, das Eigentum, durch § 912 zur Duldung fremden Baues verpflichtet wird, während die schwächere Grunddienstbarkeit oder das landesrechtliche Recht auf Abstand die Kraft hat, baulichen Übergriffen durch Beseitigung des Bauwerks zu begegnen. ←

4. Giebelmauer (vgl. JDR. 13, Ziff. 4 zu § 912 und § 921, JDR. 14, Ziff. 2). a) Droste, Das Anbauen an eine übergebaute Giebelmauer, GruchotsBeitr. 60, 251 ff. Der übergebaute Teil der Giebelmauer kann nicht als Überbau im Sinne des § 912 angesehen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Überbaurente gehen von der Auffassung aus, daß der Überbau Bestandteil des Grundstücks des Bauenden und deshalb auch den Hypothekengläubigern verhaftet ist. Schon daraus ist zu folgern, daß ein Gebäudeteil, welcher nicht Bestandteil des Gebäudegrundstücks ist, kein Überbau im gesetzlichen Sinne sein kann. Der übergebaute Teil ist aber nicht Bestandteil des Grundstücks des Erstbauenden. . . . Der § 912 behandelt ausdrücklich nur den Fall, daß der Bauende sich für den Eigentümer der Bodenfläche hält, auf welcher er den Überbau errichtet. Es wird dann weiter ausgeführt, daß der übergebaute Teil der Giebelmauer stets, auch gegen den übereinstimmenden Willen der Nachbarn, mit seiner Errichtung wesentlicher Bestandteil des Nachbargrundstücks und damit Eigentum des Zweitbauenden wird und daß dieses Ergebnis auch praktisch nicht unbefriedigend sei.

b) Nürnberg 16. 12. 15, BayRpflZ. 16, 156. Das Recht auf Ersatz des Werts der halben Mauer wird im Anschluß an RGRKomm., Anm. 5 zu § 95 abgeleitet aus der Analogie mit § 912, 95 Abs. 1 Satz 2. Eigentum der ganzen Mauer beim Erbauer — und § 812 — Eigentumsübergang des übergebauten Mauerteils infolge des Anbaus auf den Nachbar, daher dessen Ersatzpflicht aus ungerechtfertigter Bereicherung. Daneben wird der Gesichtspunkt des stillschweigenden Vertragsschlusses verwertet.

§ 917.

1. **RG.** 22. 12. 15; 87, 424, BayRpflZ. 16, 92, GruchotsBeitr. 60, 673, JW. 16, 404, LeipzZ. 16, 675, R. 16, Nr. 463, SeuffA. 71, 159. Die Notwegrentenpflicht beginnt nicht erst mit dem Beginn der Wegeherstellung, sondern mit dem Augenblick, in dem bei vorhandener Wegenot das Verlangen zur Einräumung des Notwegs gestellt wird. Das ergibt sich aus der analogen Anwendung des § 912 Abs. 2. Wie beim Überbau mit der Grenzüberschreitung, so wird beim Notweg mit dem Duldungsverlangen die gesetzliche Eigentumsbeschränkung in die Tat umgesetzt und die Wertminderung des Grundstücks herbeigeführt.

2. **RG.** 22. 12. 15, JW. 16, 404, R. 16, Nr. 461 ff. Das RG. läßt offen, ob der auf Einräumung eines Notwegs Beklagte einwenden kann, durch Beanspruchung eines Notwegs über das Grundstück eines anderen Nachbars werde dem Bedürfnisse besser genügt. Der Beklagte kann den Kläger jedenfalls dann nicht auf das Grundstück eines anderen Nachbars verweisen, wenn bei letzterem durch den Notweg öffentliche Interessen verletzt werden.

3. Kassel 29. 11. 15, SeuffA. 71, 157. Maßgebend für die Frage, ob, in welcher Richtung und in welchem Umfang ein Notwegerecht besteht, ist stets das wirtschaftlich gerecht-

fertigte Bedürfnis auf unmittelbare Benutzung des Grundstücks, für das der Notweg beansprucht wird. Das Grundstück des Beklagten ist mit einem Doppelwohnhaus bebaut, das in einzelnen Stockwerken an Offiziere und Beamte vermietet ist. Soll ein solches Haus seinem wirtschaftlichen Charakter gemäß ben utzwerden, so ist eine gut instand gehaltene, feste, reinliche Verbindung mit dem städtischen Straßennetze nicht eine besondere Bequemlichkeit für die Bewohner, sondern für eine zweckentsprechende Benutzung des Grundstücks erforderlich. . . . Die vom Kläger zugestandene Notwegeverbindung entspricht nicht den gerechtfertigten Ansprüchen, die an ein solches Anwesen zu stellen sind.

§ 922.

RG. 6. 5. 16, BayRpflZ. 16, 321, R. 16, Nr. 1123—1125, WarnE. 16, 264. Ein zwischen zwei Grundstücken verlaufender, die Grenze in sich aufnehmender Zwischenraum, eine sog. „Reihe", ist eine Grenzeinrichtung i. S. des § 922. Eine Veränderung, die einer der Nachbarn an der Reihe vornimmt, löst, wenn dadurch die Mitbenutzung des anderen Teils beeinträchtigt wird, dessen Anspruch auf Beseitigung, ev. Unterlassung der Störung aus (§ 922 mit §§ 743 Abs. 2, 1004, 1027). Eine Störung in diesem Sinn ist aber dann nicht gegeben, wenn das als beeinträchtigend angegriffene Verhalten des Nachbarn gar nicht die Reihe selbst betrifft, sondern sich streng auf das außerhalb ihrer liegende Grundeigentum des Störers beschränkt. Dies ist vorliegend der Fall, wenn der Nachbar seine an die Reihe stoßende Hausmauer erhöhen will, ohne die Reihe selbst irgendwie anzutasten.

§ 923.

1. Luks, 980ff. Der Baum auf der Grenze steht im Miteigentum beider Nachbarn, seine Früchte gehören ihnen zu gleichen Teilen. Jeder Nachbar kann Beseitigung des Baumes verlangen, wenn nicht nachgewiesen wird, der Baum diene als Grenzzeichen, wogegen andererseits dem, der Beseitigung beansprucht, der Gegenbeweis offensteht, daß der Baum durch ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen zu ersetzen sei. Die Teilung des gefällten Baumes erfolgt durch Zerlegung in gleiche Teile, wonach durch das Los entschieden wird, wem der einzelne Teil zufällt (§ 752 BGB.). Die Beseitigungskosten tragen die Nachbarn zu gleichen Teilen. Verzichtet ein Nachbar auf seinen Anteil am gefällten Baum, so hat der andere die ganzen Kosten zu tragen, er erwirbt aber auch Alleineigentum. Nur der Verzicht des Nachbars führt diese Folge herbei, nicht schon der Umstand, daß der eine Nachbar die Kosten zunächst verauslagt hat, sie aber von dem anderen gütlich nicht erlangen kann. Doch hat der Verauslagende an den dem anderen zustehenden Baumteilen ein Zurückbehaltungsrecht.

2. *Dickel, Forstzivilrecht 810 wendet diese Vorschrift wegen Rechtsähnlichkeit auf den Fall an, daß ein angeschossenes Stück Wild auf der Grenze verendet. Er hält sich hier nicht an die körperliche Lage, läßt vielmehr mit der Aneignung des Tieres durch den Schützen oder den Jagdnachbar Miteigentum zu gleichen Teilen entstehen.

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

§ 925.

1. Rostock 24. 8. 14, MecklZ. 34, 194, SeuffA. 71, 18. Das Landesrecht kann die Auflassung in einem Prozeßvergleich zulassen.

2. Dresden 10. 4. 15, ZBlFG. 16, 679. Die Auflassung eines der offenen Handelsgesellschaft gehörigen Grundstücks an den das Geschäft fortführenden Einzelgesellschafter ist nur dann entbehrlich, Anwachsung findet nur dann statt, wenn der Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen hat (**RG.** 65, 227).

§ 928.

Über Herrenlosigkeit des Grundstücks und Jagdrecht vgl. *Dickel, Forstzivilrecht 835 (Neigung zu der Annahme einer juristischen Person).

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

Schrifttum: Reichel, Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb, GrünhutsZ. 42, 173. — Schneider, Der Begriff der Übergabe nach § 929 und § 1205 BGB. bei offenem Besitz, BayRpflZ. 16, 383.

§ 929.

1. **RG.** 12. 5. 16, R. 16, Nr. 1126. Nur individuell bestimmte Sachen können Gegenstand einer Besitz- und Eigentumsübertragung sein. Dabei ist nicht immer erforderlich, daß die zu übereignenden Sachen einzeln angeführt werden; es genügt auch eine sie zusammenfassende verkehrsübliche Bezeichnung, z. B. der Ausdruck Warenlager. Wird aber statt solcher Bezeichnung eine Aufzeichnung der einzelnen Waren gewählt, so bedarf es deren genauer Individualisierung, mögen sie auch tatsächlich das ganze Warenlager umfassen.

2. Im Falle der Einziehung läßt *Dickel, Forstzivilrecht 872 das Eigentum auf den Staat ohne Übergabe übergehen.

3. Schneider. Unter Übergabe im Sinne der §§ 929 und 1205 BGB. ist die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache im Sinne des § 854 BGB. zu verstehen. Dabei erscheint die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache hier als Mittel zur Kundmachung des Eigentumsüberganges oder der Pfandbestellung (**RG.** 74, 148). Zur Eigentumsübertragung oder Pfandbestellung wird daher auch nur ein solcher Besitzwechsel geeignet sein, der sich auch äußerlich an der Sache selbst kundgibt, nicht in dem Sinne, daß er von allen anerkannt werden könne (**RG.** 77, 208). Da aber der Besitzübergang nach § 854 Abs. 2 BGB. sich nach außen an der Sache selbst überhaupt nicht kundgibt und kundzugeben braucht, dürfte er bei offenem Besitz zur Eigentumsübertragung oder Verpfändung nicht geeignet sein. Auch bei offenem Besitz wird daher nur die tatsächliche durch Besitzergreifung erlangte Gewalt über die Sache im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB. als Übergabe gelten können.

Wenn nun im Vorstehenden der Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 nur deshalb als zum Vollzuge der Übergabe nach §§ 929 und 1205 BGB. ungenügend abgelehnt wurde, weil der Besitzwechsel nach § 854 Abs. 2 sich nicht äußerlich an der Sache selbst kundgibt, genügt es dann, wenn dieser durch bloße Willenseinigung vollzogene Besitzwechsel durch ein äußerliches Zeichen kenntlich gemacht wird? Kann der Landwirt in X. sein in Y. auf seinen Äckern liegendes abgeerntetes Getreide einem Dritten in Z. dadurch verpfänden, daß er die Willenseinigung nach § 854 Abs. 2 BGB. dadurch äußerlich kundmacht, daß er an dem Getreide eine Tafel „Verpfändet" anbringt? Die Frage wird zu verneinen sein, da der Besitzwechsel nur dann als geeignetes Mittel zur Kundmachung des Eigentumsüberganges oder der Pfandbestellung erscheint, wenn dadurch die Sachen dem tatsächlichen Machtbereich des Übergebers entzogen werden, nicht aber, wenn in dieser Hinsicht alles beim alten bleibt (**RG.** 74, 148). Derartige Zeichen und Aufschriften dürften daher nur die Bedeutung haben, daß der Eigentümer der Sache obligatorisch verpflichtet ist, sie einem Dritten zu übergeben.

§ 930.

Sicherungsübereignung.

1. Neukamp, BankA. 15, Nr. 6, 7 bekämpft die Sicherungsübereignung als eine zivilrechtliche Sumpfpflanze, die nicht aus einem ehrlichen und wirklichen Kreditbedürfnisse herausgewachsen sei. Hallbauer, BankA. 15, 261 verteidigt sie dagegen wieder, will sie allerdings gesetzlich auf die Sachen beschränken, die in der Hand des Übereigners zum Gebrauch oder zur Benutzung bestimmt sind, nicht aber bei Dingen zulassen, die der Übereigner verbrauchen oder veräußern will.

2. **RG.** 17. 12. 15, LeipzZ. 15, 383, R. 16, Nr. 464, 467. Ein später in Konkurs ver-

fallener Gewerbetreibender hatte dem Kläger zur Sicherung eines Kredits sein Geschäftsinventar mit der Vereinbarung übereignet, daß er selbst die Sachen bis zur Fälligkeit der Schuld unentgeltlich benutzen könne und daß die von ihm angeschafften Ersatzstücke an die Stelle der alten treten sollten. Die Annahme, daß die Ersatzstücke in das Eigentum des Klägers getreten seien, wird gebilligt: Es steht nichts entgegen, daß jemand, der weder Eigentümer noch Besitzer ist, Eigentum gemäß § 930 für den Fall überträgt, daß er später Besitz und Eigentum erwerben sollte. Den Willen, die Ersatzstücke vertragsgemäß für den Kläger zu besitzen, hat der Gemeinschuldner dadurch zu erkennen gegeben, daß er sie zusammen mit den anderen dem Kläger übereigneten Sachen in seinem Gewerbebetriebe benutzte. Einer Mitteilung an den Kläger, daß und welche Ersatzstücke angeschafft seien, bedurfte es zur Übertragung des Eigentums nicht.

3. **RG.** 14. 3. 16, R. 16, Nr. 1900. Bleiben bei einer Mobiliarversteigerung die versteigerten Sachen auch nach dem Zuschlag noch im Besitze des Schuldners, so geht das Eigentum auf den Ersteher über, sobald zwischen ihm und dem Schuldner ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 vereinbart ist. Übergabe ist die Einräumung der tatsächlichen Gewalt über die Sache im Sinne des § 854. Sie kann in der mannigfaltigsten Art erfolgen, aber immer muß es sich bei ihr nicht um die Einräumung einer rechtlichen Befugnis, sondern um die Einräumung einer tatsächlichen Gewalt handeln, sie muß ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis des Erwerbers über die Sache herstellen. Die dem Ersteher gemachte protokollarische Eröffnung, daß nunmehr der Besitz der Sachen auf ihn übergegangen sei, läßt nun allerdings die Deutung und Beurteilung zu, es sei damit nur eine rechtliche Befugnis dem Ersteher eingeräumt, die tatsächliche Herrschaft über die nach dem Verkauf in der Wohnung der Schuldner verbliebenen Sachen habe aber der Ersteher dadurch nicht erlangt. Es kann das indessen dahingestellt bleiben. Der Erfolg der Versteigerung nach der dinglichen Seite war jedenfalls der, daß die zur Eigentumsübertragung erforderliche Einigung unter Mitwirkung des Gerichtsvollziehers zustande kam und die durch die Pfändung geschehene Verstrickung beseitigt wurde; im übrigen blieben aber die Schuldner alleinige unmittelbare Besitzer. Es bedurfte mithin noch zur Vollendung des Eigentumsüberganges auf den Erwerber der körperlichen Übergabe oder der Vereinbarung eines sie ersetzenden Rechtsverhältnisses. Diese Vereinbarung ist dann jedenfalls mit dem Abschlusse des schriftlichen Mietsvertrags erfolgt.

4. München 15. 6. 16, HoldheimsMSchr. 16, 224. Sicherheitsübereignung eines Warenlagers (vgl. JDR. 13, Z. I zu § 930). Es soll anerkannt werden, daß ein Rechtsverhältnis, durch das der Vermögenswert dem Gläubiger gehören, Nutzungsrecht und Verwaltungspflicht aber dem Veräußerer verbleiben soll, der die Einnahmen im Sinne und für Rechnung des Gläubigers zu verwenden hat, ein kommissionsähnliches genannt werden, und daß ein solches Verhältnis mittelbaren Besitz begründen kann. Trotzdem ist aber das Eigentum an dem Warenlager nicht in der beabsichtigten Weise übergegangen, weil die Parteien sich nicht an die zutreffende Regelung des Vertrags gehalten haben. Es war zur Durchführung des kommissionsähnlichen Rechtsverhältnisses die Eintragung der vorhandenen Waren und Materialien in ein Buch vereinbart, aus welchem die Übertragung ersichtlich sein mußte und die Ergänzung monatlich nachzutragen war, während bei Neubeschaffungen die Gesellschaft durch Selbstkontrahieren und Eintragung in das Buch das Eigentum auf den Gläubiger zu übertragen hatte. Diese zur Erkennbarkeit des klägerischen Eigentums notwendige Regelung ist nicht eingehalten, insbes. sind die Eintragungen nicht bzw. unzureichend ausgeführt worden.

5. LG. Darmstadt 22. 6. 16, HessRspr. 16, 149. Ungültigkeit einer Sicherheitsübereignung von Verbrauchsgegenständen. Der Schuldner hatte unter gleichzeitigem Abschluß einer Leihe dem Gläubiger gemäß § 930 eine Anzahl Schlacht- und Haustiere übereignet, also solcher Tiere, die zum Verbrauch durch Schlachten bestimmt waren. Der Leihvertrag an verbrauchbaren Sachen ist unwirksam; Leihe ist Überlassung zum Gebrauch, die Leihe setzt also normalerweise Gebrauchs-, nicht Verbrauchsgegenstände voraus.

6. LG. Halberstadt (ohne Datum), NaumburgAK. 16, 51. Es ist allgemein anerkannt, daß die Verpfändung (auch ein ihr gleichkommender Sicherheitskauf) eines Inbegriffs von Sachen mit der Bestimmung, daß die vom Verpfänder bestimmungsgemäß anderweit veräußerten Sachen in die Pfandhaft eintreten, zulässig und rechtswirksam ist. Ein gleiches muß aber auch bei Verpfändung von Einzelsachen gelten, vorausgesetzt, daß auch an den Ersatzstücken mittels Besitzwandels (sog. constitutum possessorium § 930 BGB.) für den Pfandgläubiger mittelbarer Besitz erlangt wird. Die Klägerin hat also im vorliegenden Fall dann Besitz und damit das Eigentum an den Ersatzpferden erlangt, wenn A. in Ausführung der Vereinbarung eine äußerlich in die Erscheinung getretene Ausführungshandlung vorgenommen hat, welche den Übertragungswillen des A., für die Klägerin den mittelbaren Besitz zu ergreifen, erkennbar macht (RG. 56, 54, JW. 03, Beil. 143). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

§ 932.

1. Reichel, Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb, GrünhutsZ. 42, 173 erörtert den guten Glauben beim Fahrniserwerb nach deutschem, österreichischem und schweizerischem Rechte für den Fall des Eigentumserwerbes vom Nichteigentümer. Wer am Rechte des Vormanns zweifelt, alles zur Aufklärung Dienliche und Mögliche getan, aber gleichwohl den Zweifel nicht behoben hat, ist nicht gutgläubig. Er handelt im Bewußtsein möglicher Unrechtmäßigkeit seines Erwerbs. Der § 932 steht nur scheinbar entgegen. Der § 142 ist analog anzuwenden (196). — Der Glaube, der Veräußerer sei, obschon nicht Eigentümer, so doch als Bevollmächtigter, Vormund, Ehemann oder aus anderem Rechtsgrunde zur Verfügung über die ihm fremde Sache befugt, schließt den schlechten Glauben nicht aus (203). — Gutgläubiger Erwerb ist allemal dann ausgeschlossen, wenn der Erwerber schlechtgläubig ist bei Eintritt irgend eines für seinen Erwerb erforderlichen Tatumstandes (206 ff.). — Wer in allen hiernach kritischen Zeitpunkten gutgläubig ist, der erwirbt, mag er auch zu anderer Zeit schlechtgläubig sein; wer auch nur in einem einzigen der kritischen Zeitpunkte schlechtgläubig ist, der erwirbt nicht, mag er auch zu anderer Zeit gutgläubig sein (217 ff.). — Die Beweislast hat der Gegner des Erwerbers; er muß beweisen, daß der Erwerber im kritischen Zeitpunkt schlechtgläubig war (221 ff., 230). — Erfolgt die Veräußerung an mehrere gemeinschaftlich zu Miteigentum, so erwirbt der Gutgläubige seine Quote trotz der Schlechtgläubigkeit seines Genossen. Es entsteht dann Miteigentum zwischen dem gutgläubigen Miterwerber und dem alten Eigentümer (232). — Bei Veräußerung an Gesamthänder findet ein Erwerb nicht statt, wenn auch nur ein einziger Gesamthänder schlechtgläubig ist (236). — Die dem Gerechtigkeitsgewissen schroff widersprechende Vorschrift des § 166, wonach die Schlechtgläubigkeit des Vertretenen grundsätzlich nicht schadet, wird dadurch gemildet, daß die Weisungen im Sinne des § 166 generelle sein können und nicht etwa nur bindende Weisungen in Betracht kommen (242). — Schlechter Glaube des falsus procurator schadet dem Vertretenen, der hinterher seinerseits gutgläubig genehmigt. Schlechtgläubigkeit des Vertretenen hindert den Erwerb, auch wenn der falsus procurator gutgläubig war (243 f.). — Der schlechte Glaube des Geschäftszeugen, Beurkundungsgehilfen — Notars —, Boten schadet nicht, der des Beraters und Beistands, Vermittlers, Kommissionärs schadet (248 ff.). — Wer vom gutgläubigen Zwischenerwerber eine Sache erwirbt, erwirbt sie vom Eigentümer. Er gewinnt daher das Eigentum auch dann, wenn er in Ansehung der Rechtmäßigkeit des Erwerbes seines Zwischenmanns schlechtgläubig ist. Wer aber schlechtgläubig einen Gutgläubigen zum Erwerbe veranlaßt hat in der Absicht, demnächst von diesem zu erwerben, kann aus dessen Gutgläubigkeit einen eigenen Erwerb kraft Rechtsnachfolge nicht herleiten; veräußert der Gutgläubige an ihn, so springt das Eigentum auf den ursprünglichen Eigentümer zurück, da der Zwischenerwerber es aufgegeben und der Nichtberechtigte es nie gehabt hat (256 ff.).

2. Begriff der grobfahrlässigen Unkenntnis. a) Augsburg 13. 5. 16, BayRpflZ. 16, 361. Zwar besteht im allgemeinen für den Käufer keine Pflicht, Nachforschungen

über die Vertrauenswürdigkeit und die rechtliche Befugnis des Veräußerers zum Verkauf anzustellen. Wenn aber begründete Bedenken gegen die Verfügungsbefugnis des Verkäufers bestehen, so ist es im hohen Grade leichtsinnig, wenn sich der Käufer nicht mindestens durch Nachfrage beim Verkäufer vergewissert, ob denn dieser über den Kaufgegenstand rechtswirksam zu verfügen verpflichtet ist. Die Verabsäumung dieser Pflicht ist erst recht leichtsinnig, wenn die Herkunft der Sache so leicht festgestellt werden kann wie hier. Leichtsinniges Verhalten kann aber gleichfalls als grobe Fahrlässigkeit erachtet werden.

b) Posen 23. 3. 16, PosMSchr. 16, 31. Grobe Fahrlässigkeit, eine besonders schwere Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, ist unanbestandet auch schon dann anzunehmen, wenn sich hinreichende Verdachts- oder Zweifelsgründe für den Erwerber ergeben, und dieser sich darüber hinwegsetzt, um im Dunkeln zu bleiben.

§ 935.

Hamburg 30. 3. 16, LeipzZ. 16, 1058, R. 16, Nr. 1127. Bei einer auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt verkauften und dem Käufer übergebenen Sache wird diese weder dadurch zu einer „abhanden gekommenen", daß der Verkäufer die Sache dem Käufer wegnimmt, noch dadurch, daß später der Käufer sie mit Hilfe der Polizei sich wieder holt. Wenn nach § 935 der gutgläubige Erwerb auch ausgeschlossen wird, wenn die Sache dem unmittelbaren Besitzer abhanden gekommen ist, so kommt doch ein solcher Fall naturgemäß dann nicht in Frage, wenn der Eigentümer und mittelbare Besitzer die Sache selbst an sich bringt. Er selbst kann sich auf solches Vorgehen nicht berufen. Andererseits zeigt gerade dieser zweite Satz des § 935 Abs. 1, daß da, wo die Sache in Händen eines Besitzers für den Eigentümer ist, diesem Besitzer die Sache durch Tun eines Dritten abhanden gekommen sein muß.

II. Ersitzung.

§ 937.

Peters, Die Ersitzbarkeit von Gegenständen öffentlichen Eigentums, in besonderer Beziehung auf Stücke aus Archiven des Staates oder anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften in Preußen, PrVerwA. 24, 167, verneint diese Ersitzbarkeit.

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

§ 946.

RG. 13. 11. 15, R. 16, Nr. 72. Auch bei zusammengesetzten Maschinenanlagen ist der Eigentumsverlust hinsichtlich jedes einzelnen, zunächst als selbständige Sache gelieferten Gegenstandes zu prüfen.

§ 950.

1. Hamburg 8. 4. 16, HansGZ. 16, Beil. 274, R. 16, Nr. 1128. Zwar erwirbt Eigentum durch Verarbeitung fremden Stoffes der, der ohne den Willen, Eigentum zu erwerben, die Verarbeitung vornimmt, aber es liegt kein Grund vor, die Vorschrift soweit auszudehnen, daß der Verarbeiter auch gegen seinen Willen Eigentum erwerben soll. Der Fall, daß jemand aus fremdem Stoff eine fremde Sache schaffen will, wird durch § 950 nicht getroffen.

2. Joerges, Wem gehören die Küken, dem Eigentümer der Eier oder dem der Bruthenne? R. 16, 642. Die Bruten werden meist vom Menschen veranlaßt. Eine Bruthenne wird von ihrem Eigentümer den Eigentümern brutfähiger Eier gegen Vergütung überlassen. Die Eiereigentümer beaufsichtigen und leiten die Brut. Die durch ihre Mithilfe ausgebrüteten Küken fallen nach § 950 in das Eigentum des die Brut leitenden Züchters. Wo die Brut ohne menschliche Tätigkeit vor sich geht — wilde Brut — kommt nur § 953 in Frage. Bebrütet eine Bruthenne fremde Eier, so gelten die Küken als ihr Erzeugnis; denn das Küken ist 2—3 mal so viel wert als das Ei.

3. Emge, Das Moment der Neuheit in § 950 BGB., AZivPr. 114, 23. Der Begriff der Neuheit in § 950 ist ein wesentliches Tatbestandsmerkmal des Spezifikationsbegriffs.

Es ist nicht ausreichend, ihn mit der herrschenden Meinung mit dem Hinweis auf die Verkehrsauffassung zu definieren. Auch die Theorie Bechmanns, nach der eine neue Sache da gegeben sein soll, wo eine von der Sprache mit einem neuen Namen bezeichnete neue Form vorliegt, versagt schon mit Rücksicht auf § 950 Abs. 2 (Beschreiben, Bemalen, Bedrucken usw.). Andererseits ist es nicht angängig, den Begriff der „Neuheit" überhaupt für der Begriffsbestimmung entzogen zu erachten (Fischer, Sokolowski). Nach dem Zweck des Gesetzes soll die produktive Arbeit geschützt werden. Produktion ist die Hervorbringung von Sachgütern, d. h. die Erzielung eines technischen Erfolgs, die bewußte Herstellung eines „Gutes", d. i. eines brauchbaren Erzeugnisses. Das Sachgut muß Gebrauchswert und Nutzen besitzen, d. h. Ware sein. Im Gegensatz zur Produktion stehen: die erhaltende oder Schutztätigkeit, die den Güterbestand nicht vermehrt, sondern sichert (Reparatur, Rekonstruktion), ferner die konsumierende Tätigkeit, die darin besteht, daß ein Sachgut entweder ohne objektiven Zweck zerstört wird, seinen Zweck als Genußgut erfüllt oder zum Zweck neuer Güterbeschaffung aufgebraucht wird, endlich die fördernde Tätigkeit, d. i. einmal eine solche, die nur als Bedingung für die produktive Tätigkeit erscheint, sodann aber auch die Arbeit, die den objektiven Charakter des „Gutes", die Eigenschaft als Ware zwar erstrebt, aber nicht erreicht (unvollendete, Teilarbeit).

Alles das, worin das Wesen der produktiven Arbeit zu erblicken ist, ist in § 950 ausschließlich durch das Wort „neu" zum Ausdruck gebracht. Aus dem Produktionsgedanken ergibt sich, daß unter „neu" nur ein Sachgut höherer Ordnung verstanden werden muß. Die Rangordnung der Güter beruht auf dem Gedanken, daß die Umwandlung der Güter so lange stattfinden muß, bis ihr letzter Zweck, die Möglichkeit sofortigen Genusses erreicht ist (Brot als Sachgut höherer Ordnung im Gegensatz zu Mehl, Salz und Feuerung). Entscheidend für den Übergang von einer Klasse zur anderen ist der durch Arbeit erzielte Charakter eines besonderen Gutes mit besonderem, nur ihm eigenen Zweck. Der Übergang von einem Gut in ein solches gleicher oder niederer Ordnung ist von der Spezifikation ausgeschlossen.

Beispiele: Unterschied zwischen Reparatur (Rekonstruktion) und Spezifikation: Der Gelehrte, der den Krönungswagen Josephs I. im alten Stil wiederherstellt im Gegensatz zu dem Möbeltischler, der einen alten verfallenen Schlitten aus dem 17. Jahrhundert für den modernen Gebrauch zurechtmacht. Wer einen Brief schreibt, spezifiziert nicht, sondern konsumiert, wohl aber hat der Mönch, der vor Erfindung des Druckes eine Bibel geschrieben, ein neues Gut geschaffen.

Bei Teilarbeitern zur Erzielung einer Ware kommt es darauf an, ob im Verkehr das Ergebnis des einzelnen Prozesses als selbständige Ware gewertet wird oder nicht (Beispiel: Der Stuhl ohne Lehne ist unfertige Ware, das Holzgestell des Klubsessels, das vom Schreiner zur Lederpolsterung verkauft wird, ist ein fertiges Gut). Wird aus einem ganz anderen, zuvor zerstörten, Gut ein neues hergestellt, so liegt Konsumtion mit Produktion vermischt vor (Einschmelzen eines Metallgefäßes: Konsumtion, Neuverarbeitung zu einem Leuchter: Produktion).

Nach dem Ergebnis der Untersuchung wäre § 950 wie folgt zu fassen: „Wer eine neue Ware höherer Art herstellt, erwirbt das Eigentum an ihr, wenn das neue Erzeugnis durch seine Tätigkeit zustande kommt."

§ 952.

*Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZBlFG. 16, 600ff. Dem Sparkassengläubiger steht das Eigentum an dem Sparkassenbuch zu.

§ 956.

1. Augsburg 13.5.16, BayRpflZ. 16, 361. Verkauf von Holz auf dem Stamm. Die Kläger'n macht geltend, W. habe das Eigentum an dem Holz mit der Trennung erlangt, da ihm das Fällen des Holzes gestattet sei. Diese Auffassung ist nicht richtig. Wenn X. mit W. vereinbarte, daß die Bäume zwar gefällt, aber erst nach Bezahlung des ganzen

Kaufpreises abgefahren werden dürfen, so ist damit das Recht des W., sich das Holz anzueignen, von der bis jetzt nicht erfüllten Bedingung abhängig gemacht worden, daß erst der ganze Kaufpreis gezahlt werde. W. schuldet heute auf den Kaufpreis noch etwa 1600 M.

2. Rostock 18. 5. 16, MecklZ. 35, 51ff. bes. 59. Der Eigentümer hatte der Klägerin gestattet, sich das im unausgedroschenen Getreide enthaltene Korn, damals Bestandteil der Garben, anzueignen. Er hatte zugleich der Klägerin den Besitz dieser Garben übertragen. Hieraus folgt, daß das Korn mit der Trennung, d. h. mit dem Dreschen Eigentum der Klägerin wurde.

V. Aneignung.

§ 958.

1. Delius, Wegnahme von auf einem Schlachtfelde zurückgebliebenen Sachen, Kriegsandenken, R. 16, 29 tritt der Ansicht von Friedrichs, GesuR. 17, 131 (JDR. 14, Ziff. 3) entgegen, wonach diese Sachen herrenlos seien und ihre Aneignung nicht verboten sei. Das sog. Beuterecht ist im BGB. nicht geregelt. Es richtet sich nach dem öffentlichen Rechte.

2. *Dickel, Forstzivilrecht 851ff. vertritt den Standpunkt, daß Abs. 2 reichsgesetzlich nur den Eigentumserwerb des Wilderers verbiete, folglich der Wissenschaft für die Annahme Raum lasse, daß durch die Aneignungshandlung des Wilderers der Jagdherr das Eigentum erwirbt (1061ff.). *Dickel a. a. O. 865ff. erörtert die Streitfrage, ob auch heute die §§ 114ff., bes. § 115 des ALR. I, 9 zur Anwendung kommen, inhalts deren die auf fremdem Grundstück gegen den Willen des Eigentümers gefangenen nicht jagdbaren wilden Tiere, z. B. Kaninchen, dem Grundeigentümer herausgegeben werden müssen. Dickel verneint und meint, ein gleiches Recht auch nicht auf § 958 Abs. 2 stützen zu können.

§ 960.

1. **RG.** 30. 3. 16, BayRpflZ. 16, 257, JW. 16, 907. Wilde Tiere sind grundsätzlich herrenlos (§ 960 Abs. 1 Satz 1). Nur dann steht ein wildes Tier im Besitz und Eigentum eines Menschen, wenn seine natürliche Freiheit durch Gefangenschaft aufgehoben ist (z. B. wenn es in einem „Tiergarten" gehalten wird, § 960 Abs. 1 Satz 2) oder wenn es, ohne durch eine äußere Anstalt in seiner Bewegungsfähigkeit beschränkt zu sein, so abgerichtet (gezähmt) ist, daß es an den ihm bestimmten Ort zurückkehrt. Im ersten Fall wird also das Tier durch physische Mittel, im zweiten nur durch die Gewöhnung an eine bestimmte Örtlichkeit psychisch beherrscht. Daraus allein, daß der bis dahin im Tierpark des Beklagten gefangen gehaltene Rehbock sich zur Zeit des Unfalls in der Nähe dieses Parks befand, kann nicht geschlossen werden, daß er vorher die Gewohnheit gehabt hatte, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren, den er vorher gar nicht verlassen hatte, daß er also gezähmt war.

Nicht jeder Wildpark ist ein Tiergarten i. S. des § 960; es kommt vielmehr darauf an, ob der zur Festhaltung des eingehegten Wildes umschlossene Raum nach der Gesamtheit der Vorrichtungen geeignet ist, die Gefangenschaft des Wildbestandes zu begründen (RGSt. 42, 75). Vgl. dazu von Damm, JW. 16, 907, Note „zu 6".

2. *Dickel, Forstzivilrecht 857 nimmt im Falle der Parforcejagd an, daß die Parforcejäger durch ihre Verfolgung des entlaufenden Ebers das Eigentum erhalten, da diese Verfolgung, wenn auch nicht sofort geschehe, aber doch im Sinne des § 960 unverzüglich sei; infolge dieser Annahme brauchten die Parforcejäger keinen Jagdschein bei sich zu führen und machten sich durch Verfolgung über die Jagdgrenze hinaus nicht des Jagdvergehens schuldig. *Dickel, 1064ff. wiederholt mit eingehender Begründung den schon früher von ihm vertretenen Standpunkt, daß das im Wildparke, auch im großen Gehege von mehreren 1000 ha, gefangen gehaltene Wild im Besitze und Eigentume des Wildparkbesitzers stehe. Er entwickelt daraus zahlreiche praktische Folgerungen. — Für die Frage,

ob § 960 auch bei den Fasanerien zur Anwendung komme, bedarf es zunächst zoologischer Feststellungen. Ähnlich bei den Frettchen (858).

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentum.

§ 985.

Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, JheringsJ. 66, 157ff., erkennt neben dem aus dem Eigentum fließenden Herausgabeanspruch (§ 985) einen akzessorischen Anspruch auf Anerkennung des Eigentums an (Prätendentenstreit); während bei Verfolgung des ersteren Anspruchs das Eigentum selbst nicht rechtskräftig festgestellt werden kann, geht bei Obsiegen mit dem Anspruch auf Anerkennung des Eigentums dieses selbst in Rechtskraft über. Auch das Recht zum Besitz (§ 986) steht dem letztgenannten Anspruch nicht entgegen. Das gleiche Recht auf Anerkennung der Forderung steht dem Nießbraucher oder Pfandgläubiger einer Forderung zu.

§ 1004.

1. **RG.** 4. 3. 16, LeipzZ. 16, 817. Nach ständiger Rechtsprechung kann die Klage des Mieters aus § 1004 nicht nur gegen den eigentlichen Störer erhoben werden, sondern auch gegen den Hauswirt, der die Störung duldet.

2. Dresden 19. 2. 14, SeuffA. 71, 284. Als Störer i. S. des § 1004 Abs. 1 gilt nicht nur, wer die Beeinträchtigung selbst begeht, sondern auch derjenige, mit dessen Willen die Beeinträchtigung begangen wird, oder von dessen Willen die Fortsetzung der Störung abhängig ist (GruchotsBeitr. 46, 650ff.; 47, 1066; 48, 949). Ein Verschulden ist zur Begründung des in § 1004 Abs. 1 Satz 2 erwähnten Unterlassungsanspruchs nicht erforderlich.

§ 1006.

RG. 27. 3. 16, R. 16, Nr. 1301a, 1303. Behauptet der auf Herausgabe verklagte Besitzer, daß ihm die Sache vom Kläger geschenkt sei, so ist Kläger beweispflichtig dafür, daß Schenkung nicht vorgelegen habe; dem Beklagten steht die gesetzliche Vermutung des § 1006 zur Seite. Für die Wirksamkeit der Vermutung ist es ohne Bedeutung, ob der Besitzer bestimmte Umstände, die auf Eigentumserwerb schließen lassen, anführt oder nicht; nur läuft er letzterenfalls Gefahr, daß das Gericht die Unterlassung bei der ihm zustehenden freien Sachwürdigung zu seinen Ungunsten verwertet.

§ 1007.

Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, JheringsJ. 66, 211. Auch der Anspruch aus früherem Besitz steht dem Berechtigten nicht als relativem Eigentümer zu (§ 1007). Vielmehr liegt darin, ähnlich wie bei dem Publizianischen Besitze des römischen Rechts, die Anerkennung eines eigentümlichen besonderen dinglichen oder doch absoluten Rechts. Der Anspruch beruht nicht auf Eigentum, sondern auf einem besonderen, im gewissen Sinne damit konkurrierenden Rechte des Klägers. Dieses bessere Besitzrecht ist vom Eigentum ebenso verschieden wie vom gewöhnlichen Besitzrecht.

Fünfter Titel. Miteigentum.

Schrifttum: Holzapfel: Recht der Auseinandersetzungsteilnehmer an den gemeinschaftlichen Anlagen, PrVerwA. 24, 42ff.

§ 1008.

1. Holzapfel, PrVerwA. 24, 60. Das Recht der Auseinandersetzungsteilnehmer an den gemeinschaftlichen Wegen und Gräben stellt sich, soweit es überhaupt als Eigentum anzusehen ist, in seiner Gesamterscheinung als Eigentum zur gesamten Hand dar.

2. Gesamthandseigentum. KG. 10. 6. 10, KGJ. 48, 200 (vgl. § 48 GBO., Ziff. 3). Das Eigentumsverhältnis mehrerer Separationsinteressenten an den kraft Rezesses gebildeten gemeinschaftlichen Zweck-(Interessenten-)Grundstücken stellt sich als nach

Art. 113 EGBGB. aufrecht erhaltenes deutschrechtliches Gesamthandseigentum dar; denn es handelt sich hierbei nicht um freibewegliche Miteigentumsrechte, sondern um Anteilsrechte einer bestimmt begrenzten Gemeinschaft an einem im Interesse dieser Gemeinschaft für längere Zeit als wirtschaftliches Ganzes aufrecht zu erhaltenden Gelände. Der entgegengesetzte KGJ. 29, A 123 vertretene Standpunkt ist nicht aufrecht zu erhalten.

§ 1010.

Holzapfel, PrVerwA. 24, 57. Der Ausschluß des Teilungsanspruchs in Ansehung der gemeinschaftlichen Anlagen von Auseinandersetzungsteilnehmern bedarf nicht der Eintragung, da er kraft Vorschrift der Auseinandersetzungsgesetzgebung besteht.

Vierter Abschnitt. Erbbaurecht.

Schrifttum: Bendixen, Gegen das Erbbaurecht, BankA. 15, 453. (Volkswirtschaftliche Abhandlung.) — Kaerger, Vom Erlöschen des Erbbaurechts, JheringsJ. 66, 18. — Pohlmann-Hohenaspe, Was bedeutet Erbbaurecht, Wiederkaufsrecht und andere Formen des gebundenen Besitzes für unser Wirtschaftsleben? DRZ. 16, 571. — Stübben, Für das Erbbaurecht, BankA. 16, 116.

§ 1012.

1. Bourier, Überbauung, BayNotZ. 16, 41. Die gesetzliche Begriffsbestimmung des Erbbaurechts ist unzulänglich. Es umfaßt nicht bloß das Recht am fremden Grundstück als solches, sondern auch das Recht des Berechtigten am jeweils bestehenden Bauwerk. Es wäre vollständiger zu definieren als das Rechtsverhältnis, nach welchem der Berechtigte ein Bauwerk auf fremdem Grundstück halten sowie mit dem Bauwerk nach Belieben verfahren und den Grundstückseigentümer und dritte Personen von jeder Einwirkung ausschließen kann, soweit nicht das Gesetz oder die Rechte des Grundstückseigentümers oder dritter Personen entgegenstehen.

2. *Dickel, Forstzivilrecht 146, 892ff. über Pflanzungssuperfizies.

§ 1016.

Kaerger, JheringsJ. 66, 18. Erlischt das Erbbaurecht, so ist, auch wenn man mit der herrschenden Meinung annimmt, daß dadurch das Bauwerk zur beweglichen Sache wird, doch der § 946 anzuwenden und auf Grund dieser Vorschrift anzunehmen, daß der Grundeigentümer das Eigentum am Bauwerk erwirbt. Nach § 951 kann der bisherige Erbbauberechtigte dafür Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes kann niemals verlangt werden. In entsprechender Anwendung der §§ 1120ff. ist anzunehmen, daß dieser Vergütungsanspruch den Hypothekengläubigern des Erbbauberechtigten haftet, da er zu den Früchten des Erbbaurechts gehört.

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

Erster Titel. Grunddienstbarkeiten.

§§ 1018ff.

Schmitt, BayNotZ. 16, 133. Dienstbarkeiten sind keine Verfügungsbeschränkungen, sondern Benutzungsbeschränkungen.

§ 1018.

1. **RG.** 12. 4. 16, LeipzZ. 16, 1007. In **RG.** 66, 316 ist betont, daß das BGB. unter „Lasten" nur Belastungen verstehe, vermöge deren Leistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind, nicht dagegen Belastungen zugunsten Dritter, die nur das Eigentums- und Verfügungsrecht des Eigentümers einschränken, wie Nießbrauch, Grunddienstbarkeiten oder dingliches Vorkaufsrecht. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß es sich dort um die Auslegung einer Vertragsbestimmung handelte, nach der die Grundstücke „mit allen Rechten und Lasten" verkauft wurden, einer Bestimmung also, die dort nach der Auslegung des

OLG. die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Rechtsmängel erheblich einschränkte, und namentlich, daß es bei Auslegung einer Bestimmung wesentlich auf den Sinn ankommt, den die Vertragschließenden damit verbunden haben (§ 133 BGB.). Dies ist auch hier anerkannt, indem das OLG. ausführt, nur dann würden in der behandelten Vertragsbestimmung unter „Lasten" auch andere Belastungen, insbes. Grunddienstbarkeiten, mitzuverstehen sein, wenn die Parteien beim Vertragsschluß entsprechende Vereinbarungen hinsichtlich der Übernahme auch solcher Belastungen durch den Käufer getroffen hätten.

2. *Dickel, Forstzivilrecht 896ff. behandelt die Grunddienstbarkeit eingehend unter Hervorhebung der forstrechtlichen Verhältnisse: 899 zu § 1021 die Belastung mit Erhaltung eines Waldstreifens, 902 die Frage der Nachbarschaft in Übereinstimmung mit Kohler, S. 910 (auf S. 264ff.) bei der Ersitzung nach älterem Rechte „tantum praescriptum quantum possessum", 917ff. Holzungs-, Waldweide-, Mastungs-, Waldstreu- usw. Gerechtigkeiten. Die Anträge des Oberforstmeisters Danckelmann in der 2. Komm. sind eingehend verarbeitet; ebenso die noch geltenden Vorschriften des ALR. hervorgehoben.

3. BayObLG. 22./29. 9. 16, R. 16, Nr. 1901. Der Kläger hatte auf seinem Grundstück der beklagten Stadtgemeinde zwecks Führung der städtischen Wasserleitung eine Grunddienstbarkeit eingeräumt. Er wollte an der Grenze des belasteten Grundstücks einen Bau aufführen, der die Stadt vor die Wahl stellte, entweder den Betrieb der Wasserleitung einzustellen oder die durch und für den Bau gebotenen Sicherungsmaßnahmen auf ihre Kosten zu treffen. Das ist nicht angängig; Kläger muß seinerseits auf eigene Kosten die erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen für die städtische Anlage treffen. Das folgt aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts in ähnlichen Fällen, in denen der Grundeigentümer einen Teil seines Besitzes zu dem ihm bekannten Zweck der Errichtung eines Betriebes verkauft, von dem er Beeinträchtigung seines Restbesitzes durch lästige Zuführungen vernünftigerweise voraussehen muß (**RG.** 29, 268; 66, 126).

§ 1019.

Darmstadt 17. 6. 15, HessRspr. 16, 163. Eine Grunddienstbarkeit kann nur in einer Belastung bestehen, die für die Benutzung des Beeinträchtigten einen Vorteil privatrechtlicher Natur bietet. Ein privatrechtliches Interesse kann auch dann vorliegen, falls die Belastungen öffentlich-rechtlicher Natur sind, z. B. wenn eine Stadtgemeinde als Eigentümerin aller in Frage kommenden Parzellen wegen der Verkäuflichkeit der Bauplätze daran interessiert ist, den Ausbau des Viertels in bestimmter Weise zu beeinflussen.

Zweiter Titel. Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

Vorbemerkung. Einige wichtige Entscheidungen sind zu vermerken. Mit dem Reichsgericht versagt jetzt auch das Kammergericht dem Eigentümer das Recht, nach Eintragung des Nießbrauchs dem Nießbraucher Mietzinsforderungen abzutreten. Zu der wichtigen Frage der Lastentragungspflicht des Nießbrauchers gemäß § 1047 haben sich die OLG. Stuttgart und Dresden geäußert. Die erstere Entscheidung gibt dem Hypothekengläubiger das Recht, bei Pfändung des Anspruchs des Eigentümers gegen den Nießbraucher aus § 1047 den Pfändungsantrag direkt auf Zahlung, nicht nur auf Schuldbefreiung zu richten, ein praktisches Ergebnis, das allerdings in der Praxis bislang noch auf Widerspruch gestoßen ist, da einen Anspruch, der dem Schuldner nicht zusteht, auch der Drittschuldner durch Pfändung und Überweisung nicht für sich erlangen dürfte. Das Dresdener Urteil gibt Richtlinien für die praktisch ebenfalls bedeutsame Frage, inwieweit der Nießbraucher, der vertraglich zur Lastentragung nur aus den Einkünften verpflichtet und den Überschuß zur eigenen Befriedigung zu verwenden berechtigt ist, die eventuellen Überschüsse für künftige Fälle aufsparen muß, in denen die Einkünfte zur Deckung der Zinsen und Lasten nicht ausreichen. Recht offen ist noch die mehrfach erörterte Frage der rechtlichen Stellung desjenigen, dem die Ausübung des Nießbrauchs überlassen ist. Hat er dingliche Rechtsstellung erlangt oder steht ihm nur ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Nießbraucher zu? Letzteres ist die Auffassung des Kammergerichts, das darum auch der Pfän=

dung der Nießbrauchsausübung die grundbuchliche Eintragbarkeit abspricht. Ob diese Entscheidung praktisch befriedigend ist, dürfte im Hinblick auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zweifelhaft erscheinen. **RG.** 74, 78 ff. hatte die Eintragung der Pfändung eines Hypothekennutzungsrechts auch von dem Gesichtspunkt aus für notwendig erklärt, daß die Ausübung des Hypothekennießbrauchs gepfändet ist. Wenn die Eintragung der Pfändung einer Nießbrauchsausübung an einem Grundstücksrecht nicht nur zugelassen, sondern für erforderlich erachtet wird, so dürfte sie für die Nießbrauchsausübung am Grundstück selbst erst recht notwendig erscheinen.

Schrifttum: Dittrich, Nießbrauch am Grundstück, Mietzinsabtretung, Mietzinspfändung, Zwangsverwaltung, BayRpflZ. 16, 83, bezeichnet die steigende Verwendung des Nießbrauchs als Mittel zur Sicherung nachstelliger Hypotheken als unerfreuliche Erscheinung und weist auf die Schwächen dieser Sicherung hin.

§ 1030.

1. KG. 30. 9. 16, JW. 16, 1431. Der vom RG. in ständiger Rechtsprechung (**RG.** 80, 311; 86, 135) vertretenen Ansicht, daß die Abtretung von Mietzinsforderungen durch den Grundstückseigentümer an den eingetragenen Nießbraucher unwirksam sei, ist beizutreten. Das RG. führt aus, daß eine derartige Abtretung um deswillen gegenstandslos sei, weil infolge der dinglichen Wirkung des Nießbrauchsrechts der Nießbraucher schon mit der Eintragung des Nießbrauchs der Forderungsberechtigte werde, während der Eigentümer der Mietzinsforderung im gleichen Zeitpunkt verlustig gehe; daher fehle es bei dem Übertragungsvertrag sowohl an einem Übertragenden als auch an einem empfangsfähigen Erwerber, der die Forderung bis dahin noch nicht gehabt habe; der Übertragungsvertrag gehe daher auf einen unmöglichen Erfolg und sei nichtig (§ 306). Wenn dieser vom RG. zur Grundlage der Entscheidung eingenommene Standpunkt auch ein formalistischer ist, so findet er hier seine durchschlagende Begründung in der Notwendigkeit des Schutzes grundbuchlicher Eintragungen und der auf diesem beruhenden dinglich wirkenden Rechte. § 185 BGB. greift nicht durch, weil der Nießbraucher den Gegenstand der Verfügung des nichtberechtigten Eigentümers schon besaß und dieses von vornherein gegenstandslose Geschäft auch durch nachträgliche Genehmigung nicht wirksam werden kann. Auch die Anwendung des § 308 BGB. ist bei der Eigenart des für die Unmöglichkeit des Abtretungsvertrages vorliegenden Grundes ausgeschlossen. Auch aus der vom RG. erfolgten Zulassung der Pfändung der Mietzinsen durch den Nießbraucher ist die Zulässigkeit der Abtretung nicht herzuleiten; jene Pfändung ist vom RG. nur darum gestattet worden, weil dem Nießbraucher nicht zu versagen sei, von einem ihm zugleich zustehenden vollstreckbaren Titel zum Schutz seines Mietbezuges anderen Gläubigern gegenüber Gebrauch zu machen. Vgl. hierzu Stillschweig, JW. 16, 1431, Note „zu 6".

2. Nießbrauch als Ersatz der Antichrese. Stuttgart 18. 4. 16, R. 16, Nr. 1129, WürttJ. 28, 44. Zulässig ist die Nießbrauchsbestellung für einen Hypothekar mit der schuldrechtlichen Abrede, daß der Nießbraucher berechtigt und verpflichtet sein solle, die Erträgnisse des ihm in Nießbrauch gegebenen Grundstückes jeweils in erster Linie zur Deckung der Zinsen seiner eigenen und der vorgehenden Hypothek, in zweiter Linie, soweit ihm noch ein Überfluß verbleibe zur allmählichen Abtragung seiner Hypothekenforderung selbst zu verwenden, nach Tilgung der letzteren aber den Nießbrauch wieder aufzugeben. Dies verstößt weder gegen ein Verbotsgesetz noch gegen zwingende Vorschriften des BGB. über den Nießbrauch, insbesondere nicht gegen §§ 1059 und 1061. Die Vorschrift des § 1047 ist nicht zwingend; der Eigentümer darf dem Nießbraucher namentlich die Tragung der Zinsen nachstehender Hypotheken erlassen. Auch gegen die guten Sitten verstößt jenes Rechtsgeschäft nicht.

§ 1036.

Dresden 19. 2. 14, SeuffA. 71, 184. Nach § 1036 Abs. 1 ist der Nießbraucher zum Besitz des Grundstücks berechtigt; das Eigentum ist aber, wie aus der rechtlichen Natur des Nießbrauchs als Dienstbarkeit ohne weiteres zu entnehmen ist, dadurch nur insoweit beschränkt, als es der Sicherungszweck erfordert. Danach kann der Nießbraucher nicht ver-

bieten, daß der Eigentümer zu dem Zweck, sich Geld auf das Grundstück zu beschaffen oder Kaufliebhaber zu gewinnen, das Grundstück betreten und es durch andere Personen besichtigen läßt. Beeinträchtigungen dieses Rechts kann er nach § 1004 entgegentreten.

§ 1039.

*Dickel, Forstzivilrecht 156ff. behandelt § 1039 in Verbindung mit dem Fruchtbegriff, ferner 937 getrennt den Fall, daß ein Wirtschaftsplan besteht und den Fall, daß er nicht besteht.

§§ 1041ff.

RG. 1. 4. 16, DJZ. 16, 813. Mit dem Nießbrauch ist ein Schuldverhältnis kraft Gesetzes verbunden, das zwischen Eigentümer und Nießbraucher besteht. Dem Konkurs des Nießbrauchers ist zwar nicht der Nießbrauch selbst, wohl aber seine Ausübung unterworfen (§§ 1059 BGB., 851 Abs. 1, 857 Abs. 3 ZPO., 1 KO.). Von dem zwischen Eigentümer und Nießbraucher bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnis sind die zwischen Nießbrauchsbesteller (der nicht Eigentümer zu sein braucht) und Nießbraucher vorliegenden vertraglichen Verhältnisse zu scheiden. Wo die gesetzlichen Pflichten zum Vertragsinhalt erhoben sind (z. B. Pflicht zur Tragung der Lasten), besteht die Verpflichtung zugleich als vertragliche. So kann eine Gegenleistungspflicht des Nießbrauchers abgesprochen werden, es muß auch der Besteller dem Nießbraucher dafür einstehen, daß dieser sein Recht für die Vertragsdauer voll ausnutzen könne. Auf dies Vertragsverhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller findet im Konkurs des ersteren § 17 KO. Anwendung, und § 193 KO. über die Wirkungen des Zwangsvergleichs entfällt.

§ 1047.

1. Stuttgart 18. 4. 16, R. 16, Nr. 1130, WürttZ. 28, 44. Der Anspruch des Eigentümers gegen den Nießbraucher auf Bezahlung der Hypothekzinsen kann von dem Hypothekgläubiger selbst gepfändet werden. Der Anspruch des Eigentümers F. ging nicht gerade auf Zahlung der Zinsen, insbesondere nicht auf Zahlung an F., sondern darauf, daß der beklagte Nießbraucher den L. in irgend einer Weise von der Zinspflicht befreie. Der Befreiungsanspruch ist grundsätzlich auf eine Leistung gerichtet, welche an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger (hier F.) nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. Der Anspruch kann daher an sich weder abgetreten noch gepfändet werden (§ 399 BGB., § 851 Abs. 1 ZPO.). Erfolgt aber, wie hier, die Pfändung zugunsten des Hypothekengläubigers (Klägers), dem der Zinsanspruch gegen F. zusteht, so hat dieser Gläubiger darüber zu bestimmen, ob er für seinen Anspruch Zahlung fordern oder ob er sich in anderer Weise dafür abfinden lassen will. In seiner Hand verwandelt sich der Anspruch des F. in einen gewöhnlichen Zahlungsanspruch. Unter diesem Gesichtspunkt stand der Abtretung an ihn und der Pfändung für ihn die Bestimmung des § 399 BGB. nicht entgegen.

2. Dresden 16. 3. 16, SächsRpflA. 16, 428. Der vom RG. auf Grund des § 1047 ausgesprochene Rechtssatz, wonach der Nießbraucher dem Eigentümer gegenüber verpflichtet ist, Hypothekenzinsen auch aus eigenen Mitteln zu tragen (**RG.** 72, 101), ist der Abänderung durch Parteivereinbarung fähig. Vorliegendenfalls ist die Lastentragungspflicht des beklagten Nießbrauchers auf die Grundstückseinkünfte beschränkt und bestimmt, daß der Beklagte die Grundstückserträgnisse in erster Linie zur Verzinsung der Vorhypotheken und zur Deckung der sonstigen Grundstückslasten verwenden muß, dagegen den Überschuß auf die ihm gebührenden Zinsen, und soweit möglich, auf seine Stammforderungen verrechnen soll und darf. Sonstige besondere Voraussetzungen für diese Verrechnung sind nicht ausdrücklich vereinbart. Es erscheint völlig ausgeschlossen, die Frage, ob und wann der Beklagte die Überschüsse auf seine Forderung verrechnen könne, bis zur Beendigung des Nießbrauchs unentschieden zu lassen. Ein solches Hinausschieben der Abrechnung entspricht zweifellos dann dem Parteiwillen nicht, wenn, wie im vorliegenden Falle, der Nießbrauch zu dem Zwecke bestellt wird, die Verzinsung und Tilgung einer Hypo-

thek des Nießbrauchers zu gewährleisten. Andererseits würde man dem wohlverstandenen Interesse des Grundstückseigentümers unter Umständen nicht gerecht werden, wenn man dem Nießbraucher schlechthin das Recht zugestehen wollte, einen Überschuß zur Tilgung der eigenen Ansprüche zu verwenden, sobald nur nicht sonstige, besser berechtigte Ansprüche gerade fällig sind. Denn in der Folgezeit gestaltet sich die Sachlage möglicherweise so, daß die künftigen Einnahmen die Ausgaben nicht mehr decken, daß infolgedessen Mittel zur Zahlung der Zinsen auf vorhergehende Hypotheken fehlen und damit die Gefahr entsteht, daß diese wegen Nichtzahlung von Zinsen fällig werden. Das zu verhüten, ist nach seinem Vertrage mit den Klägern Pflicht des Beklagten wenigstens insoweit, als er die Grundstückserträgnisse nicht für sich verwenden darf, wenn jene Gefahr besteht. Andererseits ist eine Verrechnung der Grundstückseinnahmen auf die Zinsenforderung des Beklagten nach Treu und Glauben und nach dem mutmaßlichen Parteiwillen jedenfalls so lange unbedenklich und zulässig, als nach Würdigung alle Umstände die Deckung der besser berechtigten Ansprüche durch zu erwartende Eingänge auch für die Zukunft gesichert erscheint. Ähnliche Erwägungen liegen der Anweisung an den preußischen Zwangsverwalter (vgl. VO. des PreußJustMin., 8. 12. 1899 § 10, PrJMBl. 791) zugrunde, die vergleichend herangezogen werden darf, da der Beklagte hier als Nießbraucher der Sache nach zugleich Verwalter fremden Vermögens ist.

§ 1059.

1. Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, JheringsJ. 66, 143ff. Durch die Überlassung der Nießbrauchsausübung verliert der Nießbraucher hinsichtlich der Rechtssubstanz nichts; er behält sein Recht dem Eigentümer und Dritten gegenüber ungemindert, und sobald das Recht des Gebrauchszessionars aus irgend einem Grunde fortgefallen ist, verliert sich die eingetretene Hemmung überhaupt. Das Recht des Gebrauchszessionars kann nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber dem Nießbraucher darstellen, es kann aber auch als dingliches Recht, als Nießbrauch am Nießbrauch, als Unternießbrauch aufgefaßt werden.

2. **RG.** 15. 2. 16, R. 16, Nr. 683. Es ist rechtlich möglich, daß der Nießbraucher bei der Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs einen Teil seines Rechts selbst, z. B. die Befugnis, die Mietverträge über ein dem Nießbrauch unterworfenes Hausgrundstück abzuschließen, dem anderen als Selbstvermieter für eigene Rechnung überträgt, oder daß er die ihm zustehenden Mietforderungen ihm abtritt. In diesen Fällen gehen die übertragenen Befugnisse und Ansprüche aus dem Vermögen des Nießbrauchers in das des Abtretungsempfängers, allerdings in den in den §§ 1056, 1061 ff. gezogenen Grenzen über.

3. KG. 18. 3. 15, KGJ. 48, 212. Der grundbuchlichen Eintragung entzogen ist nicht nur ein vertragliches Pfandrecht an der Ausübung des Nießbrauchs (KGJ. 40, 254), sondern auch das Pfändungspfandrecht, welches dem Gläubiger gemäß § 804 ZPO. nur die gleiche Rechtsstellung geben kann, wie ein durch Vertrag erworbenes Pfandrecht. Da die herrschende Rechtslehre der Überlassung der Nießbrauchsausübung, sei es durch volle Übertragung, sei es durch Verpfändung, nur schuldrechtliche Wirkung zubilligt → zu vgl. aber Oertmann, oben Ziff. 1, Kretzschmar, JDR. 13 zu § 1059 und RGRKomm. § 1059, A 1 ←, so muß gleiches auch für die Pfändung der Nießbrauchsausübung gelten. Hieraus ist in Anlehnung an KGJ. 40, 257 zu folgern, daß ebenso die Nießbrauchsausübung wie ein daran bestehendes Pfandrecht der Eintragung nicht fähig ist.

§ 1061.

1. **RG.** 1. 4. 16, BayRpflZ. 16, 290, R. 16, Nr. 1903. Die Annahme, das Nießbrauchsrecht sei nach § 1061 Satz 2 BGB. durch die Konkurseröffnung der Aktiengesellschaft kraft Gesetzes erloschen, ist unzutreffend. Eine AG. wird zwar nach § 292 Nr. 3 HGB. durch Konkurseröffnung aufgelöst, aber nur nach ihrer produktiven Seite; im übrigen bleibt sie mit dem durch das Konkursverfahren bestimmten Zweck weiter bestehen (**RG.** 14, 418; 45, 154, JW. 1896, 373 und 697).

2. Dittrich, BayRpflZ. 16, 84. Verträge auf Bestellung des Nießbrauchs für bestimmte Zeit oder bis zur Tilgung einer zu sichernden Forderung, bei denen aus dem Vertragsinhalt nicht der stillschweigende oder ausdrückliche Wille erkennbar ist, daß als weiterer Erlöschungsgrund der Tod des Berechtigten gelten soll, sind wegen Verstoßes gegen § 1061 unwirksam, soweit sie unter dem Gesichtspunkt des Nießbrauchs betrachtet werden.

§ 1090.

*Dickel, Forstzivilrecht 942ff. über die Frage eines Abholzungsrechts, 943 über Bardenholzungen, Naturdenkmäler, 944ff. Gemeindeservituten.

Dritter Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

Sechster Abschnitt. Vorkaufsrecht.

§ 1094.

RG. 1. 7. 16, R. 16, Nr. 1508. Durch Ausübung des Vorkaufsrechts wird der mit dem Dritten abgeschlossene Kaufvertrag nicht beseitigt. Jedoch kann infolge der dinglichen Natur des Vorkaufsrechts der Vorkaufsverpflichtete gegenüber der Erfüllungsklage des Dritten sich darauf berufen, daß der Dritte der Auflassung an den Vorkaufsberechtigten seine Zustimmung zu erteilen verpflichtet sei, und infolge der Kenntnis des Dritten von dem Bestehen des Vorkaufsrechts kann er auch Schadensersatzansprüche ablehnen.

Siebenter Abschnitt. Reallasten.

Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Erster Titel. Hypothek.

Vorbemerkung: Von theoretischen Abhandlungen grundsätzlicher Natur zum Hypothekenrecht ist vor allem auf die Abhandlung von Eugen Fuchs hinzuweisen, der in eindringender Darstellung seine Lehre vom Wesen der Hypothek als Realobligation wiederholt und dabei auch sonstige wichtige Grundbegriffe des Sachenrechts mitbehandelt. Die größeren vorliegenden Abhandlungen von Oelert und Werneburg befassen sich vor allem mit den Rechtsbeziehungen zwischen Hypotheken- und Feuerversicherungsrecht; Werneburg hat des weiteren auch die §§ 1134ff. und die Höchstbetragshypothek eingehenderer Besprechung unterzogen. Einzelne bedeutsame Entscheidungen liegen vor. Mit der „Goldklausel" befaßt sich eine zu § 1119 wiedergegebene Entscheidung des Kammergerichts in grundlegenden Ausführungen. Das Reichsgericht hat in zwei Urteilen (vgl. zu § 1124) die bereits in **RG.** 81, 150 niedergelegten Grundsätze über die Rechtsbeziehungen zwischen pfändendem Hypothekengläubiger und Nießbraucher ausgebaut; die Rechtsstellung der Hypothekare gegenüber einem einzelnen durch Nießbrauchsbestellung besonders bevorzugten Gläubiger wird mit Recht weiter befestigt. Auch zu § 1138 hat das Reichsgericht zwei wichtige Entscheidungen gefällt. Von hervorragender praktischer Bedeutung ist das zu § 1144 wiedergegebene Reichsgerichtserkenntnis vom 18. 9. 15. Das Reichsgericht gibt mit ausführlicher Begründung dem zahlenden Eigentümer das Recht, vom Hypothekengläubiger wahlweise statt Quittung i. S. des § 29 GBO. oder Umschreibungsbewilligung, grundsätzlich auch Löschungsbewilligung zu verlangen, falls nicht etwa ein berechtigtes Interesse des Beklagten dagegen spricht. Diese Entscheidung erspart dem Eigentümer, der sein Grundbuch reinigen will, den zwecklosen Umweg, zunächst seine Eintragung, gleich darauf aber seine Löschung herbeizuführen, ein praktisch gewiß zu begrüßendes Ergebnis. Wichtige Entscheidungen sind zu § 1150 (Ablösungsrecht des nachstehenden Gläubigers) ergangen, insbesondere versagt das Reichsgericht mit Recht demjenigen Gläubiger das Vorrücken, der nicht zur Abwendung der Vollstreckung, sondern zur eigenen Rangverbesserung die Zahlung bewirkt hat. Die Hypothek für Zinsrückstände hat das Reichsgericht ebenfalls grundsätzlich behandelt (vgl. zu § 1158/9), scharf von ihr aber die Hypothek für künftige Zinsen geschieden (§ 1159). Die Fragen der Eigentümerhypothek treten in diesem Jahr zurück, nur mit der Pfändung der Eigentümergrundschuld, besonders in Verbindung mit Fragen des Zwangsversteigerungsrechts, haben das Reichsgericht und einige Obergerichte sich beschäftigt. Des weiteren ist auf die bedeutsamen Entscheidungen des Reichsgerichts zu § 1166 und § 1169 zu verweisen. Über die Stellung des Treuhänders aus § 1189, namentlich über die Frage der Übertragbarkeit der Vertreterschaft sind zu § 1189 inter=

essante Urteile wiedergegeben. Drei wichtige Entscheidungen, ein Erkenntnis des RG. und zwei Kammergerichtsurteile, betreffen die Höchstbetragshypothek. Verneint hat das Reichsgericht die Möglichkeit, für gleichzeitige Forderungen mehrerer Gläubiger eine einzige Höchstbetragshypothek zu bestellen, für zulässig hat dagegen das Kammergericht die Forderungsauswechselung in der Weise erklärt, daß bei Abtretung der Forderung und Höchstbetragshypothek diese sowohl für die zedierten Forderungen der alten als auch für schon bestehende und noch entstehende Forderungen der neuen Gläubiger haften solle. In der dritten Entscheidung hat das Kammergericht mit Recht die Pfändung der in der Höchstbetrags- enthaltenen Eigentümerhypothek von der vorherigen Saldofeststellung abhängig gemacht. Bei der Grundschuld ist das zu § 1197 wiedergegebene Reichsgerichtsurteil zu erwähnen, durch welches ebenso wie dem Inhaber auch dem Pfandgläubiger der Eigentümergrundschuld die Vollstreckung in das Grundstück versagt wird.

Schrifttum: Du Chesne, Arrestweise Pfändung der Eigentümergrundschuld, KGBl. 16, 21. — Fuchs, Das Wesen der Hypothek und Grundschuld. Pfandrecht oder Realobligation? JW. 16, 2 ff., 98 ff., 237 ff., 298 ff., 465 ff. — Oelert, Realkredit und Feuerversicherung. Ein Beitrag zu der Rechtsstellung des Hypothekengläubigers in der Feuerversicherung. München 1914. — Pohlmann-Hohenaspe, Die Wirkung unseres Hypothekenrechts auf die Bodenspekulation, DRZ. 16, 194. — Potthoff, Änderungen des Hypothekenrechts? DRZ. 16, 467. — Schwarz, Städtischer Grundkredit und Tilgungshypothek. Bericht für die Immobiliarkommission nebst einer Abhandlung über die Tilgungshypothek. 1915.

§ 1113.

1. Fuchs, 1ff., 98ff., 237ff., 298ff., 465ff. Nach ihrer Begriffsbestimmung sind Hypothek und Grundschuld wie die Reallasten Rechte auf Zahlung und auf den Charakter des positiven Leistungsrechts abgestellt. Reallast, Hypothek und Grundschuld gehören zu der Gattung der Realobligationen. Realobligationen sind nicht Obligationen, sondern Sachenrechte; denn ihre einzelnen Arten sind im Gesetz als Sachenrechte aufgeführt und entsprechen dem wissenschaftlichen Begriff des dinglichen Rechts durch das für dieses charakteristische Merkmal der Absolutheit des Klageschutzes. Dagegen bauen die meisten anderen Theorien (Pfandrechtstheorie ohne und mit Leistungspflicht, als Unterart der ersteren die herrschende Lehre von der Pfandrechtsnatur mit Duldungstitel) ihre Begriffsbestimmung auf dem gemeinrechtlichen Dinglichkeitsbegriff der unmittelbaren Sachherrschaft auf, während germanistische Lehren (Sachhaftungstheorie) angelehnt werden an das Prinzip der Trennung von Schuld und Haftung und Güthe seine Konstruktion auf den Grundsatz der Rangordnung abstellt. Unter eingehender Bekämpfung der genannten Theorien aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und dem Gesetz selbst (7ff., 98ff.) und Widerlegung der gegen die eigene Theorie gerichteten Angriffe (298ff.) wird dargelegt (237ff.), daß die Natur der Hypothek und Grundschuld als Realobligation auch sonst in ihrer Dogmatik zum Durchbruch kommt und daß, wie die gesetzliche Definition, so auch die Verkehrsauffassung in der Hypothek eine positive Leistungspflicht erblickt. Insbesondere widerspricht die Grundschuld, die eine selbständige, begrifflich von jeder Forderung losgelöste Belastung darstellt, geradezu der herrschenden Pfandrechtsauffassung; da aber die Hypothek, wie schon die Protokolle (IV 498, 540, RKB. 76) ausführen, nur als eine „modifizierte Grundschuld" zu bezeichnen ist, kann auch sie kein Pfandrecht sein (7f., 239, 467). Von der Hypothek unterscheidet sich die Grundschuld dadurch (465ff.), daß sie eine selbständige (prinzipale) Realobligation ist, bei der die Sicherstellung für eine Forderung nur Motiv, nicht, wie bei der Hypothek, Rechtsinhalt ist.

2. Du Chesne, Unechte dingliche Rechte, ZBlFG. 16, 570, führt aus, daß bei der Hypothek von einem Rechte an der Sache selbst, einem dinglichen Rechte nur noch in einem übertragenen unechten Sinne geredet werden könne.

3. *Dickel, Forstzivilrecht 960ff. unter Berücksichtigung der Beleihungsfähigkeit des Waldbodens.

4. **RG.** 19. 2. 16, JW. 16, 740, R. 16, Nr. 1512/14 (zu vgl. Z. 2 zu § 1190). Wie in dem Beschlusse vom 1. 3. 11 (**RG.** 75, 245) dargelegt worden ist, geht das Gesetz davon aus, daß jeder Hypothek nur eine einzelne bestimmte, wenn auch bedingte oder künftige

Forderung zugrunde liegt. Ist damit zwar die Sicherung mehrerer Forderungen durch dieselbe Hypothek nicht schlechthin ausgeschlossen, bildet vielmehr bei der Höchstbetragshypothek, die vorzugsweise dem wechselnden Kreditverkehre zu dienen bestimmt ist, eine solche Sicherung mehrerer Forderungen die Regel, so muß jedoch immer die Einheitlichkeit des Forderungsverhältnisses wenigstens insofern gewahrt bleiben, als durch ein und dieselbe ungeteilte Hypothek mehrere Forderungen grundsätzlich nur dann gesichert werden können, wenn sie demselben Gläubiger gegen denselben Schuldner zustehen. Es ist daher die Bestellung einer ungeteilten Hypothek, sei es auch einer Höchstbetragshypothek, für verschiedene Forderungen, die je einem anderen Gläubiger zustehen, nicht zulässig. Insbesondere ist auch nicht die Bestellung einer Höchstbetragshypothek zur Sicherung der Forderungen verschiedener Gläubiger in der Weise zulässig, daß die Hypothek zunächst für die Forderungen des einen Gläubigers und, soweit diese den Höchstbetrag nicht ausfüllen sollten, für die Forderungen eines anderen Gläubigers haften soll.

§ 1114.

RG. 12. 1. 16; 88, 21, JW. 16, 480, LeipzZ. 16, 462, R. 16, Nr. 465. Die Belastung des Anteils eines Miterben an einem zum ungeteilten Nachlasse gehörenden Grundstück aus einer Hypothek ist rechtlich unmöglich. Diese Belastung hätte auch nicht von der Gesamtheit der Miterben wirksam vorgenommen werden können. Sie konnte ferner weder gemäß § 185 Abs. 2 durch Genehmigung der übrigen Miterben noch dadurch wirksam werden, daß die Besteller bei der Nachlaßteilung einen ihrem Erbteil entsprechenden Anteil am Grundstück zugewiesen erhielten. Für eine in letzterer Beziehung entgegengesetzte, der Rechtsprechung nach früherem preußischen Recht entsprechende Ansicht (**RG.** 79, 395) läßt mindestens der § 1114 keinen Raum mehr. Ein rechtlich unmögliches Rechtsverhältnis aber ist von der Eintragung ins Grundbuch ausgeschlossen.

§ 1115.

1. Darmstadt 24. 5. 16, HessRspr. 16, 107. Die Eintragung einer zu 4½ % verzinslichen Hypothek mit: „Zins zu 5 % seit 1. Juli 1914, worunter ¾ v. H. Tilgung" ist unzulässig. Indem das Gesetz im § 1115 den Zinsfuß hinsichtlich des Eintragungszwangs im Grundbuch besonders hervorhob, wollte es gerade Klarstellung anstreben; eine Verquickung des Zinssatzes mit anderen Nebenleistungen erscheint daher unmöglich.

2. LG. Schweinfurt 23. 3. und 11. 4. 14, BayNotZ. 16, 273. Zulässig ist die Trennung des Zinsanspruchs von der Hauptforderung derart, daß der Hypothekar sich jenen bei Abtretung der Hypothek zurückbehält → vgl. IDR. 13, § 1115 II 2 ←. Das Zinsgenußrecht ist ein selbständiges, zahlenmäßig bestimmtes und dem Betrage nach abscheidbares Recht auf die Leistung eines anderen, über das in jeder beliebigen Weise, auch durch Abtretung, verfügt werden kann.

3. Eintragbarkeit verzinslicher Frauen- und Kinderhypotheken. a) Armbruster, Eintragung einer verzinslichen Frauen- oder Kinderhypothek, LeipzZ. 16, 1286 bekämpft KG. KGJ. 40, A 140 u. 45, A 257, welches die Eintragung der Zinsbarkeit einer Darlehnshypothek für Frau oder Kind von der Aufhebung der ehelichen bzw. der väterlichen Nutznießung, ersterer mittels Ehevertrags, abhängig macht, da andernfalls der Mann bzw. Vater gleichzeitig Schuldner (aus dem Darlehensvertrage) und Gläubiger (kraft gesetzlicher Nutznießung) sein, d. h. die Zinsforderung nicht zur Entstehung gelangen würde. In Wirklichkeit stehen aber Zinsvereinbarung und Nutznießungsrecht nicht in dem vom KG. formulierten Widerspruch; vielmehr ruht die Nutznießung nur in bezug auf die verzinsliche Frauen- oder Kinderhypothek. Es bedarf daher keiner Aufhebung des Nutznießungsrechts. Wäre aber selbst eine solche nötig, so könnte sie formfrei erfolgen und wäre schon in der Vereinbarung des zinsbaren Darlehens zu erblicken. Für die Aufhebung des elterlichen Nutznießungsrechts ist im Gesetz überhaupt keine Form vorgesehen. Für die Aufhebung des ehemännlichen Nutznießungsrechts ist nur dann der Abschluß eines Ehevertrags erforderlich, wenn es sich um generelle, für die Ehe allgemein

gültige Verhältnisse handelt; Abreden bezüglich eines einzelnen Vermögensstücks, bzw. eines einzelnen Rechtsgeschäfts fallen nicht unter die erschwerende Form des § 1432 (Dernburg, Ricks gegen die herrschende Meinung).

b) Kinderhypotheken. Wohnungsrecht (ohne Verfasser), WürttZ. 16, 281. Das Reichsgericht (DNotV. 11, 252) hat die Eintragbarkeit verzinslicher Frauenhypotheken verneint, weil das Zinsrecht dem Ehemann selber zusteht, Forderung und Schuld sich daher in einer Person vereinigten, für Ausschließung der Nutznießung aber Ehevertrag notwendig sei. Auch als hypothekarische Sicherung der Zinsforderung als eines erst künftigen Anspruchs sieht das RG. die Zinshypothek nicht an, weil ungewiß sei, ob zur Zeit der Beendigung der Nutznießung die Frauenforderung gegen den Mann noch bestehe, so daß nicht davon gesprochen werden könne, daß zurzeit eine künftige Forderung vorliege. Sämtliche drei Bedenken entfallen, wenn bei einer Kinderhypothek das Zinsrecht für die Zeit nach der elterlichen Nutznießung eingetragen werden soll. Eine Formvorschrift, dem Ehevertrag gleich, kommt ohnehin nicht in Frage. Das Zinsrecht des Kindes hat für die Zeit nach der Beendigung der Nutznießung, das es von da ab zahlungsfällig ist, seine Begründung im Gesetz. In der Regel handelt es sich bei der Kinderhypothek um Erbforderungen, bei der in der Regel nicht nur gewiß ist, daß sie bei Beendigung der elterlichen Nutznießung noch als Schuld des Elternteils bestehen, sondern daß sie zu diesem Zeitpunkte fällig und zinspflichtig sind. Es handelt sich also um Sicherstellung künftiger Ansprüche i. S. des § 1113 Abs. 2 BGB. Hiernach bestehen gegen die Eintragung verzinslicher Kinderhypotheken keine Bedenken (aber KGJ. 45, 259, dazu oben Ziff. 3a).

§ 1119.

1. KG. 23. 9. 15, KGJ. 48, 216. Eine nachträgliche Erhöhung der Nebenleistungen einer Hypothek über 5 v. H. ist, wenn sie den folgenden Hypotheken im Range nachsteht, bei letzteren Hypotheken (und daher auch in den darüber gebildeten Briefen) nicht zu vermerken, da diese in keiner Weise, insbesondere auch nicht in ihrer Rangstellung, durch die Neueintragung berührt werden. Die gegenteilige im Grundsatz a der Entscheidung KGJ. 33, A 250 ausgesprochene Ansicht wird nicht aufrecht erhalten.

2. Die Goldklausel. KG. 20. 1. 16, KGJ. 48, 218. Die nachträgliche Eintragung der Goldklausel ist von der Zustimmung der Zwischenberechtigten abhängig. Die Vereinbarung der Goldklausel betrifft den Inhalt der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung und damit den Inhalt der Hypothek selbst. Die nachträgliche Vereinbarung ändert den Inhalt der bereits eingetragenen Hypothek mit der Wirkung, daß die Leistungspflicht des Schuldners gegenüber dem bisherigen Zustand durch seine nunmehrige Verpflichtung, zur Befriedigung des Gläubigers ausschließlich Goldmünzen zu verwenden, erschwert wird.

Eine nachträgliche Eintragung der Goldklausel zu einem der Hypothek nachstehenden Rang ist unzulässig (abw. BayObLG. 10, 90). Die nachträgliche Vereinbarung der Goldklausel ändert nur den Inhalt, nicht den Umfang einer Hypothek. Sie umfaßt auch die ganze Hypothek und läßt diese nicht etwa in zwei Teile zerfallen, einen Teil ohne, den anderen mit Goldklausel. Es ist deshalb begrifflich nicht möglich, eine Rangverschiedenheit in dem Sinne zu begründen, daß die bisherige Eintragung als erster Teil der Hypothek den bisherigen Rang, die Goldklausel aber als letzter Teil einen späteren Rang hat. Auch bei Vereinbarung der Goldklausel liegt der Hypothek nur eine und zwar eine einheitliche Forderung zugrunde (vgl. auch **RG.** 50, 150 f.).

§ 1121.

RG. 7. 10. 16, R. 16, Nr. 2102 u. 2103, WarnE. 16, 467 (vgl. auch zu § 1122). Für den in Abteilung II des Grundbuchs über die Kohlenabbaugerechtigkeit eingetragenen Tonnenzins der Kläger, der sich als Reallast i. S. des § 1105 BGB. darstellt, haften nach §§ 1107, 1120 BGB., Art. 40 PrAG. z. BGB. die Schachtanlagen der Grube mit allen ihren Bestandteilen und Zubehörungen. Die Abbaugerechtigkeit erstreckt sich nicht nur auf

das unter der Erdoberfläche liegende Kohlenfeld, sondern auch auf alle der Kohlenausbeutung dienenden bergbaulichen Anlagen, sei es als Bestandteile, sei es — soweit bewegliche Sachen in Frage kommen — gegebenenfalls als Zubehör (**RG.** 61, 190 ff.). Diese bergbaulichen Anlagen sind, soweit sie Bestandteile sind, bei der Abbaugerechtigkeit gleichzustellen dem mit der Hypothek belasteten Grundstück. Daher sind Gegenstände, die sich noch innerhalb solcher Anlagen befanden, nicht als „von dem Grundstück entfernt" i. S. dieser Vorschrift anzusehen. Außerdem wäre zum Freiwerden von der Haftung nach § 1121 BGB. eine „Veräußerung" der Gegenstände nötig gewesen. Unter Veräußerung i. S. dieser Vorschrift ist Eigentumsübertragung zu verstehen, der Abschluß eines sei es auch auf Übereignung gerichteten schuldrechtlichen Rechtsgeschäftes genügt nicht.

§ 1122.

RG. 7. 10. 16, R. 16, Nr. 2104, WarnE. 16, 467 (vgl. auch zu § 1121). Ein Freiwerden von der Haftung nach § 1122 BGB. kommt nicht in Frage. Denn die Gegenstände sind, soweit sie Bestandteile waren, nicht innerhalb der Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft von dem der Abbaugerechtigkeit unterliegenden Körper getrennt, und, soweit sie Zubehörstücke waren, ist ihre Zubehöreigenschaft nicht innerhalb der Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft aufgehoben gewesen. Vielmehr ist die Herausnahme der Gegenstände nur deswegen erfolgt, weil infolge Ersaufens der Schächte ihre Benutzung nicht weiter stattfinden konnte. Es handelt sich also um eine Maßregel, die deshalb, weil die wirtschaftliche Benutzung der Grube völlig aufgegeben werden mußte, erfolgte. Darum konnte die Maßregel gar nicht in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft liegen (**RG.** 69, 88).

§ 1123.

1. Königsberg 18. 11. 15, PosMSchr. 16, 32. Das OLG. schließt sich **RG.** 81, 146, dahin an, daß als Beschlagnahme die auf Grund dinglichen Vollstreckungstitels erfolgende Pfändung der Miet- und Pachtzinsforderungen nach §§ 828 ff. ZPO. anzusehen ist. (Im zur Entscheidung stehenden Fall wird das Vorliegen eines dinglichen Titels verneint.)

2. Dittrich, BayRpflZ. 16, 84. Der § 1123 gilt auch gegenüber dem Nießbraucher.

§§ 1123, 1124.

RG. 28. 1. 16; 88, 99, LeipzZ. 16, 677. Im Fall einer Mietzinspfändung für eine im Verwaltungszwangsverfahren eingetragene Sicherungshypothek bedarf es nicht des dinglichen Vollstreckungstitels. Denn nach §§ 51, 52 VO. v. 15. 1. 1899 ist ein solcher nicht einmal erforderlich zur Erwirkung der Zwangsversteigerung und -verwaltung wegen einer im Verwaltungszwangsverfahren eingetragenen Sicherheitshypothek gegen dritte, nicht persönliche Schuldner, geschweige denn also gegen den persönlichen Schuldner selbst, und erstrecht nicht zur Erwirkung der bloßen Mietzinsbeschlagnahme. An die Stelle des Titels tritt nach § 2 Abs. 2 und § 3 Abs. 1 Satz 2 der VO. die Anordnung der zuständigen Verwaltungsbehörde.

§ 1124.

1. **RG.** 15. 2. 16, R. 16, Nr. 685. Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Hausgrundstück ist keine Verfügung über die Mietzinsforderungen im Sinne des § 1124.

2. Die Mietzinspfändung durch die Hypothekare und der Nießbraucher. a) **RG.** 25. 3. 16, FrankfRundsch. 50, 12, LeipzZ. 16, 1115, R. 16, Nr. 1510, WarnE. 16, 266. Auch nach Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück fehlt es für die Pfändung von Mietzinsforderungen seitens der Hypothekengläubiger nicht an der Passivlegitimation des Grundstückseigentümers.

Die Mietzinsforderungen bildeten einen Teil des unbeweglichen Vermögens (der Immobiliarmasse), wenngleich sie mangels einer Beschlagnahme im Wege der Immobiliarzwangsvollstreckung der Vollstreckung in das bewegliche Vermögen unterlagen (§ 865 ZPO., § 1123 BGB.). Hinsichtlich der Immobiliarmasse konnte aber nur der Grundstückseigentümer als das Rechtssubjekt in Betracht kommen, und sollten daher die Mietzinsforderungen

als Teil der Immobiliarmasse in Beschlag genommen werden, dann mußte sich diese Vollstreckungsmaßregel gegen den Eigentümer richten, der trotz der Bestellung des Nießbrauchsrechts immer noch als der Berechtigte, gewissermaßen als der Vertreter des unbeweglichen Vermögens, zu gelten hatte, und nach § 865 Abs. 2 ZPO. mußte die Vollstreckungsmaßregel auch nach den Regeln des Mobiliarzwangsvollstreckungsrechts erfolgen. Geht man aber davon aus, dann ergibt sich, daß der Grundstückseigentümer und Schuldner des Beklagten zwar nicht als der Gläubiger der Drittschuldner, wohl aber in seiner Eigenschaft als Eigentümer des Grundstücks bei den Pfändungen passiv legitimiert war und andererseits ergab sich zugleich auch, daß durch die Pfändungen der Mietzinsforderungen ihre Beschlagnahme im Sinne des § 1124 BGB. erfolgt ist.

b) **RG.** 29. 4. 16, LeipzZ. 16, 945, R. 16, Nr. 1304, WarnE. 16, 269. Die Mietzinspfändung durch einen vorgehenden Hypothekengläubiger gegen den Eigentümer muß auch der dem Hypothekengläubiger nachstehende Nießbraucher sich gefallen lassen.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Mietsforderungen hätten infolge der Nießbrauchsbestellung ihr zugestanden und nicht auf Grund einer gegen den früheren Berechtigten (Grundstückseigentümer) erteilten Vollstreckungsklausel durch einen gegen ihn gerichteten Pfändungsbeschluß beschlagnahmt werden können. Vielmehr hätten auf Grund einer gegen den Nießbraucher (als Rechtsnachfolger des Eigentümers in Ansehung des Nutzungsrechts) erteilten Vollstreckungsklausel, die mit dem Hypothekenrecht behafteten, aber nunmehr dem Nießbraucher zustehenden Mietzinsen bei diesem gepfändet und beschlagnahmt werden müssen, eine Pfändung, die durch die nachträgliche Zustellung des gegen den Eigentümer gerichteten Pfändungsbeschlusses nicht habe ersetzt werden können. Aber wenn man dem auch folgen wollte, so würde doch der gegen den früheren Berechtigten gerichtete Vollstreckungsakt dadurch nicht ohne weiteres unwirksam werden (Gaupp-Stein (10.) § 771 ZPO. Anm. 1). Die Klägerin als Nießbrauchsberechtigte hatte vielmehr nach § 771 ZPO. Widerspruchsklage zu erheben und mit dieser Klage kann sie nicht durchdringen, weil sie aus dem nachstehenden Nießbrauch kein materielles Recht ableiten kann und ihr formelles Recht dem stärkeren materiellen Recht der Beklagten weichen muß (**RG.** 81, 150).

3. Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, JheringsJ. 66, 242. Eine relative (subjektiv-relative) Rechtszuständigkeit nehmen einige Schriftsteller für die Fälle der §§ 1124, Abs. 2, 1126 an. Aber mit Unrecht. Man muß davon ausgehen, daß der Hypothekar an den Mietzinsforderungen ein gesetzliches Pfandrecht hat, als Akzessorium seiner Hypothek. Also stehen dem Mieter hier zwei Berechtigte gegenüber — der vermietende Eigentümer und der Hypothekar, ersterer als Träger des Mutter-, letzterer als derjenige des Tochterrechts.

Die Frage ist nun einfach die, inwieweit Verfügungen des Erstberechtigten (Vermieters) das Recht des Zweitberechtigten beeinflussen können. Das Gesetz stattet sie im Interesse der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit mit einer gewissen Geltungskraft aus. Soweit sie aber über die im Text zugelassene Wirkungsgrenze hinausgehen, sind sie zwar nicht ganz, aber dem Hypothekar gegenüber unwirksam. Das heißt: sie wirken auf das Mutterrecht, aber nicht auf das Tochterrecht vernichtend ein. Es handelt sich dabei also wiederum nur um objektiv- nicht um subjektiv-relative Unwirksamkeit. Das alte Forderungsrecht des Vermieters ist als solches für alle, nicht nur für den Vermieter, vernichtet; dagegen ist das aus einem Stoffe durch konstitutive Sukzession abgeleitete Tochterrecht ebenso allseitig bestehen geblieben.

§§ 1127 ff.

1. Oelert behandelt eingehend die Beziehungen der Realgläubiger zur Feuerversicherung. Abschnitt I gibt den historischen Überblick, Abschnitt II enthält das Recht des BGB. (§§ 1127 ff.).

a) Voraussetzungen der Ausdehnung der hypothekarischen Haftung

auf die Versicherungshdlg. 1. Theoretische Begründung: Besprechung der Theorien: Surrogationslehre (pretium succedit in locum rei), Theorie der verdinglichten Forderung, Lehre vom stillschweigenden Vertrag, Zubehörtheorie; Ansicht d. Verf., daß lediglich „ein schwerwiegendes praktisches Bedürfnis im Interesse der Sicherstellung des Realgläubigers ausschlaggebend gewesen sei". 2. Welche Gegenstände unterliegen der Hypothek: Das Grundstück mit Bestandteilen und Zubehör nach Maßgabe des § 1120. 3. Unter Versicherung bringen i. S. des § 1127: Freiwillige und Zwangsversicherung, gleichgültig gegen welche Gefahr; nur muß sich Gefahr und Interesse auf den der Hypothek unterfallenden Gegenstand beziehen, nicht Haftpflichtversicherung des Hauseigentümers. 4. Zeitliche Begrenzung: Die Hypothek muß vor dem Schadensfall bestellt, eingetragen, der Brief übergeben sein. 5. Der Grundstückseigentümer muß der Forderungsberechtigte aus dem Versicherungsvertrag sein: Keine Haftung, wenn der Ehemann der Eigentümerin kraft ehelichen Verwaltungsrechts die Versicherung nimmt (aA. RG. 76, 133), desgleichen der Nießbraucher, Verwalter fremden Guts. Maßgebend ist das versicherte Interesse; der Ehemann (Nießbraucher usw.) versichern ihr Nutzungs-, nicht des Eigentümers Interesse. 6. Welche Forderung aus dem Versicherungsvertrag wird ergriffen? Nur der Anspruch, der dem Versicherungsnehmer auf die als Folge des Eintritts des Schadensfalls zu zahlende Entschädigungssumme erwächst (nicht z. B. Entschädigungsforderungen wegen Verletzungen von Vertragspflichten).

b) Unterschied zwischen der Versicherung von Gebäuden und der anderer Gegenstände. Für Erstere sind die Grundsätze des Pfandrechts an Forderungen maßgebend (§ 1128 Abs. 2), für letztere die Regeln über die Haftung der Miet- und Pachtzinsforderung (§ 1129). — Begriff der Gebäudeversicherung: RG. 69, 316ff: Die Verkehrsauffassung entscheidet; es hängt davon ab, ob Gegenstände in die Gebäudeversicherung mit aufgenommen oder als bewegliche Sachen für sich allein versichert sind (z. B. eingebaute Maschinen, Baumaterialien usw.). Wird an Beispielen ausgeführt.

c) Inhalt der Haftung bei Gebäudeversicherung. 1. Beginn des Zeitpunkts der Haftung. Was ist in § 1128 Abs. 2 verpfändet? Nur die Versicherungsforderung wie sie nach einem Schadensfall gemäß des Versicherungsvertrags sich ergibt. Vor dem Schadensfall ist § 1276 BGB. nur dann anzuwenden, d. h. wird die Genehmigung des Hypothekars nur erforderlich, wenn es sich um Änderung oder Aufhebung der Versicherungsforderung selbst (z. B. Erlaß, Aufrechnung), nicht des ganzen Versicherungsverhältnisses handelt (Kisch). 2. Auszahlung der Summe: § 1282 BGB. Das Anzeigeverfahren des § 1128 Abs. 1. Die Auszahlung an den Versicherten wird erst wirksam, wenn 3 Voraussetzungen erfüllt sind. α. Die Schadensanzeige an den Hypothekar. Nur die aus dem Grundbuch ersichtlichen oder sonst bekannten Gläubiger erhalten Nachricht. Die Anzeige ist nur bei erheblichen Schadensfällen erforderlich, sie kann unterbleiben, wo sie untunlich ist (z. B. das Grundbuch ist noch nicht angelegt). β. Ablauf eines Monats seit Empfang der Anzeige. γ. Fehlen des Widerspruchs des Gläubigers. Verspäteter, selbst noch vor Auszahlung erklärter Widerspruch ist wirkungslos, ebenso genereller Widerspruch z. B. bei Hypothekenbestellung. Fehlt eine der Voraussetzungen, so muß (nicht darf) an den Versicherten gezahlt werden, sind die Voraussetzungen erfüllt, so erfolgt die Auszahlung, je nach Fälligkeit der Hypotheken, gemäß §§ 1273 ff. BGB. Meist wird sich Hinterlegung empfehlen.

d) Inhalt der Haftung bei der Versicherung anderer Gegenstände als Gebäude. Voraussetzung der Geltendmachung der Haftung ist Beschlagnahme der Forderung. Wird vorher über die Forderung verfügt, so erlischt die Haftung, sie erlischt ferner ein Jahr nach Fälligkeit mangels vorheriger Beschlagnahme. Durch „Hypothekensicherungsscheine" pflegen die Versicherungsgesellschaften die Haftung i. S. der Haftung bei Gebäudeversicherung (oben c) auszudehnen.

e) Die Wiederherstellungsklausel. 1. Die Haftung der Versicherungsforderung erlischt bei Wiederherstellung des versicherten Gegenstands (§ 1127 Abs. 2). Die Herstellung

muß der Sache nach erfolgen (nicht Villa statt Fabrikgebäudes), es sei denn, daß eine solche nicht polizeiliche Genehmigung erhält. Ist der hergestellte Ersatz weniger wert als die untergegangene Sache, so bleibt die Haftung auf die Differenz der Werte bestehen. 2. Zahlung der Summe an den Eigentümer zwecks Wiederherstellung (§ 1130). Sie ist dem Gläubiger gegenüber wirksam; ob die Wiederherstellung nachher wirklich erfolgt, geht den Versicherer nichts an (vgl. aber § 97 VVG.: der Versicherungsnehmer kann die Zahlung erst verlangen, wenn die bestimmungsgemäße Verwendung des Geldes gesichert ist!).

Abschnitt III: Die Bestimmungen des VVG.

2. Werneburg, Versicherungsgesellschaft und Hypothekengläubiger, Holdheims MSchr. 16, 117ff. bespricht Einzelfragen, die sich auf das Verhältnis zwischen Realgläubiger und Versicherer beziehen; die dazu gehörigen Fragen des VVG. werden miterörtert. Besprochen werden: 1. Die Gebäudeversicherung — Pflicht der VersGes., an den Eigentümer erst zu zahlen, wenn der Verwendungszweck gesichert ist (§ 97 VVG.), die Wiederherstellungsklausel (§ 1130), Rechtslage, wenn der Eigentümer die Herstellung des Gebäudes ablehnt, Pfändungen der Versicherungsforderung durch Privatgläubiger der Eigentümer (118—120). — 2. Die Stellung des versicherten Zubehörs oder Inventars eines Landgrundstücks — wenn es im Eigentum des Eigentümers, wenn es nach § 930 BGB. veräußert, wenn es real übergeben ist (120—123). — 3. Stellung des Versicherers, wenn er nach §§ 100ff. BGB. den Hypothekar befriedigt. — Übergang der Hypothek in Höhe des gezahlten Betrags, Wesen dieser Hypothek (123/124). — 4. Rechtslage bei Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes (§ 1127 BGB.) (124/5). 5. Die Zwangsversteigerung, wenn nur das Inventar eines Landgrundstücks versteigert ist. — Wirksamwerden der Beschlagnahme, gesonderte Versteigerung (§ 65 ZVG.), Zuschlag, Verteilungsverfahren (125/6). Stellung des die Versicherungssumme an den Hypothekar zahlenden Versicherers gegenüber den anderen Hypothekengläubigern (§§ 101, 102 VGG.) (126/7). — 7. Rechtslage, wenn der Versicherer selbst Hypothekar ist (§ 107 VVG.).

§ 1127.

Königsberg 8. 6. 15, SeuffA. 71, 160. Der Hypothekengläubiger kann vom Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Verbauung der Feuerversicherungssumme auf dem belasteten Grundstücke nicht verlangen. Er kann, wenn der Wiederaufbau auf einem anderen Grundstücke erfolgt, eine Sicherung der Hypothek nur unter den Voraussetzungen und im Umfange der §§ 1133, 1134 verlangen.

§ 1128.

Werneburg, Eine Streitfrage zu dem Rechtsverhältnis zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Versicherungsnehmer, BadNotZ. 16, 1ff. bespricht die Frage, ob zu der Änderung und Aufhebung eines Gebäudeversicherungsvertrags die Zustimmung des Hypothekengläubigers gemäß §§ 1128 Abs. 2, 1276 erforderlich ist. Er bejaht dies unter Bekämpfung der gegenteiligen Ansicht von Kisch (LeipzZ. 13, 30, vgl. JDR. 13 zu § 1127 und Oelert oben Ziff. 1 c 1 zu § 1127ff.), der bei Aufhebung des Versicherungsverhältnisses im ganzen von der Zustimmung der Hypothekare absehen will. Die rechtliche und wirtschaftliche Begründung von Kisch hält er für nicht stichhaltig. Dem rechtlichen Grund von Kisch, daß die Aufhebung des ganzen Vertrags wesensverschieden von der Verfügung über die bloße Forderung auf die Versicherungssumme sei, hält er entgegen, daß die Aufhebung des ganzen Vertrags die Verfügung über die Versicherungsforderung gerade als Hauptfall in sich schließe. Gegen den wirtschaftlichen, daß die Aufhebung des ganzen Vertrags dem Versicherungsnehmer allein zu belassen sei, weil er „Herr des Versicherungsverhältnisses" sei und bleibe, wendet er ein, daß das Gesetz gerade das Gegenteil in § 1128 Abs. 1 BGB. und § 105 VVG. bestimmt habe; denn der Gläubiger könne danach sowohl die Auszahlung der Versicherungssumme an den Versicherten durch Widerspruch verhindern als auch durch Fortzahlung der vom Versicherten

verweigerten Prämien wider den Willen beider Versicherungsparteien das Versicherungsverhältnis aufrechterhalten; auch könne er nach § 1134 Abs. 2 den Eigentümer zur Weiterversicherung zwingen (RG. 52, 295). Gegen Mißbrauch dieser Gläubigerrechte des Versicherungsnehmers sei er geschützt; denn wollte ihn der Gläubiger daran hindern, an Stelle eines unsicheren mit einem sicheren Versicherer abzuschließen, so könne er ihn aus § 1276 Abs. 2 zur Zustimmung mit der Begründung zwingen, daß durch den Vertrag mit einem besseren Versicherer das Gläubigerpfandrecht nicht beeinträchtigt werde.

§ 1130.

Werneburg, BayNotZ. 16, 215 bespricht die Streitfrage, an wen der Versicherer die Wiederherstellungsgelder dann zu zahlen hat, wenn der Hypothekengläubiger die fällige Versicherungsforderung neben dem Grundstück durch Einleitung der Zwangsversteigerung (gemäß § 21 Abs. 11 ZVG.) beschlagnahmt hat. Von den Meinungen Plancks u. a., es dürfe weiter an den Versicherten gezahlt werden, Güthes, es müsse an den Ersteher, Fuchs', es müsse entweder an das Vollstreckungsgericht oder den Ersteher, Biermanns, es müsse an das Vollstreckungsgericht gezahlt und von diesem die Summe im Zuschlagsbeschluß dem Ersteher zugeteilt werden, hält er die letztere für zutreffend, empfiehlt aber bei der herrschenden Rechtsunsicherheit Hinterlegungen (§ 372 BGB.)

§ 1132.

1. BayObLG. 20. 7. 14, JDR. 14, Ziff. 3 auch ElsLothNotZ. 16, 175.

2. BayObLG. 15. 1. 15, JDR. 14, Ziff. 2, auch BayObLG. 16, 6, ElsLothNotZ. 16, 175.

3. Jung, HessRspr. 16, 12. Die Eintragung einer Zwangshypothek ist zulässig, auch wenn für denselben Anspruch bereits eine Vertragshypothek besteht.

§§ 1134, 1135.

Werneburg, Sequestration und Zwangsverwaltung auf Grund einstweiliger Verfügung zum Schutz des gefährdeten Hypothekenrechts, DNotV. 16, 313ff. Die §§ 1134, 1135 gewähren dem Hypothekar gegen Gefährdung der Hypothekensicherheit durch Einwirkung des Eigentümers auf das Grundstück Schutz und zwar für den Fall gefährdender Einwirkung auf das Grundstück selbst (§ 1134) ebenso wie für den Fall der Entfernung oder Verschlechterung von Grundstückszubehör (§ 1135). In beiden Fällen steht dem Handeln des Eigentümers gleich die Unterlassung von Vorkehrungen gegen gefährdende Maßnahmen Dritter. Zur Verwirklichung der genannten Ansprüche kann sich der Hypothekar neben der Klage der einstweiligen Verfügung bedienen. In letzterem Fall müssen die Voraussetzungen des § 935 ZPO. gegeben sein: Individualanspruch und Anspruchsgefährdung. Individualanspruch liegt auch vor, wenn der Hypothekar sich gegen gefährdende Mietzinsverfügungen des Eigentümers wendet (RG. 52, 140). Ob Anspruchsgefährdung vorliegt, ist von Fall zu Fall zu prüfen; stets ist im Auge zu behalten, daß die gefährdende Handlung die Hypothek zu verschlechtern geeignet sein muß. Zur Sicherung seiner Ansprüche aus §§ 1134/5 kann der Hypothekar außer anderen Maßregeln verlangen: Sequestration und Zwangsverwaltung (zulässig gemäß RG. 52, 140). Das Gericht ist an bestimmte Anträge des Gläubigers gebunden, es kann daher, wenn nur Sequestration verlangt wird, nicht die weitergehende Maßregel der Zwangsverwaltung anordnen (wohl aber umgekehrt).

Sequestration ist Verwahrung und Verwaltung des Grundstücks durch einen Treuhänder, der es ordnungsgemäß zu bewirtschaften hat. Das Prozeßgericht kann leitende Verwaltungsgrundsätze festlegen; fehlen solche, so kommen die Grundsätze der Zwangsverwaltung (§ 146 ZVG.) zur Anwendung, aber nur entsprechend, d. h. es scheiden — da nur Sicherung des Hypothekars bezweckt wird — die Grundsätze über die Befriedigung des betreibenden Gläubigers aus. Anwendbar sind danach nur ZVG. §§ 149, 150, 152—154, 155 Abs. 1. Die Aufhebung der Sequestration erfolgt entweder auf Antrag des Eigen-

tümers (§§ 939, 927, 942 Abs. 3 ZPO.) oder von Amtswegen (§ 934 Abs. 2 ZPO.; § 161 mit §§ 28, 29, 32 und 34 ZVG.).

Wird im Wege einstweiliger Verfügung Zwangsverwaltung angeordnet, so scheiden zwar gleichfalls alle die Befriedigung betreffenden Vorschriften aus, die anderen Normen aber finden nicht entsprechende, sondern unmittelbare Anwendung. Im Gegensatz zur Sequestration wird die Zwangsverwaltung ins Grundbuch eingetragen, vor allem aber tritt eine Beschlagnahme des Grundstücks zugunsten des Hypothekars ein. § 148 ZVG. — Wirkungen der Beschlagnahme! — findet Anwendung, weiter auch die §§ 149—154 ZVG. und von den die Verteilung der Grundstückseinkünfte regelnden Normen die §§ 155 bis 157, nicht aber § 158 (Kapitalbefriedigung des betreibenden Gläubigers); wohl aber die §§ 159 und 160. Keinen Grund für die Aufhebung der Zwangsverwaltung bietet § 161 Abs. 2 ZVG. — Befriedigung des Gläubigers —, da trotz Befriedigung des Gläubigers wegen seines Zinsanspruchs die Verschlechterung der Hypothek nicht behoben zu sein braucht; es ist vielmehr Einwilligung des Hypothekars zur Aufhebung erforderlich. Ein weiterer Aufhebungsgrund — außer den schon für die Sequestration erwähnten — ist der Zuschlag in der Zwangsversteigerung — [bei Zuschlag an den Subhastaten aber nur dann, wenn die Hypothek, zu deren Schutz die einstweilige Verfügung ergangen ist, durch den Zuschlag erloschen ist, nicht wenn sie bestehen bleibt] —; die Zwangsverwaltung ist dann gemäß § 161 ZVG. aufzuheben; zwischen Zuschlag und Aufhebungsbeschluß führt der Verwalter die Verwaltung für Rechnung des Erstehers fort. Beantragt während der auf Grund einstweiliger Verfügung angeordneten Zwangsverwaltung ein weiterer Gläubiger auf Grund vollstreckbaren Titels die Zwangsverwaltung, so wird kein neues Verfahren erforderlich, sondern das Vollstreckungsgericht hat einen Beitrittsbeschluß zu erlassen. Vgl. in gleichem Sinne Werneburg, Schutzmittel des Hypothekengläubigers bei Gefährdung seines Hypothekenrechts, PosMSchr. 16, 75.

§ 1138.

1. **RG.** 15. 4. 16, LeipzZ. 16, 1098, R. 16, Nr. 1133. Eine in § 1169 vorausgesetzte Einrede kann der Eigentümer gemäß § 1137 geltend machen, wenn dem persönlichen Schuldner eine die Geltendmachung der Forderung dauernd ausschließende Einrede zusteht. Eine derartige Einrede kann er im Falle der Abtretung der Hypothek an sich auch dem neuen Gläubiger entgegensetzen; vgl. § 404 BGB., dessen Anwendung in Ansehung der Hypothek durch § 1156 nicht ausgeschlossen ist. Es gelten aber die Vorschriften der §§ 891—899 auch für sie (§ 1138 BGB.). Die Anwendung dieser Vorschriften in Verbindung mit § 1140 ergibt, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich auch auf das Freisein der Hypothek von derartigen Einreden erstreckt und daß sie infolgedessen dem neuen Gläubiger nur entgegengesetzt werden können, wenn die Einredetatsachen sich aus dem Grundbuche oder dem Hypothekenbriefe ergaben oder ihm bei dem Erwerbe bekannt waren oder ein Widerspruch ihretwegen im Grundbuche eingetragen war (vgl. RGRKomm. zu § 1157 Anm. 1 und 4, **RG.** 81, 83ff.).

2. **RG.** 1. 7. 16, LeipzZ. 16, 1227, R. 16, Nr. 1505/6. Die aus einem vorliegenden Darlehnsschuldbekenntnisse und der Eintragung der Darlehnshypothek sich ergebende Vermutung für das Bestehen der Darlehnsforderung wird durch die Einräumung des Gläubigers, daß er ein Darlehn nicht gegeben habe, allein noch nicht widerlegt. Vielmehr ist zur Widerlegung der Vermutung der Nachweis des Nichtbestehens einer Schuld überhaupt, die auf das Schuldbekenntnis Bezug haben könnte, erforderlich.

Wenn der Gläubiger, der zugibt ein Darlehn nicht gewährt zu haben, selbst einen bestimmten anderen Schuldgrund behauptet, bedarf es auch für den Schuldner, um gegenüber seinem Schuldbekenntnis darzutun, daß eine Schuld, die in eine Darlehnsschuld umgewandelt sein könnte, nicht bestanden habe, nur des Eingehens auf den vom Gegner behaupteten Schuldgrund und der Widerlegung dieses Schuldgrundes.

§ 1141.

Goldmann, Muß die Hypothek durch die persönlichen Schuldner gekündigt werden? LeipzZ. 16, 1222. Wolff bejaht die Frage (Sachenrecht § 138, S. 487 Anm. 1). Sie ist aber zu verneinen. Die akzessorische Natur der Hypothek ist wie in anderen Fällen, so auch in § 1141 BGB. für die Kündigung durchbrochen. Bei der Verkehrshypothek (anders bei der Sicherungshypothek nach § 1185 Abs. 2 BGB.) ist zur Fälligkeit des hypothekarischen Anspruchs Kündigung gegenüber dem Eigentümer nicht nur erforderlich, sondern auch genügend. Selbständige Fälligkeit des Hypothekenrechts ohne gleichzeitige Fälligkeit der persönlichen Forderung findet sich auch in § 1142 BGB. Die Wolffsche Ansicht würde praktisch zu größeren Schwierigkeiten führen, wenn zweifelhaft ist — namentlich wegen §§ 415, 416 BGB. —, wer persönlicher Schuldner ist. Die Richtigkeit der vorliegenden Auffassung ergibt sich endlich mit voller Deutlichkeit aus der Entstehungsgeschichte des § 1141 bzw. des § 1079 Entw. I, in dem es hieß: „Ist die Fälligkeit der durch die Hypothek gesicherten Forderung von einer Kündigung abhängig, so ist in Ansehung des Anspruchs aus der Hypothek zur Wirksamkeit der dem Gläubiger zustehenden Kündigung erforderlich und genügend, daß dem Eigentümer gekündigt wird. . ." Diese Vorschrift ist in der 2. Kommission sachlich gebilligt worden.

§ 1144.

1. RG. 18. 9. 15, JW. 15, 1260, BayRpflZ. 16, 11, GruchotsBeitr. 60, 318, LeipzZ. 16, 237, ZBlFG. 17, 127. Die Revision hat zugeben müssen, daß Klagen . . . auf Löschungsbewilligung für den bezahlten Teilbetrag einer Hypothek . . . allgemein üblich sind und allgemein zugelassen werden, hat es aber für angezeigt erachtet, daß gegen diese fehlerhafte Praxis, die sich nunmehr auch auf RG. 56, 327 stützte, Stellung genommen werde. Das Interesse der Beklagten, auf das in dieser Entscheidung Gewicht gelegt werde, sei vorhanden; denn der Beklagten müsse daran liegen, daß der unbegründeten Klage nicht stattgegeben und daß sie nicht in die Kosten verurteilt werde. Der Revision kann jedoch zunächst nicht zugegeben werden daß die Ausstellung einer Löschungsbewilligung durch den Hypothekengläubiger, der vom Eigentümer des Grundstücks Zahlung erhalten hat und dessen Hypothek zufolge dessen nach §§ 1163, 1177 als Eigentümergrundschuld auf den zahlenden Eigentümer übergegangen ist, rechtlich nicht mehr möglich ist. Allerdings finden sich Anklänge an diese Ansicht in RG. 48, 48/55; 56, 322/7, KGJ. 40, A 296 ff., Güthe, GBO. (3) 628 A. 10 zu § 27, Turnau-Foerster, Liegenschaftsrecht (3) § 1163 A. II 4, abw. § 1144 A. 1, § 1155 A. 4. Dabei handelte es sich aber um materielle Rechtsverfügungen, so namentlich in RG. 48, 48 um eine Abtretung der Eigentümergrundschuld, im übrigen um eine Aufgabe des Rechtes i. S. der §§ 875, 1183. Die Löschungsbewilligung braucht aber nicht diese Bedeutung zu haben; denn die Einwilligung in die Löschung kann auch als Zustimmung zur Grundbuchberichtigung (§ 894) aufgefaßt werden und so ausschließlich formelle Bedeutung haben. In diesem Sinne ist sie in RG. 56, 327 zugelassen worden und deshalb wird sie in solchen Fällen auch sonst nicht beanstandet (zu vgl. die oben genannten Schriftsteller bei § 19 GBO., Güthe A. 24, Turnau-Foerster A. II 12). Bei der Löschung einer durch Zahlung zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek handelt es sich allerdings nicht um eine reine Grundbuchberichtigung, sondern um einen Vorgang, der sich zusammensetzt aus einer materiellen Verfügung (Löschungsbewilligung, Löschungsantrag) des Eigentümers und einer formellen, die Zustimmung enthaltenden Erklärung des eingetragenen Berechtigten, aber den Anspruch darauf gibt im Anschluß an das frühere preußische Hypothekenrecht der § 1144 dem zahlenden Eigentümer. Dieser soll nicht genötigt sein, zunächst im Wege der Grundbuchberichtigung seine Eintragung im Grundbuch und dann erst die Löschung herbeizuführen, sondern das Recht haben, unmittelbar die Löschung und die dazu erforderlichen Urkunden zu verlangen. Eine solche zur Löschung geeignete Urkunde bildet gemäß § 894 ZPO. die den Sachverhalt klarstellende Verurteilung des eingetragenen Berechtigten zur Einwilligung in die Löschung. Nun wird allerdings gel-

tend gemacht, der zahlende Eigentümer bedürfe einer solchen Einwilligung in die Löschung nicht, weil eine in den Formen des § 29 GBO. ausgestellte Quittung — nicht zu verwechseln mit der sog. löschungsfähigen Quittung des früheren Rechts, die aus Quittung und Löschungsbewilligung sich zusammensetzte — dieselben Dienste leiste. Mit einer solchen Quittung könne auch ohne Zustimmung des eingetragenen Berechtigten (§ 394) nach § 22 GBO. der Eigentümer im Wege der Grundbuchberichtigung die Umschreibung, aber auch die Löschung herbeiführen. Der Eigentümer, dem § 894 das Recht gibt, die Einwilligung des Buchberechtigten zu verlangen, braucht sich aber auf diesen Weg nicht verweisen zu lassen (Urt. des erkennenden Senats 25. 10. 13, V 210/13). Man wird, wie in **RG.** 56, 327 angedeutet, einen solchen Einwand zulassen können, wenn der Beklagte ein berechtigtes Interesse hat, wenn z. B. Löschungsbewilligung von ihm verlangt wird, nachdem er bereits beglaubigte Quittung ausgestellt hat. Ein solches Interesse bildet aber das von der Beklagten im vorliegenden Falle vorgeschützte nicht. Sie würde Abweisung der Klage und Verurteilung des Klägers zu den Kosten niemals erlangen können; denn auch wenn ihr Einwand durchgriffe, würde dem Kläger die Quittung als das Mindere gegenüber der Löschungsbewilligung (Quittung und Zustimmung) zuzusprechen sein und keinerlei Veranlassung vorliegen, dem Kläger auch nur einen Teil der Kosten aufzuerlegen. Von besonderen, durch besondere Interessen des Beklagten bedingten Ausnahmefällen abgesehen, entspricht es althergebrachtem Rechte (Dekl. 3. 4. 1824 zu Anh. § 52 ALR. I 16 § 484; PrEEG. 5. 5. 72 § 63), an dem das darauf aufgebaute Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs nichts hat ändern wollen (Mot. I Entw. §§ 1196, 1119 Bd. III 731, 758ff.), daß der zahlende Eigentümer die Wahl hat zwischen Quittung, Umschreibungs- oder Löschungsbewilligung (RGKomm. A. 4 zu § 1144, Staudinger A. 1a zu § 1144, Planck A. 3b, Biermann A. 2b, Oberneck II 231 § 138 2γ, derselbe, GruchotsBeitr. 47, 319).

2. München 13. 5. 15, SeuffA. 71, 20 kommt zu demselben Ergebnisse.

§ 1150.

1. BayObLG. 21. 1. 16, BayNotZ. 16, 260, BayRpflZ. 16, 114, DJZ. 16, 997, LeipzZ. 16, 824. Bei Geltendmachung des Ablösungsrechts kann nur einem etwaigen Restbetrag der bezahlten Forderung der Vorrang vor dem auf den ablösenden Dritten übergegangenen Teilbetrag zustehen. Dasselbe Vorrecht kommt einer weiteren Forderung desselben Gläubigers nicht zu. Denn durch die Ablösung wird die Rechtslage des abgelösten Gläubigers nicht zu seinen ungunsten verändert. Seine nachstehende Hypothek behält ihre Rangstelle wie bisher. Durch den Verzicht oder die Zahlung erlischt das dingliche Recht regelmäßig nicht, es besteht vielmehr fort, auch wenn der Schuldner selbst zahlt, so daß von einem Aufrücken des nachfolgenden Hypothekengläubigers nicht die Rede sein kann. Die Berufung auf § 772 Abs. 2 Satz 2 und § 774 Abs. 1 Satz 2 geht fehl; denn wenn diese Bestimmungen auch für das Mobiliarpfandrecht die von der Beschwerdeführerin gewollte Wirkung haben mögen, was übrigens für das Gebiet des Bürgschaftsrechts vom Reichsgericht verneint ist (**RG.** 76, 195), so sind sie doch nicht in gleicher Weise für das Liegenschaftsrecht anwendbar, da hier im Falle der Ablösung die Hypothek regelmäßig nicht erlischt.

2. **RG.** 16. 2. 16, BankA. 16, 323, BayRpflZ. 16, 228, FrankfRundsch. 50, 1, LeipzZ. 16, 689, R. 16, Nr. 827. Befriedigt ein durch die Zwangsversteigerung betroffener Gläubiger den betreibenden Gläubiger teilweise durch Ratenzahlung, so kann er in Höhe der Raten das Gläubigerrecht erwerben; der Erwerb ist ausgeschlossen, wenn die Befriedigung von vornherein nicht dazu bestimmt war, die Versteigerung zu beseitigen, sondern nur den Zweck hatte, sich anderen Gläubigern gegenüber einen besseren Rang zu sichern.

3. AG. Hamburg 23. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 137. Der nachstehende Hypothekar hat in Ausübung des Ablösungsrechts eine Zinsforderung des vorgehenden Gläubigers beglichen. Bei der späteren Zwangsversteigerung ist der Ablösende ganz, der Abgelöste teilweise ausgefallen. Das Verlangen des Ablösenden, bei Verteilung des Erlöses an die Stelle der Zinsforderung und damit vor das Kapital des Abgelösten zu treten, ist un-

berechtigt. Nach der Rechtsprechung des RG. darf durch Ausübung des Ablösungsrechts der vorstehende Hypothekar nicht schlechter gestellt werden, als wenn der Schuldner selbst zahlen würde. Hätte vorliegendenfalls der Schuldner den Zinsrückstand beglichen, so wäre nach § 1178 die Hypothek insoweit erloschen, während sie bei Auszahlung durch den ablösenden Nachhypothekar auf diesen übergegangen ist. Die Geltendmachung dies Übergangs benachteiligt daher den vorstehenden Gläubiger.

§ 1154.

1. **RG.** 3. 3. 16, LeipzZ. 16, 1188, SeuffA. 71, 285. Als Übergabe des Hypothekenbriefs i. S. des § 1154 ist es nicht anzusehen, wenn der die Abtretung einer Teilhypothek beurkundende Notar den Brief von der Hauptgläubigerin entnimmt, ihn dem Teilzessionar einen Augenblick aushändigt, ihn ihm dann aber sofort wieder abnimmt, und der Hauptgläubigerin zurückgibt. Diese bloße Scheinhandlung ist nicht geeignet, Besitz oder auch nur Mitbesitz am Brief zu begründen.

2. **RG.** 4. 1. 16, LeipzZ. 16, 462 u. 936, R. 16, Nr. 466 (vgl. § 1159 Z. 1). Das Zinsrecht ist nur ein Nebenrecht der Forderung. Was von der Forderung gesagt ist, gilt daher grundsätzlich auch von den Zinsen. An sich muß deshalb § 1154 auch für die Abtretung der Zinsen maßgebend sein. Nun ist zwar für die Übertragung von Zinsen im § 1159 eine besondere Vorschrift gegeben. Aber diese besondere Vorschrift gilt nach dem klaren Wortlaute nur für die Rückstände an Zinsen. Das Gesetz selbst geht also offenbar davon aus, daß im übrigen, d. h. soweit es sich um künftig fällig werdende Zinsen handelt, die Regel des § 1154 Platz greift (**RG.** 74, 78; 86, 218).

§ 1155.

1. **RG.** 17. 5. 15, JDR. 14, 296, jetzt auch GruchotsBeitr. 60, 321, HansGZ. 16, Beibl. 183.

2. Boyens, DJZ. 16, 121 weist auf die Gefahren hin, die beim Erwerbe nicht umgeschriebener Briefhypotheken dem Erwerber drohen, namentlich mit Rücksicht auf **RG.** 17. 5. 15 (V 514/14), wonach in betreff jeder Zwischenzession geprüft werden muß, ob dem Zedenten auch der Hypothekenbrief übergeben war. Zu vgl. Simonson, DJZ. 16, 531.

§ 1156.

RG. 15. 4. 16, JW. 16, 908, LeipzZ. 16, 1006, R. 16, Nr. 1131/2. Die nach Abtretung der Hypothek zwischen dem die Abtretung nicht kennenden Eigentümer und dem Zedenten getroffene Vereinbarung, die Hypothek löschen zu lassen, kann dem Zessionar, dem Erwerber der Hypothek, gegenüber nicht geltend gemacht werden.

Eine schuldrechtliche Verpflichtung geht auf den, der ein dingliches Recht als Sonderrechtsnachfolger erwirbt, mangels besonderer Schuldübernahme, überhaupt nicht über. Die Anwendung des § 407 BGB. wird durch § 1156 geradezu ausgeschlossen (**RG.** 67, 413), selbst wenn bei Abschluß der Löschungsvereinbarung der Zedent noch als Gläubiger eingetragen und im Besitz des Hypothekenbriefs war. § 893 ist gleichfalls unanwendbar, da diese Vorschrift zwar auf Leistungen und dingliche Verfügungen über das eingetragene Recht, nicht aber auf Verpflichtungen aus schuldrechtlichen Verträgen hinsichtlich dieses Rechts Anwendung findet.

§ 1157.

RG. 11. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 508. Eine Einrede des Eigentümers gegen den Hypothekengläubiger aus einem Rechtsverhältnis zum Vorhypothekar ist gegeben, wenn dem Eigentümer gegen diesen aus § 826 ein Anspruch auf Löschung der Hypothek erwachsen war.

§§ 1158, 1159.

1. **RG.** 15. 3. 16; 88, 160, JW. 16, 961, LeipzZ. 16, 936. Wesen der Hypothek für Zinsrückstände. Auch sie ist ein eingetragenes Recht; doch gibt die Eintragung nicht Gewähr für Bestand und Umfang des Rechts und der zugrundeliegenden Forderung,

für sie gilt das Konfusionsprinzip (§ 1178), dagegen nicht der Grundsatz des öffentlichen Glaubens (§ 892). Eine Rangänderung (§ 980) kann zwar mit dinglicher Wirksamkeit vereinbart, nicht aber eingetragen werden. Vgl. Bing, JW. 16, 961 Note „zu 6".

§ 1159.

1. RG. 4. 1. 16, LeipzZ. 16, 462 (vgl. § 1154 Ziff. 2). Unanwendbarkeit der Vorschrift des § 1159 auf künftig fällig werdende Zinsen.

2. RG. 7. 1. 16, LeipzZ. 16, 462. Rechtsirrig ist die Ansicht, daß eine ohne nachfolgende Übergabe des Hypothekenbriefs erfolgende Pfändung zukünftig fällig werdender Hypothekenzinsen infolge Eintritts der Fälligkeit nachträglich wirksam werde, da nunmehr die Pfändung der fällig gewordenen Zinsen ohne Übergabe des Hypothekenbriefs jederzeit rechtswirksam erfolgen könne. Zu vgl. im übrigen unten zu § 830 ZPO.

3. LG. Gießen 11. 5. 16, HessRspr. 16, 172. Die Abtretung bloßer Zinsrückstände kann im Grundbuch nicht eingetragen werden, ebensowenig die Einräumung des Vorrangs für das Kapital und die laufenden Zinsen vor diesen Rückständen (Motive III 713 zu § 1090).

§ 1160.

RG. 14. 10. 16, R. 16, Nr. 2101. Ist eine Hypothek auf den Namen eines Minderjährigen eingetragen, so bedarf dieser, großjährig geworden, zur Geltendmachung des Eigentums an dem im Besitz des gesetzlichen Vertreters verbliebenen Hypothekenbriefe gemäß § 952 BGB. nicht des eigenen Besitzes und der Vorlegung des Briefes (Motive III S. 757 Ziff. 2).

§ 1163.

RG. 14. 4. 15 JDR. 14, Ziff. 3, jetzt auch ZBlFG. 16, 578.

1. KG. 8. 7. 15, KGJ. 48, 222. Der Fideikommißbesitzer, der aus seinem Allodialvermögen eine auf dem Fideikommißgrundstück als Fideikommißschuld lastende Hypothek bezahlt, erwirbt dadurch keine Eigentümergrundschuld. Seine Zahlung ist nicht die des Eigentümers — der Fideikommißbesitzer hat nur das nutzbare Eigentum, die Familie das Obereigentum —, sondern die eines Dritten, auf den mangels cessio legis die Hypothek nicht übergeht.

2. Pfändung der Eigentümergrundschuld. a) BayObLG. 24. 6. 16, OLG. 33, 107. Die Kläger haben vor dem Zuschlag die Eigentümergrundschuld gepfändet; die Eintragung der Pfändung ist nach dem Zuschlag erfolgt. Die Annahme der Revision, daß im Falle des § 1163 Abs. 1 Satz 2 vor Umschreibung der Hypothek auf den Grundstückseigentümer für diesen kein dingliches Recht, sondern nur ein schuldrechtlicher und deshalb nach § 829 ZPO. pfändbarer Anspruch gegen den eingetragenen Hypothekar bestehe, wird durch den klaren Inhalt des Gesetzes und durch die ebenso klare Begründung (IV S. 727b) widerlegt. Auch auf § 830 Abs. 2 ZPO. kann sich die Revision nicht berufen. Das Erfordernis der Eintragung ist nicht dadurch gegenstandslos geworden, daß mit dem Zuschlag das dingliche Recht erlischt und damit die Eintragung der Pfändung nicht mehr möglich ist. Allerdings gilt nach § 830 Abs. 2 die Pfändung, wenn sie vor der Eintragung dem Drittschuldner zugestellt wird, diesem gegenüber mit der Zustellung als bewirkt. Diese Vorschrift bedeutet aber nur, daß die Wirkung der Pfändung, „wenn" diese durch die Eintragung wirksam wird, dem Drittschuldner gegenüber, auf den Zeitpunkt der Zustellung zurückbezogen wird (RG. 76, 231). Dagegen betrifft sie die Frage nicht, ob die Pfändung auch dann wirksam wird, wenn ihre Eintragung durch das Erlöschen des gepfändeten Rechts rechtlich unmöglich wird; dies ist vielmehr zu verneinen. Der § 830 Abs. 1 Satz 3 enthält zur Sicherung des Rechtsverkehrs eine zwingende Anordnung, deren Nichtbefolgung die Entstehung des Pfandrechts ausschließt (RG. 70, 278). Einflußlos ist die Erwägung der Revision, daß die Eintragung der Pfändung nicht mehr eine Vollstreckungshandlung bilde und die Vollstreckung als solche schon mit der Zustellung des Beschlusses vollendet sei. Mag auch die Eintragung der Pfändung nicht mehr als

eine Vollstreckungshandlung im engeren Sinn angesehen werden, so ist sie doch eine Vollstreckungsmaßregel im weiteren Sinne und ein wesentlicher, rechtserzeugender Bestandteil des Vollstreckungsverfahrens (ObLG. 11, 62).

b) Rostock 27. 10. 15, OLG. 33, 111. Pfändung einer Grundschuld, deren Brief ein Dritter besitzt. Der § 836 Abs. 3 ZPO. gibt den Herausgabeanspruch nur für andere Forderungen als Hypotheken und Grundschulden. Der § 830 ZPO. erfordert für die Pfändung einer Hypothek und § 857 Abs. 6 ZPO. für die einer Grundschuld außer dem Gerichtsbeschlusse die Herausgabe des Briefes an den Gläubiger. Die Überweisung in § 837 ZPO. erfordert nur deshalb nicht die Herausgabe, weil der für den Überweisungsbeschluß vorauszusetzende Pfändungsbeschluß zu seiner vollen Wirksamkeit bereits der Ergänzung durch die Herausgabe bedarf (Motive zur Nov. von 1898 S. 161). Es würde daher zur Begründung eines Herausgabeanspruchs des Pfändungsgläubigers gegen den dritten Besitzer des Grundschuld(Hypotheken)briefes noch der besonderen Pfändung und Überweisung des Herausgabeanspruchs des Schuldners bedürfen (Seuffert Nr. 2 a, Stein IV 2 zu § 830). Die bisweilen vertretene Annahme, daß mit dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß bezüglich einer Hypothek oder Grundschuld ohne weiteres die Pfändung und Überweisung des Anspruchs des Schuldners gegen einen Dritten auf Herausgabe des Briefes verbunden sei, unterliegt erheblichen Bedenken.

c) Pfändung der in einer Höchstbetragshypothek enthaltenen Eigentümergrundschuld RG. 4. 9. 15, R. 16, Nr. 1904, siehe zu § 1190 Ziff. 4.

3. **RG.** 7. 6. 16; 88, 300, JW. 16, 1191, vgl. ZVG. § 91 Ziff. 4. Das an Stelle der Eigentümerhypothek tretende Recht am Versteigerungserlös.

§ 1166.

RG. 12. 7. 16, DJZ. 16, 1165, GruchotsBeitr. 61, 132, JW. 16, 1409, LeipzZ. 16, 1303, R. 16, Nr. 1905—1909. § 1166 findet auch Anwendung, wenn der persönliche Schuldner berechtigt ist, zwar nicht vom derzeitigen Grundstückseigentümer, aber von dessen Rechtsvorgänger, einem früheren dinglich Verpflichteten, Ersatz zu verlangen. Der Fall liegt durchaus ähnlich dem des § 1164, welcher ausdrücklich auch den persönlichen Schuldner berücksichtigt, der dem Rechtsvorgänger des Eigentümers gegenüber ersatzberechtigt ist. Beiden Vorschriften liegt der gleiche Gedanke zugrunde, nämlich der, den nur persönlich verpflichteten Schuldner, dem andererseits ein Ersatzanspruch an den dinglich Verpflichteten zusteht, mit Rücksicht hierauf möglichst dagegen zu schützen, daß er durch seine Inanspruchnahme seitens des Gläubigers eine Einbuße erleidet. Wie nun § 1164 dem persönlichen Schuldner nicht nur für den Fall seinen Schutz zuwenden will, daß er einen Ersatzanspruch an den gegenwärtigen Eigentümer, den zur Zeit dinglich Verpflichteten, hat, sondern auch unter der Voraussetzung, daß ihm der Rechtsvorgänger dieses Eigentümers der also zuvor dinglich verpflichtet war, auf Ersatz haftet, so muß ein Gleiches für § 1166 gelten. Vgl. Stillschweig, JW. 16, 1409 „zu Nr. 2".

§ 1169.

1. **RG.** 4. 12. 15, BayRpflZ. 16, 111, LeipzZ. 16, 947, R. 16, Nr. 245. Ist eine Grundschuld, die lediglich zur Sicherung einer Forderung bestellt ist, verpfändet, dem Pfandgläubiger aber beim Erwerb des Pfandrechts bekannt, daß die Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld bestellt war, nicht zur Entstehung gelangt ist, so kann der Grundstückseigentümer von dem Pfandgläubiger den Verzicht auf das Pfandrecht verlangen. Im Falle der Übertragung der Grundschuld könnte der Eigentümer, wenn ihm die fragliche Einrede gegen den neuen Gläubiger zustände, gemäß §§ 1169, 1192 von diesem Verzicht auf die Grundschuld verlangen. Ein solcher Anspruch kann für ihn allerdings im Falle der Verpfändung nicht gegen den Pfandgläubiger gegeben sein, da diesem die Grundschuld nicht gehört, ihm vielmehr nur nach Maßgabe der vorgenannten Vorschriften, wenn die gesicherte Forderung fällig ist, in Höhe dieser Forderung ein Einziehungsrecht zusteht. Der § 1169 ist aber gemäß § 1275 entsprechend anzuwenden. Diese Anwendung führt

dazu, daß der Eigentümer verlangen kann, daß der Pfandgläubiger auf sein Pfandrecht an der Grundschuld verzichtet.

2. **RG.** 11. 12. 15, BayRpflZ. 16, 68, LeipzZ. 16, 536. Im Falle des § 1169 kann der Eigentümer als ein Minderes auch verlangen, daß der Gläubiger in die Löschung der Hypothek willigt.

3. **RG.** 15. 4. 16, R. 16, Nr. 1133 kommt zu demselben Ergebnis.

§ 1175.

KG. 29. 10. 14, IDR. 14 zu § 1175, auch BayNotZ. 16, 176.

§ 1176.

1. **RG.** 2. 10. 15, KGBl. 16, 10, IW. 16, 289 (zu vgl. Heinitz, DIZ. 16, 116, Stillschweig, IW. 15, 289). Im Falle des § 1176 muß der Inhaber einer früher Eigentümergrundschuld gewesenen Teilpost, der dinglich Mietzinsen gepfändet hat, schlechthin dem Inhaber der Resthypothek weichen, wenn die gepfändeten Mietzinsen zu dessen Befriedigung nötig sind.

2. Oldenburg 23. 9. 15, ZBlFG. 17, 129 (dazu Kretzschmar ebenda 132). Wird nach Teilung der Hypothek einer der beiden Forderungsbeträge teilweise getilgt, so geht der entsprechende Teil der Teilhypothek, den nach § 1163 Abs. 2 der Eigentümer erwirbt, nicht nur dem beim Gläubiger verbliebenen Teil dieser Teilhypothek, sondern auch der — ganzen — anderen Teilhypothek im Sinne des § 1176 im Range nach.

An sich haben alle Teile der Hypothek gleichen Rang; § 1176 macht hiervon aus Billigkeitsgründen zu Lasten der Eigentümerhypothek eine Ausnahme. Jedem Teil der Hypothek wohnt von Anfang an die Kraft inne, den Wettbewerb einer durch Teilzahlung entstandenen Eigentümerhypothek oder -grundschuld auszuschließen. Diese Kraft wird durch Teilung der Hypothek nicht berührt. Nach der gegenteiligen Ansicht wäre der Wert der Summe der Teilhypotheken geringer als der Wert der ursprünglichen Hypothek. Solange die Hypothek vereinigt bleibt, kann die durch Teilzahlung entstandene Eigentümergrundschuld nicht zum Nachteil des Resthypothekars geltend gemacht werden, während — nach der Gegenmeinung — der Eigentümer die eine Teilhypothek durch Auszahlung an sich bringen und mit der anderen in Wettbewerb treten könnte. Ferner wird durch § 1151 für die Bestimmung des Rangs von Teilen einer Hypothek untereinander die Zustimmung des Eigentümers ausgeschaltet, den Eigentümer geht die Rangfestsetzung nichts an; erwirbt er eine Teilhypothek ganz oder zum Teil, so bewendet es beim Grundsatz des § 1176, wonach er erst an letzter Stelle zum Zuge kommt.

§ 1179.

1. BayObLG. 30. 1. 15, IDR. 14, Ziff. 2, auch BayObLG. 16, 28.

2. BayObLG. 21. 1. 16, BayRpflZ. 16, 114, R. 16, Nr. 686. Durch die Vormerkung wird der grundbuchamtliche Vollzug entgegenstehender Verfügungen nicht ausgeschlossen.

§ 1180.

KG. 16. 3. 16, BankA. 16, 392. Forderungsauswechslung bei Höchstbetragshypotheken. Siehe unten zu § 1190 Ziff. 3.

§ 1181.

BayObLG. 24. 6. 16, OLG. 33, 109. Der persönliche Anspruch des Hypothekars erlischt nicht schon mit dem Zuschlag, sondern erst infolge der tatsächlichen Befriedigung durch Zahlung oder durch die ihr gleichgestellten Vorgänge.

§ 1189.

1. Dresden 31. 12. 15, SächsOLG. 37, 197. Die einer Aktiengesellschaft eingeräumte Stellung eines Treuhänders im Sinne des § 1189 geht im Fall der Verschmelzung der Gesellschaft mit einer anderen Aktiengesellschaft nicht von selbst, d. h. nicht ohne Zustim-

mung der Vertretenen, auf die Gesellschaft über. Die Vertretereigenschaft als solche ist an die dem bestellten Vertreter innewohnende Persönlichkeit gebunden, das ihm entgegengebrachte Vertrauen kann nicht ohne weiteres als auf den Rechtsnachfolger übergegangen gelten.

2. LG. Essen 8. 4. 16, JW. 16, 1041. Die Eigenschaft der Übertragbarkeit ist der Vertreterschaft nach § 1189 nicht wesensfremd derart, daß die Vertreterschaft überhaupt mit dieser Eigenschaft nicht ausgestattet werden könnte. Ist diese Ausstattung bereits bei Begründung der Hypothek erfolgt, so geht mit der Vertreterschaft auch das Recht, sie zu übertragen, auf den neuen Vertreter über und zwar sowohl im Fall der Sonder-, wie im Fall der Gesamtrechtsnachfolge. Eine Einigung des Eigentümers mit sämtlichen Gläubigern, wie sie das KG. (KGJ. 45, A 275) verlangt, da es sich um die Änderung des Inhalts der Hypothek handle, ist hier nicht erforderlich, da die Übertragbarkeit der Vertreterschaft schon mit der Hypothek eingetragen ist, also von vornherein zum Inhalt der Hypothek gehört hat.

§ 1190.

1. Werneburg, Die Maximalhypothek (Kredithypothek) vor und nach der Beschlagnahme des Grundstücks, BadNotZ. 16, 45ff. In dem Streit über das Wesen der Maximalhypothek — herrschende Meinung: sie ist von vornherein Gläubigerhypothek und wird erst bei endgültiger Feststellung der Gläubigerforderung in Höhe des von dieser nicht gedeckten Teiles Eigentümergrundschuld; Fuchs, RGRKomm. und **RG.** 75, 249: sie ist zunächst Eigentümergrundschuld und wird erst bei endgültiger Feststellung der Gläubigerforderung in Höhe des von dieser gedeckten Teiles Gläubigerhypothek — ist der letzten Ansicht beizutreten. Aus ihr ergeben sich folgende Folgerungen: Bis zur endgültigen Forderungsfeststellung darf der Eigentümer über die Post verfügen. Stellt sich bei der Feststellung heraus, daß die Verfügung den forderungsbekleideten Teil der Hypothek getroffen hat, so ist die Verfügung insoweit dem Hypothekar gegenüber nach § 161 BGB. unwirksam. Daher ist auch Pfändung der Post durch die Gläubiger des Eigentümers möglich. Die Verfügungen des Eigentümers sind auch ins Grundbuch einzutragen. Wenn dies **RG.** 75, 250 verbietet, weil das Grundbuch dadurch unklar werde, so ist dem entgegenzuhalten, daß ohnehin das Grundbuch die wahre materielle Lage der Maximalhypothek während der Schwebezeit nicht wiedergibt und jeder wissen muß, daß die eigentliche Klärung erst später bei der Forderungsfeststellung stattfindet.

2. Werneburg, Die Kautionshypothek im Bankverkehr, HoldheimsMSchr. 16, 176. Der Aufsatz hat im ersten Teil den gleichen Inhalt wie der der des Verf. über die Maximalhypothek, BadNotZ. 16, 45ff. (s. oben). Des weiteren wird erörtert der Fall der wechselnden Höhe der zugrundeliegenden Forderung (des Kredits) und damit der Wechsel zwischen Eigentümer- und Gläubigerhypothek, insbesondere bei Wechsel des Grundstückseigentümers während des Bestehens der Hypothek. Durch die Beschlagnahme des Grundstücks, ja auch durch den Zuschlag wird der Rechtszustand nicht geändert, die Höhe der Gläubigerhypothek kann, je nach Stand des Kredits wachsen und schwinden; auch das Verteilungsverfahren bringt keine Änderung (Kretzschmar, Jaeckel-Güthe gegen herrsch. M.); infolgedessen ist der auf die Höchstbetragshypothek entfallende Teil des Versteigerungserlöses bis zur endgültigen Feststellung der Forderung zu hinterlegen.

3. **RG.** 19. 2. 16, BayRpflZ. 16, 291, JW. 16, 740, LeipzZ. 16, 1113, R. 16, Nr. 1511 u. 13 (vgl. oben Ziff. 3 zu § 1113 u. unten zu Ziff. 3). Die Bestellung einer Höchstbetragshypothek für verschiedene Forderungen, die je einem anderen Gläubiger zustehen, ist unzulässig. Soweit für den Kläger aus der bisherigen Geschäftsverbindung mit S. Forderungen entstanden waren, haftete ihm dafür die Hypothek; soweit dies nicht der Fall war, stand die Hypothek gemäß §§ 1163 Abs. 1, 1177 BGB. dem S. als Eigentümergrundschuld zu (**RG.** 75, 250). Eine Erweiterung des Umfanges der durch die Hypothek gesicherten Forderungen dahin, daß auch Forderungen des Sch. aus dessen späterer Geschäftsverbindung mit S. einbezogen wurden, konnte weder durch Vereinbarungen

zwischen Kläger und Sch., noch dadurch, daß S. sich mit solchen Vereinbarungen einverstanden erklärte, allein erfolgen. Vielmehr mußte, wenn die Hypothek für die genannten Forderungen des Sch. haften sollte, abgesehen davon, ob das betreffende hypothekarische Recht von dem Berechtigten an Sch. abzutreten war, jedenfalls soweit die Hypothek dem Kläger für die ihm erwachsene Forderung zustand, das (künftige) Forderungsverhältnis zwischen Sch. und S. gemäß § 1180 BGB. an die Stelle der Forderung des Klägers gesetzt werden, und soweit die Hypothek dem S. als Eigentümergrundschuld zustand, mußte diese gemäß §§ 1198, 877, 873 BGB. in eine Hypothek für das Forderungsverhältnis zwischen Sch. und S. umgewandelt werden. Die Forderungen aus der Geschäftsverbindung des Sch. mit S. sind auch dadurch nicht in die Hypothekensicherung gefallen, daß sie von Sch. an den Kläger abgetreten worden sind. Denn die Abtretung änderte nichts daran, daß die Forderungen in der Person eines anderen Gläubigers entstanden waren als desjenigen, für dessen Forderungen die Hypothek zur Sicherung diente.

3. KG. 16. 3. 16, BankA. 16, 392 (vgl. oben zu § 1180). Zulässig ist die Eintragung der Abtretung einer Höchstbetragshypothek mit Forderungsauswechslung folgenden Inhalts: „Abgetreten an die Bank U. und umgeschrieben auf die neue Gläubigerin mit der Maßgabe, daß die Hypothek fortan zur Sicherung der aus der Geschäftsverbindung der Bank X. mit dem Gutsbesitzer Y. herrührenden und auf die neue Gläubigerin übergegangenen, sowie derjenigen Forderungen dient, die aus der von der neuen Gläubigerin fortgesetzten Geschäftsverbindung mit Y. bereits entstanden sind oder künftig noch entstehen werden, einschließlich eines etwaigen Ausfalls."

Die Abtretung der Höchstbetragshypothek durch den Hypothekar ist auch vor Feststellung der Forderung zulässig, solange keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Höchstbetrag nicht erreicht sei und auch nicht erreicht werden könnte. Die an sich auch bei Höchstbetragshypotheken zulässige Forderungsauswechslung (**RG.** 60, 239, KGJ. 32, 269; 45, 286, RJA. 11, 241) ist auch auf die Fälle auszudehnen, daß der alte Forderungskreis ausgewechselt werden soll gegen einen neuen, der gleichzeitig die bisher zum alten Forderungskreis gehörigen Forderungen in sich aufnimmt. Namentlich gilt auch hier die Erwägung, daß die Beteiligten ihren Zweck auf dem Umweg über den Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek und die Umwandlung der Eigentümergrundschuld in eine Höchstbetragshypothek für einen anderen Forderungskreis dennoch erreichen könnten, wenn man ihnen den Weg des § 1180 verschlösse. Den Parteien stehen drei Wege zur Wahl: 1. Abtretung der Höchstbetragshypothek und Forderungsauswechslung (der neue Forderungskreis ist sachlich begrenzt, umfaßt aber zugleich den Inhalt des alten Kreises); 2. Forderungsauswechslung (der neue Kreis ist nur durch die Person des neuen Gläubigers begrenzt) und Abtretung der aus der Hypothekensicherung ausgeschiedenen Forderungen des alten Kreises; 3. Abtretung der Forderung ohne die Hypothek (§ 1190 Abs. 4) und Abtretung der Eigentümergrundschuld unter Umwandlungen in eine Höchstbetragshypothek für den neuen Gläubiger (KGJ. 32, 269; 39, 240; 46, 282).

Der dritte Weg hat jedoch den Nachteil, daß vorübergehend eine (unbedingte) Eigentümergrundschuld entsteht, die dem Zugriff der Gläubiger des Eigentümers offensteht.

4. KG. 4. 9. 15, R. 16, Nr. 1904, RJA. 15, 69, ZBlFG. 16, 266. Die Beschwerdeführerin hat gegen den Grundstückseigentümer B. gepfändet: erstens die angebliche, zugunsten des Gläubigers E. eingetragene Sicherungshypothek von 25000 M., soweit sie von dem eingetragenen Gläubiger nicht in Anspruch genommen und daher Eigentümergrundschuld des Schuldners B. ist, ferner diese Eigentümergrundschuld selbst und endlich den Anspruch des Schuldners auf Löschungsbewilligung. Sie hat „die Eintragung der Pfändung der Eigentümergrundschuld aus der bezeichneten Post" beantragt. Das Grundbuchamt verlangte durch Zwischenverfügung den Nachweis, daß und in welcher Höhe die Sicherungshypothek Eigentümergrundschuld geworden sei. Beschwerde und weitere Beschwerde sind zurückgewiesen.

Zwar ist der Satz, daß die Höchstbetragshypothek vom Besteller als vorläufige, durch die Entstehung einer den eingetragenen Höchstbetrag erreichenden Forderung auflösend bedingte Eigentümergrundschuld erworben werde, vom **RG.** 75, 250 und Kammergericht (KGJ. 45A 286) aufgestellt worden, aber nur für solche Höchstbetragshypotheken, die dem Gläubiger künftig entstehende Forderungen zum Gegenstand haben. Hier ist aber die Hypothek zur Sicherung aller Forderungen und Ansprüche, die E. gegen den Eigentümer erwerben wird oder bereits erworben hat, bestellt. Schon aus diesem Grunde ist der vom Amtsgericht erforderte Nachweis unentbehrlich; denn es handelt sich danach nicht um künftige, sondern auch um Forderungen, die bereits zur Zeit der Eintragung der Höchsthypothek bestanden. Wie man aber selbst über die an sich vielfach streitige Rechtsnatur der Höchsthypotheken für künftige Ansprüche denken mag, so kann doch keinesfalls die bloße Eintragung einer solchen Sicherungshypothek für künftige Ansprüche später ohne weiteres als die Eintragung einer bedingten Eigentümergrundschuld ausgelegt werden. Das Grundbuch gibt keinen Aufschluß, ob inzwischen irgendwelche der ursprünglich „künftigen" Ansprüche zur Entstehung gelangt sind, und ob deshalb tatsächlich eine bedingte Eigentümergrundschuld vorliegt. Soll die Pfändung einer solchen eingetragen werden, soll sich also an die angebliche Eigentümergrundschuld eine fernere Eintragung anschließen, so müßte im Wege der Grundbuchberichtigung zunächst die Eigentümergrundschuld eingetragen werden.

Zweiter Titel. Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

§ 1191.

Gericke, DNotV. 16., 94. Das mündliche Versprechen, Zinsen von dem Betrage einer als unverzinslich eingetragenen Grundschuld zu zahlen, ist rechtsverbindlich, es sei denn, daß das Versprechen schenkweise erteilt ist. Eine Pfändung und Überweisung der unverzinslichen Grundschuld ergreift nicht die außerhalb dieses grundschuldrechtlichen Rahmens bestehenden Zinsforderungen.

§§ 1191, 1192.

KG. 3. 6. 15, RJA. 14, 307, R. 16, Nr. 943. Die Eintragung einer verzinslichen Grundschuld, bei der nur der Zinsberechtigte, nicht aber der Gläubiger des Kapitals genannt ist, ist unzulässig; das Gegenteil ist insbesondere nicht aus § 1191 Abs.2 zu folgerndort ist nichts weiter ausgesprochen als der Satz, daß auchedie Grundschuld verzinslich sein kann.

§ 1192.

RG. 4. 12. 15, BayRpflZ. 16, 111, R. 16, Nr. 246—248. Es ist rechtlich zulässig, daß bei Bestellung einer Grundschuld, die nur zur Sicherung einer Forderung begründet wird, der Grundstückseigentümer darauf verzichtet, einem späteren Erwerber der Grundschuld eine Einwendung daraus zu machen, daß die Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld bestellt sei, nicht zur Entscheidung gelangt sei und daß dem Erwerber der Grundschuld dies bekannt gewesen sei. — Der Umstand, daß die Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld bestellt ist, zum Teil nicht zur Entstehung gelangt ist, macht die Grundschuld nicht für diesen Teil nichtig. — Auch der Zessionar einer Grundschuld, die lediglich zur Sicherung einer Forderung bestellt ist, muß sich die Einrede gefallen lassen, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei, sofern ihm beim Erwerb der Grundschuld dies bekannt war. Dasselbe gilt bei Verpfändung der Grundschuld vom Pfandgläubiger.

§ 1193.

Rostock 19. 11. 15, MecklZ. 34, 283. Die Kündigung einer Grundschuld gegenüber dem noch nicht in das Grundbuch eingetragenen Erwerber des belasteten Grundstücks ist dann nicht rechtswirksam, wenn der Erwerber die Kündigung zurückweist.

§ 1197.

RG. 31. 5. 16, R. 16, Nr. 1910. Ebensowenig wie der Eigentümer selbst aus einer Eigentümerhypothek die Zwangsvollstreckung betreiben kann, ist der Gläubiger, dem sie vom Eigentümer verpfändet wurde, hierzu imstande. Der Pfandgläubiger macht kraft eigenen Rechts das fremde ihm nicht übertragene, sondern nur verpfändete Recht geltend. Auch in seiner Hand bleibt die Grundschuld Eigentümergrundschuld, und wie er nach § 1197 Abs. 2 Anspruch auf Zinsen nicht erheben kann (RGZ. 60, 359) so ist ihm auch nach § 1197 Abs.1 die Zwangsvollstreckung in das Grundbuch versagt.

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Vorbemerkung. Zu diesem Abschnitt ist auf die Krienersche Abhandlung über den „Erwerb des Versteigerungserlöses" hinzuweisen. (Vgl. zu § 1247.) Zwei Entscheidungen aus dem 87. Band der offiziellen Sammlung fallen in das Gebiet des Pfandrechts. Die erste (zu § 1227) behandelt das Zusammentreffen von vertraglichem und Pfändungspfandrecht an derselben Sache, die zweite (zu § 1275) einen Fall, in dem der Drittschuldner nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses wirksam noch an den Schuldner, statt an den Pfändungspfandgläubiger Zahlung geleistet hat. Zu erwähnen ist die praktisch wichtige Entscheidung des OLG. München (zu § 1276), nach der ein Pfändungspfandrecht an den Mietzinsen dadurch erlischt, daß das Haus an den Schuldner der gepfändeten Mietsforderung verkauft wird.

Schrifttum: Kriener, Der Erwerb des Versteigerungserlöses, BayRpflZ. 16, 250ff., 285ff., 312ff.

§ 1204.

1. a) Kiel 30. 3. 16, SchlHolstAnz. 16, 102. Die Übergabe eines Hypothekenbriefs zur Sicherheit für ein Darlehen ist keine Verpfändung; denn der Hypothekenbrief ist kein Wertpapier. Wohl aber kann sie als Einräumung eines vertraglichen Zurückbehaltungsrechts (RG. 66, 26) gemäß § 140 BGB. aufrecht erhalten werden.

b) RG. 19. 5. 16, HessRspr. 16, 132 spricht auch für den zollamtlichen Begleitschein (Niederlageschein) die Unmöglichkeit der Verpfändung und des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts aus.

§ 1205.

RG. 7. 1. 16, LeipzZ. 16, 877, R. 16, Nr. 687. Ein Vertrag auf Zusicherung einer Pfandbestellung kann dahin ausgelegt werden, daß eine Sicherungsübereignung gewollt ist. Das Kammergericht stellt fest, daß die Beteiligten, indem sie im Juni 1913 der Bekl. das Recht eingeräumt haben, Pfandbestellung an den Maschinen zu verlangen, damit eine Sicherungsübereignung i. S. des Vertrages vom 23. 8. 13 gemeint haben. War aber eine Sicherheitsübereignung von vornherein beabsichtigt, so kann von Umgehung des Gesetzes nicht die Rede sein. Die rechtliche Zulässigkeit der Sicherheitsübereignung, die Sicherstellung von Forderungen durch Übertragung des Eigentums an Sachen gemäß §§ 930, 868 BGB. ist in ständiger Rechtsprechung vom RG. anerkannt.

§ 1206.

Pfandhaltervertrag. Bestellung einer Dienstkaution mittels Abtretung einer Hypothek durch den Dienstpflichtigen an einen Treuhänder. RG. 29. 5. 15; 87, 41. Der Inhalt dieses schuldrechtlichen Vertrags ist der (§§ 688, 1206 BGB.), daß der Beklagte die Hypothek in treuen Händen halten, den Brief verwahren und die Hypothek nur an die Dienstherrin als die Pfandgläubigerin und den Dienstpflichtigen als den Verpfänder gemeinschaftlich, gegebenenfalls zum Zweck der Durchführung des Pfandrechts der Dienstherrin, herausgeben sollte.

§ 1227.

RG. 19. 11. 15; 87, 321. Zusammentreffen eines früheren vertraglichen Pfandrechts mit einem späteren Pfändungspfandrecht an demselben Erbanteil. Die Entscheidung ist nach Lage des Einzelfalls zu treffen. Kein Störungsanspruch des Vertragspfandgläubigers aus §§ 1227, 1004 BGB. gegen die bloße Erwirkung des Pfändungsbeschlusses; denn das Bestehen eines rangjüngeren Pfändungspfandrechts allein hinter dem Vertragspfandrecht beschwert letzteres überhaupt nicht.

Hat der nachstehende Pfändungspfandgläubiger bereits dies Recht auf Versteigerung des verpfändeten Anteils (§ 857 Abs. 5 ZPO.) erwirkt, so ist zu unterscheiden:

Ist das Vertragspfandrecht noch nicht reif zur Befriedigung (§ 1277 BGB.), so ist kein Anlaß zum Widerspruch gegen die bevorstehende Versteigerung, trotzdem gemäß §§ 1242 Abs. 2, 1247 Satz 2 das Pfandrecht am Anteil in ein solches am Erlös verwandelt wird; denn der Zweck des Pfandrechts verlange ein weiteres ohnehin nicht; es handelt sich um einen dem Wesen des Pfandrechts nicht widerstreitenden Entwicklungsgang des rangälteren Rechts.

Hat vor Anordnung der Versteigerung der ältere Pfandgläubiger schon mit der Geltendmachung seines Rechts begonnen, indem er z. B. gemäß § 86 Abs. 2 FGG. den Antrag auf Vermittlung der Auseinandersetzung beim Nachlaßgericht gestellt hatte, so muß, da nun beide Rechte in entgegengesetzter Richtung vorgehen, das jüngere dem älteren weichen; ein Vorgehen aus §§ 1227, 1004 BGB. wäre begründet.

§ 1233.

RG. 15. 2. 16, LeipzZ. 16, 1427. Der Vertragspfandgläubiger, der für die persönliche Forderung einen vollstreckbaren Titel erlangt hat, ist wie jeder andere Gäubiger in gleicher Lage berechtigt, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, auch in das Vertragspfand. Der Pfandvertrag steht der Ausübung dieses Rechts nicht entgegen, eine sie ausschließende Vereinbarung ist hier nicht getroffen. Das OLG. meint, nach Erlaß des Anerkenntnisurteils sei die Bekl. gemäß § 1233 Abs. 2 berechtigt gewesen, den Verkauf der Aktien nach den Vorschriften der ZPO. zu bewirken und sich dadurch von den beengenden Vorschriften der §§ 1234ff. zu befreien. Diese Meinung ist rechtsirrig: der vollstreckbare Titel, den der Abs. 2 des § 1233 im Auge hat, ist ein solcher über die Verpflichtung des Eigentümers zur Duldung des Pfandverkaufs, nicht ein Titel für die persönliche Forderung. Nicht von einer durch § 1233 Abs. 2 gestatteten anderweitigen Verwertung des Pfandes hat die Bekl. Gebrauch gemacht, für diese Gestattung fehlte die Voraussetzung, sondern sie hat die aus dem Pfändungspfandrechte, das von § 1233 Abs. 2 überhaupt nicht betroffen wird, sich ergebenden Befugnisse ausgeübt.

§ 1247.

Kriener, Der Erwerb des Versteigerungserlöses, BayRpflZ. 16, 250ff., 285ff., 312ff. Wird bei Veräußerung eines Pfandes der Versteigerungserlös in barem Geld gezahlt, das vom Ersteher dem Gerichtsvollzieher ausgehändigt wird, so kann sich der Eigentumserwerb auf zweierlei Weise vollziehen.

1. Prinzip des unmittelbaren Erwerbs des Erlöses durch den Gläubiger: Der Erlös tritt an Stelle des Pfandrechts, der Gerichtsvollzieher erwirbt und führt das Geld ab als Vertreter des Gläubigers, ohne daß Eigentumswechsel eintritt.

2. Surrogationsprinzip: Der Erlös tritt an Stelle der Pfandsache, des Eigentums des Schuldners, an Stelle des Gläubigerpfandrechts tritt das Pfandrecht am Erlös. Der Gerichtsvollzieher ist Stellvertreter des Schuldners, führt er das Geld an den Gläubiger ab, so übereignet er in Erfüllung eines öffentlich-rechtlichen dinglichen Anspruchs.

In § 1247 ist, soweit der Erlös den Anspruch des Gläubigers nicht übersteigt, das erste, soweit er ihn übersteigt, das zweite Prinzip durchgeführt. Dadurch ist jeder Eigentumswechsel vermieden.

A. Mobiliarversteigerung. Anwendungsfälle des Prinzips des § 1247:

I. Der Erlös besteht in Geld und es ist nur ein Gläubiger vorhanden.

a) Soweit der Erlös zur Deckung dieses Anspruchs dient, wird das Geld unmittelbar Eigentum des Gläubigers.

b) Soweit der Erlös den Anspruch des Gläubigers übersteigt, wird dieses Geld Teileigentum des Schuldners.

II. Der Erlös besteht in Geld und es sind mehrere Gläubiger vorhanden.

a) Soweit der Erlös zur Deckung der Ansprüche der Gläubiger dient, wird das Geld Teileigentum der Gläubiger nach Maßgabe ihrer Ansprüche.

b) Soweit der Erlös die Ansprüche der Gläubiger übersteigt, wird dieser Geldbetrag Teileigentum des Schuldners.

III. Der Erlös besteht in einer Geldforderung gegen den Ersteher und es ist nur ein Gläubiger vorhanden.

a) Soweit der Erlös zur Deckung dieses Anspruches dient wird die Forderung unmittelbare Forderung des Gläubigers.

b) Soweit der Erlös den Anspruch des Gläubigers übersteigt, wird die überschießende Forderung unmittelbar eine Teilforderung des Schuldners.

IV. Der Erlös besteht in einer Geldforderung gegen den Ersteher und es sind mehrere Gläubiger da.

a) Soweit der Erlös zur Deckung der Ansprüche der Gläubiger dient, entstehen ohne weiteres Teilforderungen der Gläubiger nach Maßgabe und im Range ihrer Ansprüche.

b) Soweit der Erlös die Ansprüche der Gläubiger übersteigt, entsteht des weiteren eine Teilforderung des Schuldners mit dem letzten Rang.

V. Es ist nur ein Gläubiger vorhanden und dieser wird Ersteher. Soweit der Anspruch des Gläubigers im Erlös Deckung findet, ist der Kaufpreis nach § 1239 BGB. als von ihm empfangen anzusehen. Im übrigen ist zu sagen:

a) Soweit der Erlös zur Deckung dieses Anspruches dient, hat es dabei sein Bewenden.

b) Soweit der Erlös den Anspruch des Gläubigers übersteigt, erwirbt der Schuldner

α. im Falle der Barzahlung durch den Ersteher das Eigentum an den gezahlten Geldstücken,

β. im Falle der Nichtbarzahlung eine dem Übererlös entsprechende Geldforderung gegen den Ersteher.

VI. Es sind mehrere Gläubiger vorhanden, und einer von ihnen wird Ersteher.

Soweit jener Gläubiger, der zugleich Ersteher wird mit seinem Anspruch im Erlös Deckung findet, ist sein Kaufpreis nach § 1239 als von ihm empfangen anzusehen. Im übrigen gelten die allgemeinen Grundsätze; also

a) soweit der Resterlös zur Deckung der Ansprüche der übrigen Gläubiger dient, erwerben diese

α. im Falle der Barzahlung durch den Ersteher Teileigentum,

β. im Falle der Nichtbarzahlung gegen den Ersteher Teilforderungen nach Maßgabe und im Range ihrer Ansprüche.

b) Soweit der Resterlös die Ansprüche der übrigen Gläubiger übersteigt, erwirbt der Schuldner

α. im Falle der Barzahlung Teileigentum an dem Reste des gezahlten Geldes,

β. im Falle der Nichtbarzahlung die Restteilforderung gegen den Ersteher.

B. Immobiliarversteigerung: siehe zu §§ 105 ff. ZVG.

§§ 1261, 1262.

Leo, Bürgerliches Pfandrecht an Schiffen und Zwangsversteigerung, BankA. 16, 87. Die gesetzlichen Pfandrechte einer Werft an einem Schiff wegen Bergung in Seenot (§ 754 Ziff. 4 HGB.) und wegen Reparaturen (§ 647 BGB.) gehen dem nach ihrem Ent-

stehen eingetragenen Schiffspfandrecht auch dann vor, wenn sie der Schiffsgläubiger bei der Eintragung seines Pfandrechts nicht gekannt hat.

Zweiter Titel. Pfandrecht an Rechten.

§ 1275.

1. **RG.** 21. 12. 15; 87, 416ff., LeipzZ. 16, 739. Die Vorschrift des § 1275, welche für das Verhältnis zwischen dem Pfandgläubiger einer Forderung und deren Schuldner die Regeln der Forderungsabtretung zur Anwendung bringt, gilt auch für das Pfändungspfandrecht an Forderungen. Aus § 407 in Verbindung mit § 1275 folgt, daß der Drittschuldner durch die nach Pfändung an den Schuldner erfolgte Leistung dem Pfändungsgläubiger gegenüber befreit wird, es sei denn, daß er das Pfandrecht bei Bewirkung der Leistung kennt. Ist ihm die Pfändung, z. B. infolge einer Ersatzzustellung unbekannt geblieben, so wird er durch Leistung an den Schuldner, seinen Gläubiger frei.

2. **RG.** 4. 12. 15, BayRpflZ. 16, 111, R. 16, Nr. 245. Entsprechende Anwendung des § 1169 (zu vgl. oben Ziff. 1 zu § 1169).

§ 1276.

München 10. 2. 16, SeuffA. 71, 270. Durch den Verkauf eines Hauses an den bisherigen Mieter erlischt das an der Mietzinsforderung bestehende Pfandrecht eines Dritten. Auch aus § 1276 kann kein Grund gegen die hier vertretene Ansicht abgeleitet werden. Diese Vorschrift enthält den eigentlich selbstverständlichen Satz, daß ein verpfändetes Recht durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden kann. Sie findet auf das Pfändungspfandrecht keine direkte, höchstens entsprechende Anwendung (RGRKomm. Anm. 3 zu § 1257). Auf Fälle der vorliegenden Art ist sie aber überhaupt nicht anwendbar; denn ein Rechtsgeschäft über das gepfändete Recht, nämlich die Mietforderung, liegt hier nicht vor, vielmehr handelt es sich hier um eine Verfügung über das Eigentum an der Mietsache, durch die der die Grundlage des Pfandrechts bildende Mietvertrag indirekt beseitigt wird. In der Verfügung über die Mietsache aber ist der Vermieter trotz der an der Mietforderung bestehenden Pfändung nicht beschränkt, gepfändet ist vielmehr nur ein auf Grund eines obligatorischen Vertrags bestehendes Recht, auf dessen Fortbestand der Pfändungsgläubiger keinen Anspruch hat.

§ 1293.

Über Sparkassenbücher als echte Inhaberpapiere vgl. *Dickel, Forstzivilrecht 139, betr. die Herzogl. Sparkasse zu Braunschweig.

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Bürgerliche Ehe.

Erster Titel. Verlöbnis.

§§ 1297ff.

Karlsruhe 7. 7. 15, BadRpr. 16, 69. Ein Verlöbnis im Rechtssinne liegt nicht vor, wenn zunächst nur ein vorläufiges Zusammenleben beabsichtigt war, um für jeden Teil die Gewißheit zu beschaffen, ob gegenseitige Neigung bestehe, den anderen Teil zu heiraten.

§ 1298.

1. Celle 4. 11. 14, OLG. 33, 335. Ein wichtiger Grund i. S. des § 1298 Abs. 3 setzt nicht notwendig ein Verschulden des anderen Teiles voraus, vielmehr kann er auch auf Tatsachen beruhen, um derentwillen, auch ohne daß ein solches Verschulden vorliegt, dem zurücktretenden Teile verständigerweise die Eingehung der Ehe nicht zugemutet werden kann, falls sie bei Eingehung des Verlöbnisses noch nicht vorlagen oder

noch nicht bekannt waren. Hierbei ist auf die in den Gesellschaftskreisen der Beteiligten herrschende Auffassung Rücksicht zu nehmen, insbesondere wieweit ein die bisherige geschlechtliche Unbescholtenheit der Braut anzweifelndes, wenn auch unbegründetes Gerücht in weiteren Kreisen in der Weise verbreitet ist, daß ihr guter Ruf darunter gelitten hat. Das bloße Bestehen eines haltlosen und als haltlos erkannten Gerüchts genügt allerdings nicht.

2. Jena 7. 7. 15, ThürBl. 63, 54. Epileptische Erkrankung eines Verlobten ist ein wichtiger Grund zur Auflösung eines Verlöbnisses, sowohl für den Erkrankten, wie für den anderen Teil. War der Erkrankte aber schon bei Eingehung des Verlöbnisses Epileptiker und dieser Zustand ihm und seiner Braut bekannt, so verstößt er gegen Treu und Glauben, wenn er nachträglich seinen Krankheitszustand als Grund, um von dem Verlöbnis zurückzutreten, verwertet.

Zweiter Titel. Eingehung der Ehe.

Schrifttum: Riezler, JheringsJ. 66, 400. Rechtswirkungen der bigamischen Ehe (Bericht bei §§ 1309, 1326).

Vorbemerkung: In umfassender Weise hat Riezler, JheringsJ. 66, 400 (vgl. den Bericht zu §§ 1309, 1326) die Rechtswirkungen der Doppelehe untersucht. — Durch den Wegfall des distriktspolizeilichen Verehelichungszeugnisses ist nunmehr in Bayern für die Angehörigen der rechtsrheinischen Landesteile die Eheschließung von denselben Voraussetzungen abhängig gemacht, die für die übrigen Deutschen gelten, die in Bayern eine Ehe eingehen wollen.

§ 1305.

KG. 3. 3. 16, OLG. 33, 351. Der Mangel der Einwilligung des Vaters macht das Verlöbnis nicht rechtsunwirksam, denn der Mangel ist seinem Wesen nach nicht notwendig dauernd und das Erstreben oder Abwarten seiner Beseitigung nicht sittenwidrig (Schmidt, Familienrecht S. 10). Vgl. auch unten zu § 1620.

§§ 1309, 1326.

Riezler a. a. O. (S. 409). Ist nach Schließung der zweiten Ehe die erste Ehe der Nichtigkeitsklage ausgesetzt oder angefochten, so ist, solange sie nicht durch Urteil aufgelöst ist, die zweite Ehe wirksam, diese Wirksamkeit ist jedoch eine schwebende, d. h. es besteht die Möglichkeit, daß sie sich mit Wirkung ex tunc in Nichtigkeit verwandelt, nämlich wenn ein das Bestehen der ersten Ehe feststellendes Urteil rechtskräftig wird. Wird dagegen nur eine gegen den Bestand der ersten Ehe gerichtete Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage abgewiesen, so ist damit noch nicht ohne weiteres die Nichtigkeit der zweiten Ehe klargestellt, vielmehr bedarf es, um die Nichtigkeit der zweiten Ehe festzustellen, eines gemäß § 1329 die Nichtigkeit aussprechenden Urteils. (415). Solange nicht ein die Nichtigkeit der zweiten Ehe aussprechendes Urteil vorliegt oder die Ehe aufgelöst ist, besteht sie, wenn auch zu Unrecht, und äußert die Rechtswirkungen einer Ehe (sog. vernichtbare Ehe). (419). Das die Nichtigkeit der Ehe aussprechende Urteil wirkt zurück; bis zur Rechtskraft des Urteils äußert aber die Ehe ihre Rechtswirkungen. Das Urteil selbst ist ein sog. Gestaltungsurteil, wenn es auch zugleich Feststellungsakt ist. (430). Hat der eine Ehegatte entdeckt, daß er in einer Doppelehe lebt, so ist er zur ehelichen Lebensgemeinschaft mit dem anderen Ehegatten nicht verpflichtet, vielmehr würde sich dessen Verlangen als Mißbrauch seines Rechtes i. S. des § 1353 Abs. 2 Satz 1 darstellen. (436). Die gutgläubige Frau führt während der Dauer ihrer Gutgläubigkeit den Namen ihres zweiten Mannes, während die schlechtgläubige den ihres rechtmäßigen Gatten zu führen hat. Als Wohnsitz kommt der ihres ersten und ihres zweiten Mannes in Betracht, desgleichen kann (441) eine doppelte Staatsangehörigkeit in Frage kommen, als Unterstützungswohnsitz dagegen regelmäßig (445) nur der des zweiten Ehemanns. Wegen des Kündigungsrechts nach § 1358 s. S. 449ff., wegen der Unterhaltsansprüche und der Kondiktion des Geleisteten S. 455ff., wegen der Eigentums-

vermutungen des § 1362 S. 459ff., wegen Hemmung der Verjährung S. 462ff. Eheverträge (464ff.) äußern bis zur Nichtigerklärung der Ehe ihre Wirksamkeit; mit der Rechtskraft des Ehenichtigkeitsurteils wird der Ehevertrag als solcher, also als familienrechtlicher Vertrag, mit rückwirkender Kraft unwirksam. Als schuldrechtlicher könnte er nur im Wege der Konversion (§ 140 BGB.) aufrecht erhalten bleiben, doch ist dies im Zweifel zu verneinen. Lebt der doppelt verheiratete Eheteil schon mit dem ersten Ehegatten vertragsmäßig in einer Art Gütergemeinschaft, so ist der zwischen den Ehegatten der bigamischen Ehe geschlossene Ehevertrag nach § 134 BGB. nichtig. Beim Mangel eines Ehevertrags tritt in der bigamischen Ehe der ordentliche gesetzliche Güterstand nicht ein, vielmehr in entsprechender Anwendung der §§ 1427—1429 der der Gütertrennung. (473). Das gesetzliche Erbrecht besteht bei der bigamischen Ehe nicht; wegen der Frage der Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen kommen §§ 2077, 2268, 2279 Abs. 2 in Betracht. Über strafrechtliche Fragen (Konkubinat, Verbrechen gegen § 179 StGB.) und Schadensersatzansprüche der Frau s. S. 474ff.

§ 1312.

1. KG. 3. 3. 16, OLG. 33, 335, RJA. 15, 105. Hat das Amtsgericht den Standesbeamten angewiesen, eine Ehe, der an sich das Ehehindernis des § 1312 entgegensteht, zu schließen, so steht dem anderen Ehegatten der geschiedenen Ehe hiergegen ein Beschwerderecht nach § 20 FGG. nicht zu, da seine Rechte sich auf die in den §§ 1577ff. vorgesehenen beschränken, auf die Geltendmachung dieser Rechte aber es ohne Einfluß ist, ob der geschiedene Ehegatte mit dem, der die frühere Ehe gebrochen hat, oder mit einem anderen eine neue Ehe eingeht.

2. Vgl. ferner unten Ziff. 3b zu § 1573.

§ 1313.

KG. 3. 3. 16, GesuR. 17, 525, JW. 16, 768, OLG. 33, 336, R. 16, Nr. 688. Wenn auch regelmäßig der Umstand, daß die Frau vor Ablauf der Wartezeit sich in anderen Umständen befindet, zu erheblichen Bedenken, ob von der Bewilligung der Befreiung Gebrauch gemacht werden soll, Anlaß geben wird, so können doch im einzelnen Falle besondere Gründe vorliegen, die die Erteilung der Befreiung rechtfertigen, z. B. wenn festgestellt werden kann, daß die Frau nicht von ihrem früheren Ehemanne schwanger ist, und ihr jetziger Verlobter, der die Vaterschaft anerkennt, zu den Fahnen eingezogen ist (Staudinger Anm. 6 zu § 1313).

§ 1315.

I. Preußen.

PrMJ. 7. 1. 16, Standesa. 16, 12 hat auf Grund des Art. 43 § 4 preuß. AG. z. BGB. die russischen Staatsangehörigen bis auf weiteres allgemein von der Beibringung des in Art. 43 § 2 a. a. O. für die Eheschließung vorgeschriebenen Zeugnisses ihres Heimatstaats befreit.

II. Bayern.

BayBek. des Kgl. Staatsmin. des Kgl. Hauses und des Äußern, der Justiz und des Innern v. 26. 10. 15 (JMBl. 111), Standesa. 16, 12, StB. 16, 1 weist darauf hin, daß nach Art. 89 Ziff. 1 des Armengesetzes v. 21. Aug. 14 am 1. 1. 16 vom Heimatgesetz außer dem Tit. I „Von der Heimat“ auch der Tit. II „Von der Verehelichung“ außer Kraft tritt, und daß ferner für die Verehelichung von Nichtdeutschen in Bayern der Art. 91a AG. z. BGB. (Armengesetz Art. 95) neue Bestimmungen trifft. Demgemäß ist das distriktspolizeiliche Verehelichungszeugnis nach Art. 31 des Heimatgesetzes vom 1. 1. 16 an in Wegfall gekommen. Für die Angehörigen der rechtsrheinischen Landesteile gelten fortan ausschließlich die gleichen Vorschriften wie für die übrigen Deutschen, die in Bayern eine Ehe eingehen wollen. Ein gemeindliches Einspruchsrecht (vgl. Heimatgesetz Art. 32) gibt es künftig bei Verehelichungen nicht

mehr. Auch alle nichtgesetzlichen Vorschriften, die sich auf diese Rechtseinrichtungen beziehen, insbesondere Ziff. 36 der MinEntschl. v. 20. 12. 1899 (MABl. 673) und der entsprechende Inhalt des MinEntschl. v. 3. 8. 1899 (MABl. 423) sind außer Kraft getreten. Bei der Verehelichung von Nichtdeutschen in Bayern fällt das Zeugnis der Distriktsverwaltungsbehörde nach Art. 34 des Heimatgesetzes weg. Die Prüfung der Voraussetzungen für die Eheschließungen nach Art. 91a BayAG. z. BGB. (Armengesetz Art. 95) obliegt dem Standesbeamten. Für den Nachweis der Zuständigkeit nach Art. 91a Abs. III gilt bis auf weiteres Ziff. IV der gemeinschaftlichen MinEntschl. v. 6. 5. 1907. Von dieser MinEntschl. sind aus Ziff. I die Abs. 2, 3, 5, 6 Satz 1, aus Ziff. II die Abs. 1, 2, 3, 5, 6, die Ziff. III u. IV, aus Ziff. IV der Abs. 6 außer Kraft getreten.

Örtlich zuständig, um für bayerische Staatsangehörige beiderlei Geschlechts zum Zwecke der Eheschließung im Ausland Ehefähigkeitszeugnisse auszustellen, sind nunmehr a) in den Landesteilen rechts des Rheins die Distriktsverwaltungsbehörde, in deren Bezirke der Antragsteller zuletzt seine Niederlassung oder beim Fehlen einer solchen einen Aufenthalt hatte, b) in der Pfalz der Staatsanwalt des Landgerichts, in dessen Bezirke der Antragsteller zuletzt seine Niederlassung oder beim Fehlen einer solchen einen Aufenthalt hatte. Für besondere Fälle haben sich die Staatsministerien der Justiz und des Innern vorbehalten, die zuständige Behörde (Distriktsverwaltungsbehörde oder Staatsanwalt) zu bestimmen.

§§ 1320, 1321.

PreußMJ. 30. 7. 16, Standesa. 16, 177, StB. 16, 217. Die VO. v. 11. 3. 13, betr. die Befreiung vom standesamtlichen Aufgebot, JDR. 14 Ziff. II 1c zu § 1322, hat an den Vorschriften der §§ 1320, 1321 BGB. über die Zuständigkeit des Standesbeamten nichts geändert und nichts ändern können. Wenn nach den genannten Vorschriften die Befreiung vom Aufgebot von dem Standesbeamten erteilt werden kann, vor dem die Ehe geschlossen werden soll, so ist das im Falle des § 1321 BGB. der ermächtigte Standesbeamte.

Dritter Titel. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

§ 1323.

RG. 20. 6. 16; 88, 326, JW. 16, 1195, LeipzZ. 16, 1103. Aus dem Wesen der Nichtigkeit einer für nichtig erklärten Ehe folgt, daß die Witwe einer Militärperson gemäß § 30 MilHinterblG. den Anspruch auf das Witwengeld auch für die Zeit des formellen Bestandes der materiell nichtigen zweiten Ehe unbeschränkt in der gleichen Weise geltend machen kann, wie wenn sie diese Ehe überhaupt niemals geschlossen hätte.

§ 1333.

I. Persönliche Eigenschaften eines Ehegatten.

1. **RG.** 12. 10. 16, R. 16, Nr. 2105. Als persönliche Eigenschaft i. S. des § 1333 kann auch der üble Ruf eines Mannes, den er sich durch sein voreheliches Verhalten zugezogen hat, als ein ihm anhaftender sittlicher Makel in Betracht kommen.

2. **RG.** 30. 9. 15, LeipzZ. 16, 238. Selbst wenn bei dem verklagten Ehemann ein Krankheitszustand sexuell perverser Art vorläge, der schon bei der Eheschließung in ihm geschlummert habe, so liegt hierin doch noch keine persönliche Eigenschaft, die die Anfechtung der Ehe begründen könnte. Es geht nicht an, einen Ehebruch ohne weiteres auf einen Charakterfehler zurückzuführen und damit die jetzt vorhandene moralische Minderwertigkeit zu einer persönlichen Eigenschaft des Beklagten zu stempeln; sonst könnte so ziemlich jeder Ehebruch nicht bloß zur Scheidung, sondern auch zur Anfechtung der Ehe führen. (In Bestätigung von Stuttgart 19. 12. 14, WürttJ. 27, 195.)

3. **RG.** 11. 12. 15, LeipzZ. 16, 806, R. 16, Nr. 468—740, WarnE. 16, 135. Unfähigkeit des Mannes, den Beischlaf in normaler Weise zu vollziehen, kann als persönliche Eigenschaft i. S. des § 1333 auch dann gelten, wenn sie nicht jeder Frau

gegenüber, sondern nur gegenüber der Ehefrau besteht (relative Impotenz). Diese Unfähigkeit muß aber, um die Anfechtungsklage zu stützen, eine dauernde in dem Sinne sein, daß sie in absehbarer Zeit nicht beseitigt werden kann, und sie liegt nicht vor, wenn sie durch einen der Ehefrau zuzumutenden ärztlichen Eingriff behoben werden kann.

4. Stuttgart 10. 2. 16, R. 16, Nr. 689, WürttZ. 27, 291 erblickt in der sog. „echten Epilepsie" (im Gegensatz zur Reflex- und traumatischen Epilepsie) einen Zustand, der als persönliche Eigenschaft i. S. des § 1333 in Betracht kommen kann.

II. Beweislast.

a) München 6. 11. 15, OLG. 32, 1. Dem Kläger liegt der Beweis seines Irrtums über die der Eheschließung bei verständiger Würdigung entgegenstehende Eigenschaft der verklagten Ehefrau ob; ihn trifft die Darlegungspflicht.

b) Ebenso Hamburg 22. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 101, OLG. 32, 1, Anm. 1 (hier 26. 11. 15).

§ 1336.

Darmstadt 3. 3. 16, HessRspr. 17, 83. Klageberechtigt ist im Falle des § 1331 an sich der Ehegatte, der jedoch im Falle des § 1336 Abs. 2 für die Dauer der Beschränkung seiner Geschäftsfähigkeit für die Klagerhebung selbst nicht prozeßfähig ist, so daß während dieser Zeit der gesetzliche Vertreter allein anfechten kann. Letzteres geschieht zwar aus eigenem Rechte, aber doch in Vertretung des prozeßunfähigen Ehegatten und zeitlich begrenzt durch den Eintritt voller Geschäfts- und Prozeßfähigkeit zu selbständiger Anfechtung auf seiten des Ehegatten; vgl. auch § 612 ZPO.

§ 1339.

1. Hamburg 17. 2. 15, OLG. 32, 1. Wird eine Ehe wegen Geisteskrankheit des anderen Ehegatten angefochten, so wird die Vollendung der Anfechtungsfrist (§ 1339 Abs. 1) nicht dadurch hinausgeschoben, daß der andere Ehegatte ohne gesetzlichen Vertreter ist. Durch die in § 1339 Abs. 3 in bezug genommene Vorschrift des § 206 wird nur die Vollendung der für den geschäftsunfähigen Anfechtungskläger laufenden Frist hinausgeschoben, während, wenn der andere Ehegatte geschäftsunfähig ist, die in dem Mangel seiner gesetzlichen Vertretung liegende Schwierigkeit dadurch zu beseitigen ist, daß ihm rechtzeitig ein gesetzlicher Vertreter bestellt wird. Ist die Anfechtung im Wege der Widerklage geltend gemacht worden, so verliert diese Anfechtung durch Zurücknahme der Widerklage nach § 1341 Abs. 2 Satz 1 ihre Wirksamkeit, und eine verspätet erhobene neue Anfechtungsklage kann nicht deshalb als rechtzeitig erhoben angesehen werden, weil sie noch vor der Zurücknahme der erwähnten Klage erhoben worden ist. Die Frist des § 1339 ist eine Ausschlußfrist, deren Verlängerung die Parteien so wenig vereinbaren können, wie sie auf ihre Geltendmachung verzichten können.

2. Abs. 2. **RG.** 26. 3. 16, BayRpflZ. 16, 293. Der Kläger hat den Irrtum i. S. des § 1339 entdeckt, wenn er alle tatsächlichen Umstände erkannt hat, die ihm vor der Eheschließung verborgen waren, und wenn er außerdem die Überzeugung gewonnen hat, daß er durch Kenntnis jener Umstände bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe sich von der Eingehung der Ehe hätte abhalten lassen. Es braucht nicht außerdem noch für den Kläger festzustehen, der Anfechtungsgrund würde vom Gericht als ausreichend anerkannt werden.

§ 1343.

RG. 26. 6. 16, R. 16, Nr. 1515. Solange die Ehe nicht mit Erfolg angefochten ist, besteht sie zu Recht, kann also noch geschieden werden, selbst wenn die Anfechtung tatsächlich begründet sein sollte.

§ 1345.

RG. 16. 3. 16, BayRpflZ. 16, 322, GruchotsBeitr. 60, 863, JW. 16, 742, R. 16, Nr. 1516—1518. Für die Frage, ob ein Ehegatte die Anfechtbarkeit der Ehe gekannt

hat, ist es ohne Bedeutung, ob er angenommen hat, der andere Ehegatte werde von seinem Anfechtungsrechte keinen Gebrauch machen; wesentlich ist nur, ob er die die Anfechtbarkeit begründenden Tatsachen gekannt und außerdem gewußt hat, daß sie einen Anfechtungsgrund bilden könnten. Auf die Kenntnis des Beklagten von der Nichtigkeit der Ehe kann sich die Klägerin auch dann noch berufen, wenn diese Kenntnis nicht den Gegenstand der auf die Nichtigkeitsklage ergangenen Entscheidung gebildet hat.

Fünfter Titel. Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

Vorbemerkung; Über die Bedeutung des Familiennamens einer verheirateten Frau verhält sich eine interessante Entsch. des RG. (StrS.) — zu § 1355 —, die eine ledige Frauensperson der Urkundenfälschung für schuldig erachtet, wenn sie, um den Anschein zu erwecken, als ob eine von ihr verschiedene Ehefrau, die den gleichen Geburtsnamen führe, die Urkunde ausgestellt habe, ihrem Familiennamen den einer Frau hinzufügt.

§ 1353.

1. **RG.** 7. 6. 15, JDR. 14, Ziff. I 1 zu § 1353 (Inhalt der auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft gerichteten Klage), auch HessRspr. 16, 285.

2. **RG.** 10. 2. 16, Leipz.Z 16, 807. Wohl gilt im allgemeinen, daß der Eheteil, der dem anderen gegründeten Anlaß zur Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gegeben hat, deren Wiederherstellung erst verlangen kann, wenn bei ihm eine Sinnesänderung eingetreten und dem anderen Teil erkennbar geworden ist. Aber inwieweit solche Anforderungen an den die Wiederherstellung verlangenden Teil zu stellen sind, hängt von den Umständen des Falles ab.

3. Dresden 2. 11. 15, OLG. 33, 337, SächsOLG. 37, 304. Die Vorschrift des § 606 ZPO. hindert nicht, die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft unter Bezugnahme auf einen Ehebruch zu verweigern, der in einem früheren Ehestreite der Parteien hätte geltend gemacht werden können, aber nicht geltend gemacht worden ist. Verfehlungen, die nicht oder nicht mehr den Scheidungsanspruch begründen, können gleichwohl das Herstellungsverlangen als mißbräuchlich erscheinen lassen.

§ 1354.

RG. 29. 4. 15, JDR. 14, Ziff. 1 zu § 1354 (Begriff der das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten), auch **RG.** 87, 56.

§ 1355.

RG. (Straff.) 21. 10. 15, LeipzZ. 16, 46. Der Familienname des Ehemanns, den die Frau zu führen hat, bezeichnet nach Gesetz und Verkehrssitte eine bestimmte Person und enthält nicht etwa lediglich eine Angabe über die dieser Person zukommende Eigenschaft als Ehefrau in dem Sinne, daß durch die Führung des Familiennamens des Ehemanns nur der Personenstand der Ehefrau und die sich daraus ergebenden rechtlichen Beziehungen zum Ausdruck und zur Kenntnis Dritter gebracht werden. Wenn daher eine ledige Frauensperson eine Urkunde mit dem Namen einer Frau unter Beifügung des Mädchennamens unterzeichnet, um dadurch den Anschein zu erwecken, daß nicht die ledige Ausstellerin, sondern eine von ihr verschiedene Frau, die den gleichen Geburtsnamen führt, die Ausstellerin sei, so ist eine falsche Urkunde im Sinne des § 267 StGB. hergestellt, nicht etwa eine echte Urkunde geschaffen, deren Inhalt nur insoweit unwahr ist, als sich die erkennbare Ausstellerin einen falschen Namen und einen unrichtigen Personenstand beigelegt hat.

§ 1356.

1. **RG.** 1. 7. 16, LeipzZ. 16, 1174, R. 16, Nr. 1520. Sind die Ehegatten darüber einverstanden, daß die Frau für gewisse Dienste (z. B. in einem Geschäft) ein Entgelt vom Manne erhalten solle, so kommt damit zum Ausdruck, daß der Mann insoweit eine

Verpflichtung der Frau i. S. von § 1356 Abs. 2 nicht für gegeben erachtet und deshalb eine unentgeltliche Leistung der Dienste nicht in Anspruch nehmen will. Hierdurch wird für die vom Manne der Frau gewährte oder versprochene Vergütung der Charakter als Schenkung ausgeschlossen (**RG.** 64, 328).

2. **RG.** 23. 9. 15, LeipzZ. 16, 1363. Bei einem Abkommen unter Verlobten über Anstellung der künftigen Frau im Geschäft des Mannes handelt es sich nicht um Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse i. S. des § 1432, vielmehr kann der Mann seiner Frau für eine Tätigkeit in seinem Geschäft, zumal wenn diese über den Umfang der ihr nach § 1356 Abs. 2 obliegenden Tätigkeit hinausgeht (**RG.** 61, 53; 62, 297), oder wenn der Mann zum Ausdruck bringt, daß er unentgeltliche Dienste nicht in Anspruch nehmen wolle (**RG.** 64, 328), in jeder beliebigen Form eine besondere Vergütung versprechen.

§ 1357.

KG. 16. 4. 15, OLG. 33, 337. Die Ehefrau ist jedenfalls dann zur Einholung der Entscheidung des VormGerichts nach § 1357 Abs. 3 als befugt zu erachten, wenn zur Zeit der Zustellung der Ausschließungserklärung des Mannes die Eheleute sich noch nicht voneinander getrennt hatten. Im übrigen ist es Tatfrage, ob und inwieweit das Getrenntleben der Ehegatten die Schlüsselgewalt beeinflußt hat (KGJ. 45, A 193).

§ 1358.

KG. 30. 11. 15, JDR. 14, [Ziff. 2a zu § 1358,] jetzt abgedruckt OLG. 33, 338, RJA. 15, 90.

§ 1360.

1. **RG.** 18. 11. 15, LeipzZ. 16, 1363. Die Unterhaltspflicht des Mannes ist maßgebend für die Bestimmung der Höhe, nach der die Entschädigungsrente der Witwe des getöteten Mannes gemäß § 844 Abs. 1 BGB. zu bemessen ist.

2. **RG.** 20. 6. 16; 88, 326 (329). Wird eine Ehe für nichtig erklärt, so verliert damit die Unterhaltspflicht des Ehemanns mit rückwirkender Kraft ihre Rechtsgrundlage. Hieran ändert, soweit die Unterhaltspflicht Dritten gegenüber in Betracht kommt, der Umstand nichts, daß ausnahmsweise der gutgläubige Ehegatte verlangen kann, daß sein Verhältnis zum anderen Ehegatten in vermögensrechtlicher Beziehung, insbesondere auch in Ansehung der Unterhaltspflicht, so behandelt werde, als wenn die Ehe geschieden und der Ehegatte, dem die Nichtigkeit bekannt war, für allein schuldig erklärt worden wäre. Denn diese Verpflichtung berührt nur das Verhältnis der Ehegatten untereinander und läßt sich der den Bestand der Ehe voraussetzenden Unterhaltspflicht nicht gleichstellen. Vgl. auch zu § 1323.

3. **RG.** 5. 7. 15, JDR. 14, Ziff. 2 zu § 1360 (Verhältnis des Anspruchs aus § 1360 Abs. 2 zu dem aus § 1427 Abs. 2), auch LeipzZ. 16, 164.

4. Hamburg 31. 5. 15, OLG. 33, 339. Die Ansprüche aus §§ 1360 und 1578 sind nach ihren Voraussetzungen und nach ihrem Inhalte voneinander verschieden. Der Anspruch aus § 1360 wurzelt in dem Wesen der Ehe als einer sittlichen Lebensgemeinschaft, der Anspruch aus § 1578 soll einen gewissen Ausgleich der durch die Aufhebung der Lebensgemeinschaft für den unschuldigen Teil entstehenden wirtschaftlichen Nachteile bieten. Der eheliche Unterhalt (§ 1360) ist regelmäßig in Natur zu gewähren, eine vertragliche Regelung nur in den Grenzen des § 1361 zulässig, ein Verzicht unzulässig, der Anspruch erlischt mit dem Tode eines Ehegatten. Der Unterhalt des geschiedenen Ehegatten dagegen ist (§ 1578) fest bestimmt, kann nur bei Bedürftigkeit (§ 1578) und subsidiär i. S. von § 1579 beansprucht werden, Verzicht ist zulässig (§ 1579), und der Anspruch erlischt nicht mit dem Tode des verpflichteten Ehegatten (§ 1582). Nach Rechtskraft der Scheidung kann daher aus einem gemäß § 1360 erwirkten Schuldtitel nicht mehr vollstreckt werden (vgl. § 767 ZPO.).

§ 1361.

Stuttgart 5. 5. 16, R. 16, Nr. 1134. Der Mann, der zum Getrenntleben berechtigt ist, verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn er seiner Frau, um sie zum Getrenntleben zu bestimmen, auch über den Zeitpunkt einer etwaigen künftigen Scheidung hinaus Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente verspricht. Um eine Ermöglichung oder Erleichterung der Ehescheidung handelt es sich dabei nicht.

Sechster Titel. Eheliches Güterrecht.

I. Gesetzliches Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1367.

1. **RG.** 28. 6. 15, jetzt auch **RG.** 87, 100ff.

2. Stuttgart 21. 12. 15, R. 16, Nr. 471, 472. Der Ersatz dafür, daß die Frau ihre Fabrikarbeit nicht fortsetzen kann, wird nicht Vorbehaltsgut. Dagegen gehört der Ersatz für Kleider zum Vorbehaltsgut.

3. **RG.** 20. 9. 15, R. 16, Nr. 66. Fortfall der Dienste kann auch die Ehefrau benachteiligen, insoweit, als ihr Unterhalt seitens des Mannes dadurch beeinflußt wird.

4. Hamburg 9. 3. 15, JDR. 14, Ziff. 3, jetzt OLG. 32, 4.

§ 1368.

RG. 13. 3. 16, JW. 16, 834, ZBlFG. 17, 48. Inbegriff von Sachen kann ohne Bezahlung der einzelnen Gegenstände zum Vorbehaltsgut erklärt werden.

§ 1369.

KG. 24. 3. 16, OLG. 33, 339. Auch vorehelicher Erwerb fällt unter diese Bestimmung, gegen **RG.** 65, 367 und die herrschende Meinung.

§ 1370.

RG. 28. 6. 15; 87, 100. Verkauft die Ehefrau ihren Anteil an dem Erwerbsgeschäft einer offenen HG., der selbst zum eingebrachten Gut gehört, während seine Einkünfte Vorbehaltsgut sind (zu vgl. JDR. 14, Entsch. 1 zu § 1367 und hier oben Ziff. 1), so bezieht sich dieses Rechtsgeschäft i. S. des § 1370 nicht auf Vorbehaltsgut, sondern auf eingebrachtes Gut. Die Einkünfte des Kaufpreises gehören deshalb nicht zum Vorbehaltsgut. Sie sind Nutzungen des eingebrachten Gutes und gebühren nach § 1383 dem Manne.

2. Verwaltung und Nutznießung.

§ 1373.

1. **RG.** 7. 1. 16, LeipzZ. 16, 1031, ZBlFG. 17, 141. Ausstattung nach der Verheiratung, die an den Ehemann gewährt ist, kann verzinslich und eingebrachtes Gut sein.

2. Magnus, HansGZ. 16, Beibl. 217. Die Satzung der Sparkasse, daß das Sparkassenbuch unveräußerlich und daß die Sparkasse die Grundsätze des § 808 BGB. über qualifizierte Legitimationspapiere für den Verkehr mit ihr festlegt, kann dem Recht des Ehemannes, aus dem ehelichen Güterrecht die Zinsen der Sparkassenforderung direkt zu verlangen, nicht entgegengesetzt werden; gegen LG. Hamburg 12. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 162, wonach die Sparkasse in diesem Falle die Auszahlung der Zinsen an den Ehemann verweigern dürfte (vgl. oben Ziff. 3 zu § 808).

3. **RG.** 29. 11. 15, DJZ. 16, 630, R. 16, Nr. 1309, 1310. Eintragung des eingebrachten Erwerbsgeschäftes auf den Mann gilt im Zweifel nur auf die Dauer der Ehe. Sie ist durch formlose Vereinbarung der Ehegatten möglich. Nach außen kann der Mann als Geschäftsinhaber auftreten, während nach innen die Frau berechtigt ist (vgl. auch JDR. 14).

4. Sydow, DNotV. 16, 245. Die Übertragung des Eigentums von Vermögensstücken des Mannes an die Frau während der gesetzlichen Verwaltungsgemeinschaft ist

praktisch durch constitutum possessorium unter Verabredung eines Leihvertrags möglich. Die von Sydow zitierten Gründe einer Entscheidung des OLG. Hamburg 23. 2. 16 führen entgegen OLG. Dresden, SächsOLG. 34, 213 aus, daß zwar der Mann zu gleicher Zeit mit dem Recht auf Leihe seine Nutzungs- und Verwaltungsrechte gewinnt, daß dadurch aber die Eigentumsübertragung nicht ausgeschlossen wird.

§ 1374.

RG. 28. 6. 15 jetzt auch RG. 87, 100.

§ 1375.

LG. Gießen 20. 1. 16, HessRspr. 16, 325. Der Mann bedarf der Zustimmung der Frau zur Stellung eines Zwangsversteigerungsantrags zwecks Aufhebung der Gemeinschaft an einem Grundstück, das unter Miteigentum der Frau und dritter Personen steht.

§§ 1376, 1377.

RG. 8. 11. 15, WarnE. 16, 31. Die Vorschriften der §§ 1376, 1377 sind im Interesse der Frau gegeben. Die Zustimmung der Frau zu einer anderweiten Verwendung ihres eingebrachten Gutes enthält deshalb einen Verzicht auf eine dem Gesetz entsprechende Anlegung und schließt in der Regel einen Anspruch gegen den Mann auf Ersatz des aus der dem Gesetz widersprechenden Anlegung entspringenden Verlustes aus. Andererseits braucht die bloße Zustimmung der Frau zur Hingabe von Darlehen aus ihrem Vermögen nicht unter allen Umständen ihr Einverständnis damit zu enthalten, daß die Zahlungen für ihre Rechnung erfolgen sollen.

§ 1377.

RG. 8. 11. 15, ElsLothNotZ. 16, 33, LeipzZ. 16, 1440, WarnE. 16, 28. Hat der Ehemann das Gut der Ehefrau mit ihrer Zustimmung an Dritte ausgeliehen, so ist die Darlehnsforderung eingebrachtes Gut. Er hat nach Beendigung der Verwaltungsgemeinschaft lediglich die Darlehnsforderung an sie herauszugeben, auch wenn er als Gläubiger der Forderung sich geriert hat.

§ 1379.

KG. 10. 12. 15, JW. 16, 444. Die Zustimmung der Ehefrau zur Verwandlung des Pfandbrief-Amortisationsfonds in Kriegsanleihe kann ersetzt werden.

§ 1383.

1. KG. 19. 11. 14, JDR. 14, auch ZBlFG 16, 533.

2. Armbruster, LeipzZ. 16, 1286, vgl. auch DNotV. 17, 39, bekämpft die Ansicht des KG. über die verzinsliche Frauenhypothek, welche nach KG. nur unter Ehevertrag bestellt werden kann, mit folgenden Gründen: Die Ehefrau schuldet die Zinsen nicht dem Mann. Die Zinsforderung der Frau kommt trotz des Nutznießungsrechts des Mannes zur Entstehung, weil insoweit die Ausübung des Nutznießungsrechts ruht. Die Vereinbarung dieses Ruhens ist keine Aufhebung dieses Rechts, bedarf daher keiner Ehevertragsform. Die Abrede bezüglich eines einzelnen Vermögensstücks ist überhaupt keine Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse.

§ 1387.

1. LG. Rostock 17. 8. 15, MecklZ. 34, 223. Vorschußpflicht des Ehemannes besteht auch gegenüber dem Armenrecht des Ehemannes. Erst die Vollstreckung gibt Auskunft über die Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes und Zwecklosigkeit einer einstweiligen Verfügung. Posen 4. 9. 15, PosMSchr. 15, 119 schließt dagegen beim Armenrecht die Vorschußpflicht aus.

2. München 18. 6. 15, OLG. 32, 7. Kostenvorschußpflicht fällt bei Aussichtslosigkeit der Berufung fort.

§ 1388.

1. RG. 27. 3. 16, WarnE. 16, 221. Nach rechtskräftiger Auferlegung der Kosten des Scheidungsprozesses auf die Ehefrau haftet der Mann nicht mehr für die Gerichtskosten, auch nicht aus der Vorschußpflicht. Ebenso schon früher Karlsruhe, BadRpr. 15, 141.

2. Celle 6. 3. 14, OLG. 32, 6 und Dresden 25. 10. 15, OLG. 33, 176. Der Ehemann haftet, wenn die Frau durch Urteil erster Instanz zur Erstattung der Kosten eines zwischen den Eheleuten schwebenden Prozesses verurteilt ist, dem Gericht nicht mehr für die Kosten.

§ 1391.

1. RG. 13. 7. 16, R. 16, Nr. 1911, WarnE. 16, 368. Das Gericht ist nicht auf solche Umstände beschränkt, die bloß die bisherige Verwaltung des Eingebrachten betreffen, sondern kann jederzeit den Charakter und die Handlungsweise des Mannes nach jeder Richtung hin prüfen, kann sein anderweitiges Verhalten, auch sein außergeschäftliches Benehmen und sein gesamtes Auftreten gegenüber seiner Frau würdigen. Liebloses Verhalten allein genügt nicht.

2. Bamberg 4. 10. 15, LeipzZ. 16, 635. In der Trunksucht des Mannes kann ein „erheblich gefährdendes Verhalten" erblickt werden.

§ 1395.

RG. 2. 10. 16; 88, 427, JW. 16, 1476. Die Zustimmung des Mannes setzt allerdings Kenntnis des Rechtsgeschäfts voraus. Bei unzweideutigen Erklärungen einem Dritten gegenüber ist er jedoch auf die Irrtumsanfechtung angewiesen, wenn er über den Inhalt des Rechtsgeschäfts im Irrtum war. Eine Zustimmung zur Verbürgung der Frau bedarf nicht der Form des § 766.

§ 1400.

RG. 20. 3. 16, WarnE. 16, 244. Die Ehefrau kann einen ihrem Mann durch ihren Unfall zugefügten Schaden auch nicht mit Zustimmung ihres Mannes einklagen.

§ 1406.

*Riesenfeld, Erbenhaftung nach dem BGB. I 409. Durch die Vorschrift des § 1406 in Verbindung mit § 2008 bewahrt das Gesetz die Ehefrau als Erbin davor, ein Inventar in den Fällen errichten zu müssen, wo es der Ehemann tut und gibt ihr Gelegenheit, der Inventarpflicht zu genügen, wenn der Ehemann es zu tun unterläßt. Ist die den Ehegatten gesetzte Inventarfrist auch nur von einem der Gatten gewahrt, so haben sie sich die Beschränkungsmöglichkeit erhalten. Hat der Ehemann zwar rechtzeitig, aber ungetreu im Sinne des § 2005 BGB. inventarisiert, so hat dies keinen nachteiligen Einfluß auf die Frau, da aus § 2008 zu folgern ist, daß das Inventar des Mannes ihr niemals schaden kann; aber es kommt, da es eben nicht richtig ist, ihr auch zustatten. Zur Wahrung der Beschränkungsmöglichkeit für beide Gatten muß sie nun innerhalb der Inventarfrist inventarisieren. Hat die Ehefrau zwar rechtzeitig aber ungetreu inventarisiert, so schadet das lediglich ihr. Errichtet der Mann noch innerhalb der Frist das Inventar, so wahrt er für beide Ehegatten die Beschränkungsmöglichkeit. Hat jeder der Ehegatten ein Inventar errichtet, so gilt nur dasjenige der Ehefrau, wenn es richtig ist; das etwa falsche wird durch das richtige des Mannes ersetzt.

3. Schuldenhaftung.

§ 1411.

1. KG. 18. 3. 15, RJA. 14, 236, ZBlFG. 16, 548. Eintragung einer einstweiligen Verfügungsbeschränkung bezüglich eingebrachter Hypothek erfordert Zwang auf Duldung der Vollstreckung gegen den Mann.

2. LG. Würzburg 26. 7. 15, BayNotZ. 16, 352. Die unterlassene Zustellung des Schuldtitels mit Vollstreckungsklausel an den Mann kann nicht durch nachträgliche Zustel-

lung nach der Zwangsvollstreckung geheilt werden. Dann ist die Zwangsversteigerung gegen die Ehefrau unzulässig.

3. Posen 28. 3. 16, PosMSchr. 16, 39. Bei Klage auf Zahlung gegen die Frau und Duldung gegen den Mann liegt eine notwendige Streitgenossenschaft nicht vor. Auch wenn eine voreheliche persönliche Verbindlichkeit gegen die Ehefrau bei Gütergemeinschaft eingeklagt wird besteht eine Gesamtschuld, aber keine notwendige Streitgenossenschaft. Daher ist in solchem Falle Versäumnisurteil gegen die Ehefrau zulässig.

§§ 1411.

Becker, Vollstreckungstitel gegen den Ehemann in Ansehung des eingebrachten Gutes bei dinglicher Unterwerfungsklausel gegen die Ehefrau und bei der Zwangsvollstreckung gegen eine Ehefrau als Ansteigerin aus §§ 132, 133 ZVG., JW. 16, 1444.

Es ist streitig geworden, inwieweit der Gläubiger zur Zwangsvollstreckung gegen ein Frauengrundstück des Duldungstitels gegen den Ehemann bedarf, wenn für die Vollstreckung aus der Hypothek eine Vollstreckungsklausel besteht. Dabei sind drei Fälle zu unterscheiden.

1. Die Ehefrau hat das Grundstück nach Eintritt des gesetzlichen Güterstandes erworben.

2. Die Ehefrau hat vor ihrer Verheiratung eine Hypothek mit Vollstreckungsklausel eintragen lassen.

3. Die Ehefrau hat das Grundstück erstanden, es wird gegen sie wieder versteigert. Das KG., ZBlFG. 14, 592 und BayObLG., SeuffBl. 73, 543 sind verschiedener Ansicht über die Notwendigkeit eines Duldungstitels aus § 739 ZPO. Becker verlangt in allen Fällen einen Vollstreckungstitel gegen den Ehemann, sieht jedoch von der Anwendung des § 739 ZPO. ab, indem er ihn auf dem einfacheren Wege der §§ 727, 742 ZPO. gewährt. Im Falle zu 1 ist der Ehemann mittelbarer Besitzer, das Grundstück streitbefangene Sache für den dinglichen Titel, wenn der Vollstreckungstitel gegen ihn umgeschrieben wird. Für die persönliche Schuld, die die Ehefrau übernommen hat, ist nur die Klage aus § 739 gegeben. Im Falle der Bewilligung der Eintragung durch die Ehefrau selbst vor dem Eintritt des Güterstandes kann der dingliche Titel gegen den Ehemann sowohl auf Grund der §§ 727, 325 ZPO., als auch des § 742 umgeschrieben werden. Wegen der persönlichen Schuld steht dem Gläubiger der Rückgriff des § 742 allein frei. Bei der Zwangsvollstreckung gegen eine Ehefrau als Ersteherin ist zu unterscheiden, ob das Höchstgebot der Ehefrau vor dem Eintritt des Güterstandes liegt oder nicht. Im ersten Falle ist, gleichgültig, ob der Zuschlag erst nach dem Eintritt des Güterstandes gewährt ist, die Möglichkeit gegeben, den Zuschlagbeschluß, welcher hier Vollstreckungstitel ist, sowohl nach §§ 727, 325 wie nach § 742 ZPO. gegen den Ehemann umzuschreiben und wie im zweiten Falle auch gegen das gesamte eingebrachte Gut nach § 742 Duldung des Ehemannes wegen der ganzen persönlichen Schuld herbeizuführen; liegt dagegen das Gebot der Frau und der Zuschlag nach dem Eintritt des gesetzlichen Güterstandes, so kann zur Wiederversteigerung des Grundstücks der Gläubiger nur nach §§ 727, 325 den Titel umschreiben. Will er in das eingebrachte Gut allgemein vollstrecken, so muß er nach § 739 Klage erheben.

§ 1412.

RG. 27. 10. 15, R. 16, Nr. 74. Mit dem Tode des Mannes fällt die Beschränkung der Haftung des eingebrachten Vermögens fort.

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1421.

1. Posen 20. 10. 14, OLG. 33, 93. Bei Gütertrennung ist ein Duldungsanspruch gegen den Ehemann nicht gegeben. Vgl. auch Kiel 26. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 30.

2. **RG.** 7. 10. 15, WarnE. 15, 449. Der Einwand des Mannes gegenüber dem An-

spruch aus § 1421, er habe das Eingebrachte zur Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht der Frau verbraucht, ist grundsätzlich keine Gegenforderung.

3. **RG.** 8. 11. 15, WarnE. 16, 30. Für den Gegenstand des Herausgabeanspruchs ist der Zeitpunkt der Beendigung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung maßgebend. Der Mann muß aber, wenn er seine Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Frauenguts (§§ 1373, 1374, 1359) verletzt oder über Vermögensstücke der Frau unbefugt verfügt hat (§§ 1376, 1377), den Stand des eingebrachten Gutes, wie er bei ordnungsmäßiger Verwaltung gewesen wäre, für die Bemessung seiner Herausgabepflicht gelten lassen und für das Fehlende Ersatz leisten.

5. Gütertrennung.

§ 1427.

1. **RG.** 29. 4. 15; 87, 56 ff. (bereits JDR. 14, Ziff. 2) hebt noch hervor, daß im einzelnen Falle der Anspruch der Frau auf Herausgabe der Einrichtung der Wohnung als mit den ehelichen Pflichten unvereinbar dann abgewiesen werden kann, wenn nach den Vermögens- und Erwerbsverhältnissen des Mannes ihm durch die Wegnahme dieser Einrichtung ein gemeinschaftlicher Haushalt unmöglich gemacht und die Frau auf diese Weise selbst die Erfüllung ihrer Verpflichtung beseitigt.

2. **RG.** 5. 7. 15, JDR. 14, Nr. 3, auch GruchotsBeitr. 60, 326, LeipzZ. 16, 164.

§ 1430.

RG. 28. 6. 15, jetzt auch **RG.** 87, 100.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1432.

RG. 22. 11. 15; 87, 301. Eheverträge, durch welche erst Gütergemeinschaft eingeführt und eine Gütertrennung unter Teilung der Masse vereinbart wird, können in ihrer Gesamtheit als Schenkung zugunsten des bevorzugten Ehegatten betrachtet werden.

§ 1434.

RG. 23. 9. 15, BayRpflZ. 15, 371, LeipzZ. 16, 1363. Ein Vertrag, durch welchen die Vergütung für die Tätigkeit der Frau im Geschäft des Mannes bestimmt wird, fällt nicht unter § 1434.

2. Allgemeine Gütergemeinschaft.

§ 1438.

1. Zu der Frage, ob der Ehemann befugt sei, ohne Zustimmung der Frau ein von ihm erworbenes bzw. auf ihn eingetragenes Grundstück als Gesamtgut eintragen zu lassen, JDR. 15 §§ 1438, 1439, vgl. auch Meikel, R. 16, 124, Schmitt, BayNotZ. 53, 92, Weidemann, ZBlFG. 17, 16.

2. KG. 8. 4. 15, KGJ. 48, 210, SchlHolstAnz. 16, 70, ZBlFG. 16, 553. Der gütergemeinschaftliche Ehemann ist nicht befugt, ohne Zustimmung seiner Ehefrau das Grundbuch dahin berichtigen zu lassen, daß ein zunächst auf seinen Namen gebuchter Erwerb nachträglich als Gesamtgut eingetragen wird. Dasselbe gilt für das Verhältnis des überlebenden Ehegatten und der Abkömmlinge in fortgesetzter Gütergemeinschaft. **RG.** 84, 326 steht nicht entgegen.

§ 1443.

1. **RG.** 10. 6. 15, SeuffA. 71, 50. Die Ehefrau kann den Anspruch auf Erstattung der Heilungskosten allein im eigenen Namen einklagen (vgl. bereits JDR. 14 zu § 1458).

2. Kiel 5. 7. 16, SchlHolstAnz. 16, 177. Im Falle der allg. GG. erwirbt die Frau, soweit sie im Gewerbebetrieb des Mannes Dienste leistet, nicht für den Mann allein, son-

dern für das Gesamtgut, und was infolge ihrer Arbeit an anderweitigen Aufwendungen erspart wird, kommt dem Gesamtgut zugute. Durch die Verminderung der Arbeitsfähigkeit der Frau wird daher nicht der Ehemann als Dritter, sondern das Gesamtgut geschädigt, und der Ehemann ist nach § 1443 BGB. berechtigt, diesen dem Gesamtgut zustehenden Anspruch geltend zu machen (vgl. **RG.** 73, 309).

§§ 1444—1446.

KG. 22. 6. 16, OLG. 33, 341. Zur Löschung einer Hypothek auf dem Gesamtgrundstück muß der Ehemann die Zustimmung seiner Frau beibringen, weil sonst geprüft werden muß, ob eine unentgeltliche Verfügung vorliegt.

§ 1456.

RG. 5. 6. 16, BayRpflZ. 16, 260. Bei allgemeiner Gütergemeinschaft braucht die Ehefrau sich nicht auf den Anspruch gegen den Ehemann verweisen lassen, wenn dieser und ein Dritter sie gemeinschaftlich geschädigt haben.

§ 1471.

Colmar 2. 2. 16, OLG. 32, 408. Der Miterbe kann über seinen Nachlaßanteil auch dann verfügen, wenn zu diesem Nachlaß ein Gesamtgutsanteil gehört. Der Erwerber des Nachlaßanteils erwirbt also den zugehörigen Gesamtgutsanteil als Rechtsnachfolger.

§§ 1483—1518.

1. BayObLG. 28. 4. 16, BayRpflZ. 16, 295, OLG. 33, 341. Der Verwalter im Konkurse über den Nachlaß kann Grundstücke, die zur fortgesetzten Gütergemeinschaft gehören, nur mit Zustimmung der Abkömmlinge veräußern, weil nur der Anteil des Überlebenden zur Konkursmasse gehört.

2. **RG.** 18. 10. 15, welches die Revision gegen Hamburg 26. 2. 15, JDR. 14 zu § 1517 Nr. 2 zurückweist, HansGZ. Beibl. 16, 241, JW. 16, 43, LeipzZ. 16, 480, WarnE. 16, 33. Die §§ 1483—1517 bezwecken nur zum Teil den Schutz der Abkömmlinge. § 1518 ist also auch insoweit maßgebend, als die überlebende Ehefrau geschützt werden soll. Deshalb ist die Einsetzung eines Gesamtgutsverwalters unzulässig; spätere Vereinbarungen zwischen der Witwe und den Abkömmlingen über die Verwaltung sind zulässig und nicht sittenwidrig.

§ 1491.

BayObLG. 7. 7. 16, BayNotZ. 15, 472. § 1491 BGB. findet auch nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft Anwendung, obwohl dieser Paragraph im § 1497 nicht erwähnt ist. Die Erwägungen, welche den § 1491 überhaupt rechtfertigen, treffen auch nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu.

§§ 1511—1516.

Schmitt, Ausschließung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch Erbvertrag, BayNotZ. 53, 343, behandelt den Fall, daß durch den Erbvertrag die Ehegatten sich zu Erben einsetzen, der beiderseitige Nachlaß den Kindern nach ihrem Tode überwiesen wird. Er legt solchen Vertrag dahin aus, daß die Kinder von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen seien, ev. die Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch Ehevertrag beseitigt sei. Die Beerbung tritt stets nach § 1482 ein. Die Erklärung des Überlebenden, daß er die Gütergemeinschaft fortsetzt, ist unwirksam, enthält auch keine Ausschlagung.

3. Errungenschaftsgemeinschaft.

§ 1519.

RG. 10. 7. 16, HessRspr. 16, 183, WarnE. 16, 370. Das Recht auf eine Lebensversicherungssumme ohne Benennung eines Begünstigten gehört bei der Errungenschaftsgemeinschaft nicht in die Errungenschaft, sondern in das Sondergut des Verstorbenen.

§§ 1531 ff.

*Riesenfeld, Erbenhaftung nach dem BGB. I 446. Unter dem Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft sind die Nachlaßverbindlichkeiten Gesamtgutsverbindlichkeiten. (Ebenso gegen die Motive zu BGB. nur Fischer-Henle zu § 1532.) Die Ansicht der Gegner dieser Auffassung ist nicht gerechtfertigt. Das BGB. hat den Grundsatz, daß der Erbe bzw. die Frau in den Fällen, wie sie im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnis die Erbschaft angenommen hat, mit dem gesamten Vermögen hafte. Diesem Prinzip würde es widersprechen, wenn bei der Errungenschaftsgemeinschaft das Vermögen der Frau als Erbin d. h. Gesamtgut von der Haftung ausgeschlossen sein sollte.

Siebenter Titel. Scheidung der Ehe.

Vorbemerkung: Ein zeitgemäßes Thema behandeln OLG. Karlsruhe und Dresden (Ziff. 3 u. 4 zu § 1567), nämlich die Frage, in welcher Weise ein Kriegsteilnehmer, um der Vorschrift des § 1567 Ziff 1 zu entsprechen, die häusliche Gemeinschaft aufrecht zu erhalten in der Lage und verpflichtet sei. — Kaum übersehbar ist wieder die Fülle der zu § 1568 ergangenen Entscheidungen. Der Ausspruch des RG. (Ziff. J. 8 zu § 1568), daß das Sittlichkeitsempfinden nicht von Besitz oder Bildung abhängig sei und daher auch den gesellschaftlich tiefer stehenden Volksklassen im einzelnen Falle das Ehrgefühl und Sittlichkeitsempfinden nicht abgesprochen werden dürfe, wird allgemeine Zustimmung finden. — Über die an die ununterbrochene dreijährige Dauer einer Geisteskrankheit i. S. des § 1569 zu stellenden Anforderung verbreitet sich eingehend ein Urteil des RG. v. 7. 2. 16 (zu § 1569). — Daß die Beitragspflicht der Frau nach § 1585 dem Manne gegenüber, der von den Kindern auf Gewährung von Unterhalt mit Erfolg in Anspruch genommen worden ist, nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß die Frau tatsächlich den Kindern Unterhalt gewährt, wird von dem RG. (zu § 1585) näher dargelegt.

§ 1564.

RG. 23. 12. 14, HansGZ. 16, Beibl. 76. Eine Scheidung darf nicht ausgesprochen werden, ehe nicht das anzuwendende Recht, insbesondere die Staatsangehörigkeit des Mannes, festgestellt ist (JW. 14, 941).

§ 1565.

1. **RG.** 11. 5. 16, WarnE. 16, 270. Hat der des Ehebruchs mit einer bestimmten Frau bezichtigte Beklagte diesen Ehebruch bestritten, aber zugegeben, sonst sich des Ehebruchs schuldig gemacht zu haben, so kann darauf die Ehe geschieden werden, wenn das Gericht die Überzeugung gewonnen hat, daß der Beklagte sich des Ehebruchs mit einer anderen nicht näher festgestellten Frauensperson schuldig gemacht habe (JW. 02, 236; 12, 75).

2. **RG.** 2. 3. 16, BayRpflZ. 16, 181, GruchotsBeitr. 60, 866, R. 16, Nr. 1912. Auch die bloße tatsächliche Zustimmung zum Ehebruche (§ 1565 Abs. 2) kann ebenso wie die rechtsgeschäftliche Zustimmung nach §§ 183, 184 BGB. sowohl eine nachherige als auch eine vorherige sein. Zur Annahme einer vorherigen Zustimmung kann es genügen, wenn die ganze Sachlage den Verdacht rechtfertigt, daß der von dem anderen Ehegatten fortgesetzte und von dem klagenden Teil geduldete Verkehr auf Ehebruch hinauslaufe, nicht erforderlich ist, daß der zustimmende Ehegatte stets sichere Kenntnis von dem Ehebruche des anderen Teiles haben müsse.

§ 1567.

1. **RG.** 30. 3. 16, JW. 16, 835. Regelmäßig beginnt die Jahresfrist des § 1567 Abs. 2 Ziff. 1 mit dem Zeitpunkt, in dem das Herstellungsurteil rechtskräftig wird, in den Fällen aber, in denen der verurteilte Ehegatte von seiner Verurteilung noch keine Kenntnis hatte, mit seiner Erlangung dieser Kenntnis. Der Kenntnis steht das Kennenmüssen nicht gleich, er müßte dann in böslicher Absicht seine Kenntnisnahme vereitelt haben.

2. Hamburg 7. 1. 16, HansGZ. 16, Beibl. 119. Liegt der Tatbestand des § 1567 Abs. 2 Ziff. 1 vor, so hat der Kläger das Recht, die Scheidung der Ehe zu begehren, er-

langt, und dieses Recht ist nicht dadurch wieder untergegangen, daß er später (z. B. durch Begehung eines Ehebruchs) der Beklagten den Grund dazu geboten hat, auch ihrerseits auf Scheidung zu klagen.

3. Karlsruhe 13. 1. 16, BadRpr. 16, 22. Ob ein Kriegsteilnehmer in der Lage ist, die häusliche Gemeinschaft aufrecht zu erhalten, ist eine Frage, die nach den Umständen des Falles geprüft und beantwortet werden muß. Sie ist wohl zu verneinen bei solchen, die auf längere Zeit von jeder Möglichkeit der Verbindung mit der Heimat abgeschlossen sind, also jedenfalls bei den in den Kolonien stehenden Truppen. Dagegen kann man von Offizieren, die auf dem europäischen Kriegsschauplatz im Felde stehen, nicht schlechthin sagen, daß die häusliche Gemeinschaft zwischen ihnen und ihren Frauen abgebrochen sei, vielmehr tritt deren Fortsetzung durch Aufrechterhaltung der ehelichen Wohnung, die Sorge für den Unterhalt der Familie und Briefwechsel in die Erscheinung.

4. Dresden 9. 6. 16, DJZ. 16, 1088, OLG. 34, 257, R. 16, 632, KriegsE. Nr. 1198, SächsRpflA. 16, 357. Ist während der in § 1567 Nr. 1 bestimmten Jahresfrist der Ehemann zum Heere einberufen, so ist es seine Sache, der zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilten Ehefrau eine Erklärung darüber abzugeben, wie sie ihrer Rückkehrpflicht genügen könne, z. B. durch Mitteilung über seine Urlaubszeit. Andernfalls darf sie annehmen, daß er während seiner Dienstzeit nicht ernstlich auf Wiedervereinigung bestehe.

§ 1568.

Schrifttum: Engelmann, R. 16, 485. Der subjektive Tatbestand des § 1568 BGB.

I. Objektive und subjektive Tatbestandsmerkmale im allgemeinen.

1. Engelmann a. a. O. gibt eine Darstellung der subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 1568 an der Hand der Rechtsprechung des RG., und zwar nach der Seite des Beklagten und nach der des Klägers. Verneint wird, daß das Bewußtsein des Beklagten davon, seine Handlungsweise werde, wenn der andere Teil davon Kenntnis erhalte, eine Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses zur Folge haben, zum Tatbestande des § 1568 gehöre. Die bei Staudinger vertretene gegenteilige Ansicht wird damit aufgegeben.

2. BayObLG. 15. 10. 15, R. 16, Nr. 249. Bei Würdigung des ehelichen Verhaltens kann nur eine eingehende Abwägung aller Verhältnisse, z. B. der Art und des Grades eines körperlichen Leidens und der Art, wie der Ehegatte sich im Umgange mit anderen Personen zeigt, zu einer gerechten Beurteilung führen.

II. Verantwortlichkeit für Eheverfehlungen.

RG. 27. 3. 16, BayRpflZ. 16, 322, LeipzZ. 16, 936, R. 16, Nr. 1523—1525. Kranke mit nachgewiesenen Wahnideen sind für die in deren Bereich fallenden Handlungen nicht verantwortlich, ohne daß im einzelnen ein besonderer Nachweis in der Richtung notwendig wäre, daß jede einzelne dieser Handlungen tatsächlich im psychologischen Zusammenhange mit dem krankhaften Vorstellungszwange gestanden hat. Schwere Hysterie ohne Möglichkeit zur Überwindung der krankhaften Vorstellungen vermag ein Verschulden auszuschließen. Der Beweis des Verschuldens liegt dem Kläger ob.

III. Beweispflicht.

1. **RG.** 11. 12. 15, LeipzZ. 16, 1489. Es ist Sache des Scheidungsklägers, den Tatbestand des § 1568 in seinem vollen Umfange darzutun (WarnE. 13, 396; 14, 312, LeipzZ. 15, 532). Davon läßt sich keine Ausnahme für den Fall machen, daß der klagende Ehegatte überhaupt bestreitet, bei dem Vorfall, auf den er seine Klage stützt, irgendwie tätig geworden zu sein.

2. **RG.** 24. 1. 16, BayRpflZ. 16, 227, WarnE. 16, 135. Der Kläger hat den vollen Tatbestand des von ihm behaupteten Scheidungsgrundes klarzulegen und erforder-

lichenfalls zu beweisen, auch wenn es sich um die Unwahrheit der vom anderen Teile über ihn verbreiteten beleidigenden Tatsachen handelt, das Gericht müßte denn aus tatsächlichen Gründen zu einer Umkehrung der Beweislast gekommen sein.

3. **RG.** 6. 12. 15, R. 16, Nr. 250. Eine Verpflichtung der Beklagten, ihr ungünstige zur Begründung des Scheidungsverlangens vorgebrachte Tatsachen, soweit sie richtig sind, im Prozesse zuzugestehen oder doch unbestritten zu lassen, läßt sich aus dem sittlichen Wesen der Ehe nicht herleiten. Vgl. auch Ziff. 4 zu § 1570.

IV. Schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten.

A. Im allgemeinen.

RG. 17. 4. 16, HessRspr. 17, 169. Bei Prüfung der Frage, ob in dem Verhalten eines Ehegatten eine schwere Eheverfehlung liegt, ist der subjektive Standpunkt des verletzten anderen Ehegatten zu berücksichtigen. Es ist in jedem Falle zu prüfen, ob nicht im Hinblick auf das eigene ehewidrige Verhalten des klagenden Ehegatten das Vorliegen eines dem Beklagten zur Seite stehenden Scheidungsgrundes zu verneinen ist.

B. Versagung der ehelichen Pflicht.

1. **RG.** 4. 4. 16, WarnE. 16, 222. Eine hartnäckige Verweigerung der Beiwohnung kann darin gefunden werden, daß die Frau sich weigert, sich einem den ehelichen Verkehr ermöglichenden ungefährlichen ärztlichen Eingriffe zu unterziehen.

2. **RG.** 4. 4. 16, R. 16, Nr. 1136. Hat die Frau einmal durch hartnäckige Versagung des ehelichen Verkehrs den Tatbestand des § 1568 erfüllt, so kann sie den damit gegebenen Scheidungsgrund und das dem Mann daraus erwachsene Recht auf Scheidung nicht einseitig dadurch außer Kraft setzen, daß sie sich zu einer Änderung ihres Verhaltens bereit zeigt.

3. KG. 21. 12. 14, OLG. 32, 9. Ein Ehemann, der seiner ehebrecherischen Frau die Beiwohnung verweigert, verletzt nicht die eheliche Pflicht, selbst wenn er zur Zeit seiner Weigerung noch nichts von dem Ehebruche der Frau weiß.

C. Trunksucht.

RG. 19. 6. 16, LeipzZ. 16, 1556. Auch eine länger zurückliegende Trunksucht kann zur Anwendung des § 1568 ausreichen, wenn der Mann jahrelang während der Ehe alles vertrunken und seiner Frau nicht das Nötigste belassen, sie dazu noch in kränkenden Ausdrücken beschimpft hat.

D. Bedrohung.

RG. 20. 9. 15, GesuR. 17, 405. Wenn Drohungen in dem Bedrohten tatsächlich die Furcht vor ihrer Verwirklichung hervorgerufen haben, so können sie sehr wohl Eheverletzungen sein, auch wenn sie nicht ernstlich gemeint waren, sofern nur der Wille des Drohenden darauf gerichtet war, auf den Bedrohten den Eindruck ernstlich gemeinter Drohungen zu machen.

E. Mißhandlung und Ehrenkränkungen.

1. **RG.** 6. 7. 16, R. 16, Nr. 1730. Eine Mißhandlung ist, wenn die Voraussetzungen der Notwehr nicht vorliegen, auch dann rechtswidrig, wenn der Täter lediglich in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist. Der Grundsatz des § 53 StGB. hat für das bürgerliche Recht keine Geltung. — Eine Aufrechnung gegenseitiger Eheverfehlungen ist dem BGB. unbekannt.

2. **RG.** 1. 11. 14, LeipzZ. 16, 595. Schon eine einzige Beleidigung kann zur Anwendung des § 1568 ausreichen.

3. a) Stuttgart 4. 11. 15, R. 16, Nr. 1136 bejaht die Anwendbarkeit des § 1568, wenn eine Mutter ihre heranwachsende Tochter jahrelang gegen den eigenen Vater verhetzt zu dem ausgesprochenen Zweck, dem Kinde die Achtung vor dem Vater zu nehmen.

b) Ebenso **RG.** 25. 9. 16, R. 16, Nr. 2109.

4. RG. 17. 4. 16, WarnE. 16, 222. Lieblose Behandlung der Stiefkinder kann einen Scheidungsgrund abgeben.

5. RG. 25. 9. 16, R. 16, Nr. 2110. Die dem anderen Eheteile geschuldete Rücksichtnahme verbietet es, ohne hinreichenden Anlaß sich in wegwerfender Weise über dessen Eltern zu dritten Personen zu äußern, selbst wenn diese sein abfälliges Urteil teilen und ähnliche Reden geführt haben.

6. RG. 3. 4. 16, WarnE. 16, 221. In der Ladung eines Ehegatten zur Ableistung des Offenbarungseids kann eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten liegen, wenn sie erfolgt, um den Ehegatten öffentlich zu kränken und bloßzustellen.

F. Erstattung von Strafanzeigen.

1. RG. 25. 11. 15, R. 16, Nr. 475. Darin, daß eine Frau ihren Mann unbeteiligten Dritten gegenüber des Mordes am eigenen Kinde bezichtigt, ist, auch wenn die Frau von der Schuld des Mannes überzeugt ist, eine schwere Verletzung der ehelichen Pflichten zu finden.

2. RG. 9. 3 16, R. 16, Nr. 1522, WarnE. 16, 165. Die Tatsache, daß ein Ehegatte Verdacht einer strafbaren Handlung gegen den anderen hegt, reicht nicht aus, um die Erstattung einer Strafanzeige zu rechtfertigen, es müssen vielmehr tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die bei ruhiger Prüfung und Überlegung den Verdacht als begründet und erweisbar erscheinen lassen. Wenn auch der Zweck, durch das Ermittlungsverfahren Material für den Scheidungsprozeß zu gewinnen, unter Umständen als berechtigt anerkannt werden mag (JW. 05, 496, andererseits JW. 13, 990), so muß doch immer verlangt werden, daß für das behauptete strafbare Verhalten des anderen Ehegatten greifbare Verdachtsgründe vorliegen.

3. RG. 28. 9. 16, LeipzZ. 16, 1543. Die Tatsache, daß ein Ehegatte den anderen überhaupt der Gefahr einer strafgerichtlichen Verurteilung aussetzt, ist an sich so bedeutsam, daß sie nur durch besondere Umstände entschuldigt werden kann. Dazu genügt der bloße Hinweis auf die Aufregungen der Frau nicht, wenn nicht aufgeklärt ist, wer an den ehelichen Streitigkeiten die Schuld trägt. Erheblich für die Verneinung einer schweren Eheverfehlung kann sein, daß die Frau die Anzeige in gutem Glauben, aus berechtigtem Interesse, zu ihrem Schutze erstattet hat, und in diesem Falle würde es nicht entscheidend sein, ob die Anzeige sich als sachlich gerechtfertigt oder sogar als unrichtig erwiesen hat.

G. Unwirtschaftliches Verhalten.

RG. 25. 9. 16, R. 16, Nr. 2107, 2108. Darin, daß der Mann durch unwirtschaftliches Verhalten den wirtschaftlichen Bestand der Ehe gefährdet, kann unter Umständen eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten gefunden werden. Ein solches Verhalten ist nicht schon darin zu finden, daß der Mann hin und wieder in mäßigen Grenzen für seine Person Ausgaben gemacht hat, die an sich vielleicht entbehrlich gewesen wären, aber auf die Gestaltung seiner wirtschaftlichen Lage ohne wesentlichen Einfluß geblieben sind. Darin, daß der Mann den Angehörigen der Frau gegenüber unwahre Angaben über seine Vermögensverhältnisse gemacht hat, liegt für die Frau ein Scheidungsgrund nur dann, wenn sich das Verhalten des Mannes als ehrlos oder unsittlich darstellt.

H. Minder schwere Eheverfehlungen.

1. RG. 6. 12. 15, WarnE. 16, 86. Die Verabfolgung einer Ohrfeige stellt sich, auch wenn es sich um Eheleute aus gebildeten Kreisen handelt, nicht schlechthin als schwere Eheverfehlung dar, insbesondere dann nicht, wenn der Täter durch das Verhalten des anderen Teiles in äußerste sittliche Empörung versetzt worden ist. Es ist Sache des Scheidungsklägers, die Verfehlungen des Gegners, auf die er die Klage gründet, ihrer ganzen Schwere und Bedeutnug nach darzutun.

2. RG. 5. 4. 16, R. 16, Nr. 1138, 1139. Herabsetzende Äußerungen über den anderen Ehegatten können als minderschwere Verfehlungen angesehen werden, wenn sie einem langjährigen Vertrauten der Familie gegenüber gemacht sind, weniger um den anderen Ehegatten zu kränken, als um dem durch dessen Verhalten erzeugten Groll Luft zu machen und das eigene Verhalten zu rechtfertigen. Dasselbe gilt von einem Versuche, schon während des Prozesses Gewißheit über den Inhalt der zu erwartenden Zeugenaussagen zu erlangen oder den eigenen Sohn gewissermaßen zum Zeugen für sich heranzubilden.

3. RG. 11. 5. 16, WarnE. 16, 271. Der Versuch einer Frau, eine andere Person zur Besorgung von Abtreibungsmitteln zu veranlassen, kann nach Lage des Falles als eine weniger schwere Eheverfehlung bewertet werden.

J. Zumutung der Fortsetzung der Ehe.

1. RG. 23. 12. 15, HessRspr. 16, 291. Die Zumutungsfrage ist besonders zu prüfen. Sie erfordert eine Abwägung des beiderseitigen Verhaltens der Ehegatten (WarnE. 15, Nr. 88).

2. RG. 29. 11. 15, R. 16, Nr. 476. Die fortdauernde eheliche Zuneigung des einen Teiles schließt es nicht aus, daß vermöge einer gänzlichen Entfremdung des anderen Ehegatten jede Gemeinsamkeit des Denkens, des Empfindens und der äußeren Lebensbetätigung ausgeschlossen, die eheliche Lebensgemeinschaft also gänzlich zerstört und die Ehe dadurch zerrüttet ist.

3. RG. 25. 2. 15, HansGZ. 16, Beibl. 92. Ein Ehegatte kann sich nicht auf die von ihm selbst verschuldete Zerrüttung berufen, um sich der Verpflichtung zur Fortsetzung der Ehe zu entziehen. Bei beiderseitigem Verschulden kann vielmehr für jeden der Ehegatten nur die durch den anderen Teil verschuldete Zerrüttung oder deren Vertiefung einen Grund abgeben, die Fortsetzung der Ehe abzulehnen. Inwieweit diese Weigerung berechtigt ist, ist unter Berücksichtigung des sittlichen Wesens der Ehe als einer über dem Willen der Eheleute stehenden Ordnung zu beurteilen. Dabei ist das eigene Verhalten des gekränkten Ehegatten zu berücksichtigen. Denn einem Ehegatten gegenüber, der sich selbst schwere Eheverfehlungen hat zuschulden kommen lassen, wird in der Regel die Anlegung eines anderen Maßstabs angezeigt sein, als bei einem Ehegatten, dem keine eigenen Eheverfehlungen zur Last fallen.

4. RG. 10. 1. 16, R. 16, Nr. 690. Kommen bei einer auf § 1568 gestützten Klage eigene Verfehlungen des klagenden Teiles überhaupt in Frage, so ist das beiderseitige Verschulden stets abzuwägen, weil davon die Entscheidung abhängt oder doch abhängen kann, ob nicht dem Kläger trotz der Verfehlungen des Beklagten die Fortsetzung der Ehe zuzumuten sei.

5. RG. 2. 3. 16, WarnE. 16, 163. Die Fortsetzung der Ehe kann einem Ehegatten nicht nur dann zugemutet werden, wenn zwischen seinen Verfehlungen und denen des anderen Teiles ein ursächlicher Zusammenhang besteht, sondern die Umstände können auch so liegen, daß an einen Ehegatten, der sich selbst schwer gegen die ehelichen Pflichten verfehlt hat, das Ansinnen zu stellen ist, das ihm widerfahrene Unrecht zu verwinden und die Ehe fortzusetzen. (Pflicht zur Duldung von Beleidigungen, wenn der Beleidigte das beanstandete ehebrecherische Verhältnis fortsetzt.)

6. RG. 19. 6. 16, WarnE. 16, 401. Aus dem Umstande, daß die Klägerin ihr Scheidungsverlangen erst in zweiter Instanz auf Trunksucht ihres Ehemanns gestützt hat, kann noch nicht schlechthin gefolgert werden, daß die Klägerin die Trunksucht ihres Mannes nicht als ehezerrüttend empfunden habe. Die Empfindung der Zerrüttung der Ehe kann sich nach dem Getrenntleben der Eheleute vertieft haben. Mit Rücksicht auf sein ehewidriges Verhalten kann dem Manne die Fortsetzung der Ehe dann zugemutet werden, wenn er zu einem vertraulichen Verkehre seiner Frau mit einem anderen Manne (sie hatte sich von ihm küssen lassen) Anlaß gegeben hat.

7. RG. 22. 6. 16, JW. 16, 1192, LeipzZ. 16, 1175, R. 16, Nr. 1727—1729. Dem Belieben des Ehegatten ist es überlassen, ob er die Scheidungsklage etwas früher oder später anstellen will. Ein Schluß auf das Nichtvorhandensein der Ehezerrüttung kann aus der späteren Anstellung der Scheidungsklage um so weniger gezogen werden, als für die Ehezerrüttung nicht der Zeitpunkt der Klaganstellung, sondern der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend ist. Es ist wohl möglich, daß dem Ehegatten die volle Bedeutung und Schwere der Eheverfehlung erst später zum Bewußtsein kommt und demgemäß die ehezerrüttende Wirkung erst während des Rechtsstreits eintritt.

8. RG. 22. 6. 16, JW. 16, 1192, LeipzZ. 16, 1308, R. 16, Nr. 1726. Der Standpunkt, daß in den gesellschaftlich tiefer stehenden Volksklassen das Ehrgefühl und Sittlichkeitsempfinden so wenig entwickelt sei, daß selbst das schwere Verbrechen des Straßenraubs nicht als eine die Ehe zerrüttende ehrlose oder unsittliche Handlung empfunden werde, entspricht nicht der Erfahrung und nicht dem Gesetze (vgl. RG., GruchotsBeitr. 35, 971). Das Sittlichkeitsempfinden ist nicht von Besitz oder Bildung abhängig.

9. RG. 20. 3. 16, WarnE. 16, 164. Kann ein Ehegatte darauf vertrauen, daß der andere Teil von seiner Trunksucht geheilt sei und fortan einwandfrei leben werde, so wird ihm vom rechtlichen Standpunkt aus auch die Fortsetzung der Ehe zuzumuten sein.

10. RG. 18. 5. 15, HansGZ. 16, Beibl. 178. Hat eine Ehefrau dem Verbote ihres Ehemanns zuwider den Verkehr mit einem anderen Manne fortgesetzt, so folgt daraus noch nicht ohne weiteres, daß der Ehemann die Verbotsübertretung seiner Frau wirklich als ehezerrüttend empfunden hat und dadurch seiner Frau innerlich ganz entfremdet ist. Es ist dabei auch zu erörtern, ob nach dem Wesen der Ehe als einer über dem Willen der Parteien stehenden sittlichen Ordnung dem Ehemanne zuzumuten ist, den von seiner Frau betätigten Ungehorsam zu verwinden und die Ehe fortzusetzen (JW. 05, 393, 496; 10, 21, 334, GruchotsBeitr. 50, 681, 683).

K. Zustimmung zur Eheverfehlung. Verzeihung.

1. RG. 4. 10. 15, LeipzZ. 16, 224. Wie im Falle des § 1565 kann auch in dem des § 1568 ein Ehegatte dem anderen solche Ausschreitungen (z. B. Perversitäten) nicht zum Vorwurfe machen, die mit seiner eigenen Einwilligung begangen worden sind (RG. 85, 204).

2. RG. 26. 1. 16, BayRpflZ. 16, 152, R. 16, Nr. 691. Gegenüber der auf § 1568 gestützten Scheidungsklage kann, entsprechend den dem Kläger nach §§ 1573, 1574 Abs. 3 zustehenden Befugnissen, dem Beklagten grundsätzlich nicht verwehrt werden, zur Entschuldigung seines Verhaltens sich ebenfalls auf Vorkommnisse zu beziehen oder doch mitzubeziehen, die vor der Verzeihung liegen.

§ 1569.

1. RG. 7. 2. 16, BayRpflZ. 16, 180, HessRspr. 17, 2, LeipzZ. 16, 741, R. 16, Nr. 1526—1529. Dem Erfordernisse der ununterbrochenen dreijährigen Dauer der Krankheit ist nicht genügt, wenn die Geisteskrankheit immer nur in der Zeit des Anstaltsaufenthalts oder nur während des Bestehens der Anfälle bestanden hat, in der Zwischenzeit dagegen die Beklagte geistig gesund gewesen ist, wohl aber dann, wenn die Anfälle nur Symptome eines im Innern stets vorhandenen krankhaften Zustandes sind. Lichte Zwischenräume schließen die Scheidung nicht aus, wenn ungeachtet ihrer der während dreier Jahre vorhanden gewesene Zustand geistiger Erkrankung im Zeitpunkte der Scheidung den durch § 1569 vorgesehenen Grad erreicht hat. Nicht erforderlich ist, daß die Erfordernisse einer Entmündigung wegen Geisteskrankheit (§ 6 Nr. 1 BGB.) vorliegen oder daß die Beklagte geschäfts- und prozeßunfähig ist. Eine geistige Gemeinschaft besteht zwischen den Eheleuten nicht mehr, wenn dem die Scheidung

begehrenden Ehegatten in der krankhaften Geistesverfassung des anderen Teiles ein unüberwindliches Hindernis der Vereinigung zu gemeinsamem, dem Wesen der Ehe entsprechendem Denken, Empfinden und darauf beruhendem Handeln entgegensteht.

2. Darmstadt 12. 7. 16, HessRspr. 17, 226. Von Aufhebung der geistigen Gemeinschaft zwischen den Ehegatten kann keine Rede sein, solange der angeblich geisteskranke Ehegatte die Fürsorge für die gemeinschaftlichen Kinder gewissenhaft beobachtet und pflegt.

§ 1570.

1. **RG.** 25. 10. 15, JW. 16, 46, LeipzZ. 16, 225, R. 16, Nr. 477, WarnE. 17, 33. Bloßes Inaussichtstellen künftiger Verzeihung, bloße Versöhnungsversuche und die bloße Geneigtheit, zu verzeihen, können nicht als Verzeihung im Sinne des § 1570 gelten, auch ist die Zulässigkeit von Bedingungen, die bis zu ihrer Erfüllung das Zustandekommen der Verzeihung hindern, nicht zu bezweifeln (vgl. WarnE. 12, Nr. 396 und 13 Nr. 62 und 205).

2. **RG.** 23. 3. 16, WarnE. 16, 167. In dem Abschluß eines das Getrenntleben und den Unterhalt regelnden Vertrags kann nicht ohne weiteres eine Verzeihung früherer Eheverfehlungen, wohl aber ein Verzicht auf das Scheidungsrecht gefunden werden, auch wenn der Kläger geglaubt haben sollte, keine Scheidungsgründe zu haben, insbesondere wenn er mit der Erhebung der Klage mehrere Jahre gewartet hat.

3. **RG.** 4. 4. 16, R. 16, Nr. 1140, WarnE. 16, Nr. 142. Sogar in der Zurücknahme einer schon erhobenen Scheidungsklage ist nicht notwendig eine Verzeihung zu finden, geschweige denn in dem bloßen Versprechen des Aufschubs der Klagerhebung.

4. **RG.** 6. 12. 15, R. 16, Nr. 251. Wenn auch der Ehegatte, der sich auf Verzeihung des anderen Teiles beruft, den gesamten die Verzeihung zum Ausdruck bringenden Tatbestand zu beweisen hat, so kann doch der Tatrichter die Behauptung des Ehegatten, er sei bei der Beiwohnung zufolge Schlaftrunkenheit in einem fast willenlosen Zustande gewesen, auf Grund der gewöhnlichen Lebenserfahrung als unglaubwürdig erachten.

§ 1573.

1. a) **RG.** 11. 11. 15, LeipzZ. 16, 383. Rechtsirrig ist der Standpunkt, daß nur solche Vorgänge zur Unterstützung i. S. des § 1573 herangezogen werden könnten, die schon für sich allein die Scheidungsklage rechtfertigen. Es müssen jedoch immerhin Eheverfehlungen vorliegen, Verfehlungen, die zwar keine schwere Pflichtverletzung darzustellen brauchen, die aber doch überhaupt eine schuldhafte Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten enthalten (JW. 07, 107; 10, 1005; 12, 39).

b) Ebenso **RG.** 10. 2. 16, LeipzZ. 16, 741 und 26. 1. 16, R. 16, Nr. 829.

2. **RG.** 13. 3. 16, LeipzZ. 16, 937. Wo überhaupt keine belastenden Tatsachen von einiger Erheblichkeit vorhanden sind, die durch die Unterstützung nach § 1573 zu einem neuen Scheidungsgrunde werden können, ist auch kein Boden für die Anwendung des § 1573 (JW. 07, 107, WarnE. 09, Nr. 10; 10, Nr. 457).

3. a) **RG.** 19. 4. 16, R. 16, Nr. 1530. Die in § 1573 bezeichneten Tatsachen dürfen nur zur Charakterisierung und zum Beweise eines neuen Scheidungsgrundes in Betracht gezogen werden (Mot. 4, 606).

b) **RG.** 5. 6. 16, LeipzZ. 16, 1175, WarnE. 16, 322. Nicht notwendig ist, daß die zu der älteren Verfehlung hinzugekommene neuere Verfehlung eine solche ist, die schon für sich einen Scheidungsgrund würde bilden können; es darf sich nur nicht um eine ganz unerhebliche Verfehlung handeln. Die älteren Verfehlungen dürfen ferner auch dann herangezogen werden, wenn sie auf einem ganz anderen Gebiete liegen wie die neueren Verfehlungen und deshalb zu deren Charakterisierung nicht unmittelbar verwertbar sind. Ein zur Unterstützung des Vorbringens der neuen Verfehlungen herangezogener Ehebruch bildet, wenn er seine Bedeutung als selbständiger Schei-

dungsgrund aus § 1565 verloren hat, nur einen Teil des nach § 1568 zu beurteilenden Tatbestandes. Das Eheverbot des § 1312 greift dann nicht Platz.

§ 1574.

Darmstadt 17. 12. 15, HessRspr. 16, 253. Der Beklagte kann auch dann, wenn seine auf Ehescheidung gerichtete Widerklage abgewiesen wird, gemäß § 1574 Abs. 3 beantragen, daß auch die Klägerin für schuldig erklärt werde.

§ 1577.

KG. 13. 10. 16, OLG. 33, 343. Das Anwendungsgebiet des Art. 68 § 1 Abs. 2 preuß. AG.BGB. beschränkt sich, wie der Zusammenhang mit Abs. 1 unzweideutig ergibt, auf Ehen, auf die der § 1577 BGB. Anwendung findet. Ist daher auf die Scheidung einer Ehe gemäß Art. 17 EG. BGB. ausländisches Recht anzuwenden, so kommt die Eintragung einer dem § 1577 BGB. entsprechenden Erklärung über den Familiennamen der geschiedenen Frau nicht in Frage. Im übrigen sieht das PStG. die Eintragung einer Namensänderung im Standesregister nicht vor. Soweit im Verwaltungswege (vgl. z. B. preuß. M. J. v. 12. 3. 1887) solche Eintragungen empfohlen werden, kann doch in der Ablehnung einer derartigen Eintragung eine Gesetzesverletzung nicht gefunden werden, da eine Verwaltungsanordnung keine Rechtsverordnung i. S. des § 27 FGG. ist.

§ 1578.

I. Bemessung der Unterhaltsrente.

1. **RG.** 29. 5. 16, WarnE. 16, 469. Bei Bemessung der Unterhaltsrente unter Zugrundelegung der Verhältnisse, wie sie zur Zeit der Scheidung bestanden (**RG.** 75, 124), kann berücksichtigt werden, daß das Einkommen des Ehemanns wechselnden Auf- und Abwärtsschwankungen ausgesetzt war. Es ist deshalb in einem solchen Falle geboten, für das maßgebliche Scheidungsjahr ein Durchschnittseinkommen unter Heranziehung einiger früherer Geschäftseinkommen festzusetzen.

2. **RG.** 10. 7. 16, WarnE. 16, 323, R. 16, Nr. 1732. Bei Bemessung der nach § 1578 zu zahlenden Rente ist die künftige Gestaltung der Einkommensverhältnisse des Mannes, wenn sie sich jetzt schon übersehen läßt, der Entscheidung zugrunde zu legen. Der Rechtsbehelf des § 323 ZPO. ist nur für den Fall solcher Änderungen gegeben, deren Eintritt sich nicht hatte voraussehen lassen.

II. Erwerb durch Arbeit.

1. **RG.** 3. 4. 16, BayRpflZ. 16, 323, LeipzZ. 16, 949, 878 (hier 5. 4. 16), R. 16, Nr. 1141—1143. Zur Ermöglichung der Unterhaltsgewährung ist der geschiedene Mann, wie zur Nutzbarmachung seines Vermögens, so auch zur Anspannung seiner Kräfte z. B. durch Ausübung schriftstellerischer Tätigkeit verpflichtet. Auch die ihm nach dem OffizierspensionsG. v. 31. 5. 06 zustehende Verstümmelungszulage ist bei der Frage seiner Unterhaltsfähigkeit in Betracht zu ziehen, allerdings unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Zulage zur Linderung eines krankhaften Zustandes verliehen worden ist.

2. **RG.** 20. 1. 16, BayRpflZ. 16, 132, LeipzZ. 16, 691, R. 16, Nr. 478, WarnE. 16, 136. § 1578 hat nicht nur körperliche Arbeit im Auge, sondern, wie die Entstehungsgeschichte ergibt, jede auf Erwerb abzielende Tätigkeit, wie z. B. Mot. 4, 174 die Tätigkeit einer Frau als Lehrerin oder als Angestellte im öffentlichen Dienst erwähnt ist.

3. **RG.** 17. 4. 16, R. 16, Nr. 1144. Erwerb durch Arbeit i. S. des § 1578 liegt nicht vor, wenn die von ihrem Vater unentgeltlich aufgenommene Frau in dessen Haushalt unentgeltliche Dienste leistet, weil dies der gesetzlichen Pflicht (§ 1617) entspricht und nicht auf einem Dienstvertrage beruht (**RG.** 67, 57).

§ 1579.

Vereinbarungen über den Unterhalt.

1. a) **RG.** 18. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 269, WarnE. 16, 15. Das RG. hat in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß Verträge zwischen Ehegatten, durch die für den Fall einer künftigen Ehescheidung die beiderseitigen Vermögensverhältnisse festgesetzt werden, insbesondere die Unterhaltspflicht des schuldigen Ehegatten gegenüber dem anderen Teile und gegenüber den gemeinschaftlichen Kindern im Verhältnis der Eltern zueinander in bestimmter Weise geregelt wird, an sich keinen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten, daß dies aber dann der Fall ist, wenn ein derartiger Vertrag zur Erleichterung der Ehescheidung geschlossen wird, wenn also insbesondere die dem einen Ehegatten vertragsmäßig gewährten Vorteile nur gegen die Verpflichtung zur Beschaffung eines Scheidungsgrundes eingeräumt worden sind (WarnE. 13, Nr. 3, 128, 398; 14, Nr. 273).

b) Ebenso Hamburg 3. 3. 15, OLG. 32, 10 Anm. 2.

2. **RG.** 26. 11. 15, R. 16, Nr. 388. Ein Vertrag unter Eheleuten, wonach, falls das Gericht die Ehe scheiden und beide Eheleute für schuldig erklären sollte, keiner von ihnen ein Rechtsmittel einlegen und der Mann der Frau eine lebenslängliche Leibrente zahlen soll, verstößt gegen den im § 622 ZPO. zum Ausdruck gebrachten Grundsatz des Eheschutzes, aber auch gegen die guten Sitten.

3. **RG.** 20. 1. 16, JW. 16, 573, R. 16, Nr. 391. Gilt die Trennung für beide Eheleute als unvermeidlich, so ist es nicht sittenwidrig, wenn die Frau sich unter der Voraussetzung des § 1353 Abs. 2 mit ihrem Manne über den ihr für die Dauer der Trennung zustehenden gesetzlichen Unterhaltsanspruch vertraglich verständigt. Eine solche Vereinbarung ist für die Frau nicht erst bestimmend, die Scheidungsklage anzustellen und durchzuführen. Vgl. auch unten zu § 1580.

4. **RG.** 18. 9. 16, WarnE. 16, 470. Schließen Eheleute im Hinblick auf die bevorstehende Scheidung ihrer Ehe miteinander einen Vertrag, wonach die Mutter die Unterhaltspflicht den Kindern gegenüber übernimmt, so bedarf die Annahme, daß der Vertrag zugunsten der Kinder geschlossen worden sei (§ 328), näherer Begründung.

5. **RG.** 17. 4. 16, R. 16, Nr. 1145. Die Vorschrift in Abs. 1 Satz 2 des § 1579 ist nur anwendbar, wenn auch die in Satz 1 aufgestellte Voraussetzung zutrifft.

§ 1580.

RG. 20. 1. 16, JW. 16, 573, R. 16, Nr. 479. In § 1580 Abs. 3 ist unter den dort für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften der § 1614 nicht mit aufgeführt. Die Vorschrift, daß in Zukunft auf den Unterhalt nicht verzichtet werden könne, gilt daher nicht für den gesetzlichen Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten. Vgl. auch oben Ziff. 3 zu § 1579.

§ 1585.

RG. 24. 1. 16, BayRpflZ. 16, 179, LeipzZ. 16, 807, R. 16, Nr. 944—947. Die Beitragspflicht der Frau ist unabhängig davon, ob die Sorge für die Person der Kinder ihr oder dem Manne zusteht. Selbst wenn sie tatsächlich den Kindern den Unterhalt gewährt, wird dadurch an ihrer dem Manne gegenüber bestehenden Verpflichtung nichts geändert, wenn dieser von den Kindern mit Erfolg auf Gewährung von Unterhalt (§ 1612 Abs. 1 Satz 1) in Anspruch genommen wird. Welcher Beitrag nach § 1585 angemessen sei, hat der Richter unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse der beiden Ehegatten nach freiem Ermessen zu entscheiden. Dabei kommt grundsätzlich nicht nur in Betracht, was der Mann tatsächlich erwirbt, sondern auch, was er erwerben könnte. Die Verhältnisse können aber so liegen, daß dem Manne die Ergreifung eines auf Erwerb gerichteten neuen Lebensberufs nicht zuzumuten ist.

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft.

Zweiter Titel. Eheliche Abstammung.

§ 1596.

Abs. 3. **RG.** 1. 7. 15, R. 16, Nr. 480. Die Vorschrift des § 1596 Abs. 3 steht der Anfechtung der Ehe nicht entgegen, wenn diese Anfechtung darauf gegründet wird, daß der erste Ehemann der Beklagten, wenn er auch rechtlich als der Vater des von ihr geborenen Kindes zu gelten habe, gleichwohl mit ihr geschlechtlich nicht verkehrt habe. Die Eheanfechtung steht nicht im Verhältnis der Bedingtheit zu der Ehelichkeitsanfechtung.

§ 1598.

RG. 9. 12. 15, LeipzZ. 16, 1363, R. 16, Nr. 252. Wenn auch die Anerkennung der Vaterschaft durch konkludente Handlungen erklärt werden kann, so dürfen doch die Handlungen nicht lediglich den auf ein tatsächliches Verhalten gerichteten Willen des Mannes erkennen lassen, sondern müssen den Willen zum Ausdruck bringen, daß das Kind dem Manne gegenüber die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes auf die Dauer haben solle.

Dritter Titel. Unterhaltspflicht.

§ 1601.

RG. 20. 12. 15, JW. 16, 405, R. 16, Nr. 1146. Eine Ehefrau kann gegen ihren Vater Unterhaltsansprüche nur für sich, nicht aber für ihren Ehemann und für ihr Kind geltend machen. Vgl. auch Ziff. 1 zu § 1610.

§ 1602.

RG. 8. 5. 16, R. 16, Nr. 1914, WarnE. 17, 36. Soweit das gegenwärtige Einkommen des volljährigen Sohnes zu seinem standesgemäßen Unterhalt nicht ausreicht, kann der Sohn von dem Vater das zum standesgemäßen Unterhalt Fehlende als Unterhalt beanspruchen.

§ 1603.

1. Bedeutung der Unterhaltspflicht für die Bemessung der Einkommensteuer. a) PrOVG. 20. 12. 13, E. (Staatssteuers.) 16, 66, JW. 16, 757. Die von dem Vater seinem Sohne, einem unbesoldeten Gerichtsassessor, vertraglich gewährte Zulage ist Unterhaltsgewährung und kann von dem Vater bei seiner Steuererklärung nicht abgezogen werden.

b) PrOVG. 5. 2. 13 u. 28. 9. 12, E. (Staatssteuers.) 16, 72, JW. 16, 757. Die dem überlebenden Elternteil testamentarisch auferlegte Pflicht, aus dem ihm zugefallenen Erbteil das gemeinschaftliche Kind zu unterhalten, während die Zinsen des Erbteile des Kindes zum Kapital geschlagen werden sollen, ist eine die Einkünfte mindernde Last, die bei Berechnung der Einkommensteuer zu berücksichtigen ist. Das gleiche gilt, wenn das Gesamtvermögen den Kindern hinterlassen wird, während dem überlebenden Elternteile die Hälfte der Zinsen zum Unterhalte der Kinder gezahlt werden soll.

2. Abs. 2 Satz 2. Dresden 23. 3. 14, SächsOLG. 37, 271. Auch die Mutter gehört zu den „anderen unterhaltspflichtigen Verwandten" im Sinne des § 1603 Abs. 2 Satz 2, deren Vorhandensein auf die Unterhaltspflicht des Vaters insofern Einfluß hat, als dessen im Sinne von Abs. 2 Satz 1 gesteigerte Verbindlichkeit wegfällt oder wenigstens beschränkt wird, je nachdem die Mutter das Kind ohne Gefährdung ihres standesmäßigen Unterhalts zu unterhalten oder wenigstens etwas zum Unterhalte beizutragen in der Lage ist (**RG.** 57, 69).

§ 1604.

RG. 7. 10. 15, LeipzZ. 16, 58. Der Mann ist berechtigt, eine gesetzliche Unterhaltspflicht der Frau gegenüber ihrem Verwandten auch ohne die Zustimmung

der Frau aus deren eingebrachtem Vermögen zu erfüllen, sofern es dazu keiner Verfügung über Vermögensgegenstände bedarf, bei denen der Mann nach den §§ 1375—1377 an die Zustimmung der Frau gebunden ist. Er handelt hierbei nicht als Geschäftsführer ohne Auftrag, sondern in Ausübung seines ehemännlichen Verwaltungs- und Verfügungsrechts. Wird er nach § 1421 auf Herausgabe des Eingebrachten in Anspruch genommen, so liegt in seiner Verteidigung, er habe das Barvermögen seiner Frau zur Erfüllung einer Unterhaltspflicht der Frau gebraucht, nicht die Geltendmachung einer Gegenforderung im Sinne des § 529 Abs. 3 ZPO. Die Hingabe von Geld an den Vater der Frau, damit dieser sich ein Geschäft gründe und hieraus seinen Unterhalt ziehe, wird durch die gesetzliche Unterhaltspflicht der Frau nicht gerechtfertigt.

§ 1606.

1. KG. 3. 12. 15, OLG. 33, 349 Anm. 1. Wenn die Mutter den Kindern Unterhalt gewährt, so kann dies im gegebenen Falle nicht auf Grund eigener Verpflichtung, um dem Vater die Unterhaltspflicht abzunehmen, sondern aus Mildtätigkeit, um das Leben der Kinder zu fristen, geschehen sein.

2. Unterhaltspflicht der Großmutter. a) **RG.** (Strafs.) 23. 12. 15, LeipzZ. 16, 404. Die Unterhaltspflicht der Großmutter vor der Mutter eines unehelichen Kindes kann nicht nur, wenn die Mutter an der Erfüllung der Unterhaltspflicht verhindert ist, sondern auch, wenn sie sich ihr aus Leichtsinn oder Sorglosigkeit entzieht, gegeben sein, sofern die Großmutter dies erkannte oder erkennen konnte. Sie kann sich daher auch nach § 222 StGB. strafbar machen.

b) Rostock 28. 4. 16, OLG. 33, 344. Die Unterhaltspflicht der Großmutter gegenüber ihrem Enkel wird nicht dadurch berührt, daß sie Vorerbin des Nachlasses ihres Mannes ist, sofern sie nur die Substanz zu verbrauchen berechtigt ist. Zur Bestreitung des Unterhalts ist nötigenfalls die Substanz des Vermögens anzugreifen.

c) Dresden 18. 11. 15, OLG. 33, 345. Die Unterhaltspflicht der Großmutter gegenüber ihrem Enkel wird nicht dadurch beseitigt, daß sie ihr gesamtes Vermögen verschenkt hat, sofern der Schenkungsvertrag der in § 311 vorgeschriebenen Form entbehrt. Die Schenkgeberin kann von dem Beschenkten die Rückgängigmachung des Erfüllungsgeschäfts nach § 812 oder nach § 528 Herausgabe des Geschenkes verlangen.

§ 1607.

Abs. 2. Stuttgart 29. 4. 16, R. 16, Nr. 1147. Dem Unterhaltsberechtigten soll jede Rechtsverfolgung im Ausland erspart bleiben. Die Beklagten können daher nicht einwenden, daß die Klägerinnen für ein im Inland gegen ihren Vater erwirktes Urteil in der Schweiz durch einen dort geführten weiteren Rechtsstreit die Vollstreckbarkeit zu erlangen in der Lage seien.

§ 1610.

1. **RG.** 5. 1. 16, BayRpflZ. 16, 112, PosMSchr. 16, 32, R. 16, Nr. 1148 (hier 20. 12. 15). Für die Beurteilung der Lebensstellung des Unterhaltsbedürftigen ist auf die gesamten Verhältnisse der Familie Rücksicht zu nehmen, insbesondere, wenn eine verheiratete Tochter gegen ihre Eltern Unterhaltsansprüche erhebt, auf die gesellschaftliche Stellung und die Vermögensverhältnisse ihrer und ihres Ehemanns Eltern, die dauernd ihren Einfluß auf die Stellung der Eheleute behalten.

2. Breslau 31. 3. 16, OLG. 33, 349. Für das Maß des zu gewährenden Unterhaltes sind nur die persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten, nicht auch die seines Ehegatten und seiner Kinder maßgebend. Die Unterhaltspflicht umfaßt nicht die Pflicht, Schulden des Bedürftigen zu bezahlen. Andererseits ist es nicht angängig, die dem Unterhaltsberechtigten aus anderen Quellen zufließenden Bezüge, soweit er damit die Unterhaltspflicht seiner Frau gegenüber zu erfüllen vermag, von der Aktivseite abzuziehen.

3. KG. 14. 1. 16, KGBl. 16, 35. Die deutsche WehrO. v. 22. 7. 01 (RZBl. Beil. Nr. 32) § 89 zu 4b begnügt sich nicht mit dem Hinweis auf die gesetzliche Unterhaltspflicht des Vaters, sondern verlangt von ihm die Übernahme einer bestimmten Zahlungspflicht, deren Erfüllung auch dann verlangt werden kann, wenn die Voraussetzungen für den gesetzlichen Unterhaltsanspruch während der späteren einjährigen Dienstzeit nicht mehr vorliegen sollten.

§ 1611.

RG. 8. 5. 16, LeipzZ. 16, 1242, R. 16, Nr. 1913, WarnE. 17, 36. Nicht jede grobe Beleidigung hat notwendig die Verwirkung des Rechts, den notdürftigen Unterhalt zu verlangen, zur Folge (§ 2333 Nr. 3).

§ 1612.

1. **RG.** 20. 3 16, JW. 16, 836. Die zeitlich unbegrenzte Verurteilung des Beklagten zur Zahlung einer Unterhaltsrente ist nicht gerechtfertigt, vielmehr muß in dem Urteile die Dauer der dem Unterhaltsberechtigten zugesprochenen Rente unter Zuhilfenahme allgemeiner Erfahrungsgrundsätze näher bestimmt werden, z. B. durch Bestimmung eines Zeitpunktes, bis zu dem voraussichtlich die Ausbildung des unterhaltsberechtigten Kindes zu einem seinen Verhältnissen entsprechenden Beruf abgeschlossen sein werde (vgl. JW. 05, 143, 152, 283).

2. a) Hamburg 13. 7. 16, HansGZ. 17 Beibl. 39, OLG. 33, 349, R. 16, Nr. 1919. Das Wahlrecht des unterhaltspflichtigen Vaters zwischen Gewährung des Unterhalts in natura oder in Geld fällt weg, wenn ein Kind ohne eigene Schuld, z. B. weil es in dem jugendlichen Alter von 15 Jahren von der Mutter zurückgehalten wird, außerstande ist, die vom Vater gewählte Art der Unterstützung in natura entgegenzunehmen. Will der Vater seinen Willen durchsetzen, so bleibt ihm nichts übrig, als zunächst die Mutter auf Herausgabe des Kindes zu verklagen.

b) Ebenso Hamburg 21. 11. 16, HansGZ. 17 Beibl. 72, R. 17 Nr. 231.

Vierter Titel. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen.

§ 1620.

1. München 17. 10. 14, OLG. 32, 11. Bei der Ausstattung kommt es nur auf die Person des auszustattenden Kindes an. Deshalb können auch nur die Verhältnisse und Eigenschaften dieses Kindes für die Gewährung der Ausstattung wesentlich sein. Die Verhältnisse des Verlobten kommen nur als Beweggrund für die Ausgestaltung des Vertrags in Betracht. Deshalb kann auch der Ausstattungsvertrag nicht wegen Irrtums über die Eigenschaften des Verlobten angefochten werden.

2. Colmar 6. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 306. Für die Bemessung der Höhe oder des Wertes der Aussteuer kommt zunächst deren Zweck, die Führung eines Haushaltes zu ermöglichen, in Betracht, sodann die gesellschaftliche Stellung des Schwiegersohnes und die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Schwiegervaters.

3. Rostock 22. 11. 15, MecklZ. 34, 285, OLG. 32, 11 Anm. 1. Die Aussteuer kann der Mann der Tochter nach § 1380 im eigenen Namen einklagen und Leistung an sich selbst fordern, da sie bestimmt ist, in seinen Besitz zu gelangen. Sie ist in Geld zu leisten, wenn nach fruchtloser Mahnung die Eheleute die Einrichtung ihrer Wohnung nicht hinausschieben konnten, auch ein feindseliges Verhältnis zwischen Tochter und Vater besteht. Der Vater ist zur Leistung vermögend, wenn er zwar den Überschuß des aktiven über das passive Vermögen nicht ohne weiteres flüssig machen, aber unter Anstrengung seines Kredits die erforderliche Summe aufbringen kann.

4. KG. 3. 3. 16, OLG. 33, 351. Die Verlobung allein gibt — auch bei Berücksichtigung von **RG.** 58, 141, JDR. 3 Ziff. 1 zu § 1610 — noch kein gemäß § 1620 ver-

folgbares Recht, vielmehr muß schon mit einer demnächst bevorstehenden Eheschließung zu rechnen sein.

§ 1621.

RG. 4. 11. 15, LeipzZ. 16, 1491, R. 16, Nr. 692, WarnE. 16, 9 bleibt bei der Rechtsauffassung **RG.** 77, 162, IDR. 10 zu § 1621, auch gegenüber den dagegen erhobenen Einwendungen, daß die Eltern zur Verweigerung der Aussteuer nur berechtigt sind, wenn sie beweisen, daß die Tochter noch zur Zeit der Eheschließung einen unsittlichen Lebenswandel geführt habe.

§§ 1620, 1624.

RG. 21. 2. 16, BayRpflZ. 16, 320, GruchotsBeitr. 60, 868, JW. 16, 743, LeipzZ. 16, 878, R. 16, Nr. 1482, 1531, 1532. Der Anspruch auf die Aussteuer ist allerdings derart höchstpersönlich, daß er in der Person eines Dritten, dem die Aussteuer infolge der Übertragung des Anspruchs in die Hände fallen würde, gar nicht erfüllt werden kann. Der Anspruch auf die Mitgift trägt dieses höchstpersönliche Gepräge nicht an sich, ist vielmehr regelmäßig übertragbar und pfändbar, es müßten denn besondere Gründe vorliegen, ihn gleichermaßen wie einen unübertragbaren Aussteueranspruch zu behandeln, wenn z. B. die Mitgift dazu bestimmt ist, den ehelichen Haushalt einzurichten oder aufrecht zu erhalten.

§ 1624.

1. **RG.** 7. 1. 16, BayRpflZ. 16, 226, LeipzZ. 16, 1031, R. 16, Nr. 693. Es besteht rechtlich kein Hindernis, bei Hingabe einer Ausstattung zu vereinbaren, daß das als Ausstattung hingegebene Kapital verzinst werden solle.

2. a) **RG.** 26. 1. 16, JW. 16, 588, LeipzZ. 16, 1116, R. 16, Nr. 1149. Auch wenn die Ausstattung als unentgeltliche Zuwendung allen Voraussetzungen des § 516 Abs. 1 entspricht und darum unter den engeren Begriff der Schenkung fällt, darf sie doch im Verhältnis zwischen dem versprechenden Elternteil und dem Versprechensempfänger in bestimmtem Umfange rechtlich als solche nicht behandelt werden. Denn soweit sie sich dem Betrage nach in den durch § 1624 Abs. 1 vorgezeichneten Grenzen hält, soll sie als Schenkung nicht gelten. Was in anscheinendem Gegensatze hierzu in **RG.** 80, 217, IDR. 12, Ziff. 2 zu § 1369, Ziff. II zu § 1624, ausgeführt ist, gilt nur für das Verhältnis der Eheleute untereinander und betrifft die Anwendbarkeit des § 1369 auf derartige Ausstattungen. Insoweit die Angemessenheitsgrenze des § 1624 innegehalten ist, ist auf die Zuwendung auch die Anwendbarkeit der in § 63 Nr. 4 und § 226 Abs. 2 Nr. 3 KO. enthaltenen Gesetzesvorschriften ausgeschlossen.

b) Dazu LeipzZ. 16, 1118 Anm. 1 (Bemerk. des Eins.). Eine unabweisbare Folgerung ist die, daß eine angemessene Ausstattung des Kindes durch Vater oder Mutter der Schenkungsanfechtung (§ 32 Nr. 1 KO., § 3 Nr. 3 AnfG.) nicht unterliegt.

3. **RG.** 26. 6. 16, LeipzZ. 16, 1308. Haben Eltern zugunsten ihrer miteinander verlobten Kinder einen Vertrag wegen der dem Bräutigam zu gewährenden Ausstattung miteinander geschlossen, so ist der die Ausstattung Versprechende nicht dadurch von seiner Verpflichtung frei geworden, daß der Sohn kurze Zeit nach Eingehung der Ehe gestorben ist.

II. Elterliche Gewalt.

Vorbemerkung: Die Frage der Verkehrsregelung nach § 1636 hat die Rechtsprechung wiederum nach den verschiedensten Richtungen beschäftigt; **Lohmann** hat ihr in GruchotsBeitr. 61, 22 (Ziff. I zu § 1636) einen das Ergebnis der bisherigen Rechtslehre und Rechtsprechung zusammenfassenden Aufsatz gewidmet. Das KG. hat in einer grundlegenden Entsch. KGJ. 48, 5 (Ziff. II zu § 1636) scharf betont, daß jede Überschreitung des Verkehrsrechts sich als einen unzulässigen Eingriff in das Recht des zur Personenfrage berechtigten Elternteils darstelle, und daß daher in dieses Recht durch die Verkehrsregelung insbesondere was Ort, Zeit und Art des Verkehrs betrifft, nicht weiter eingegriffen werden.

dürfe, als der Zweck der Regelung, die verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen dem Kinde und dem anderen Elternteile zu pflegen, es erfordert. Von diesem Gesichtspunkt aus werden namentlich länger dauernde Besuche des Kindes bei dem anderen Elternteile für bedenklich erachtet. — Über die Frage, ob und wieweit ein Vater durch die Kriegsteilnahme an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert sei, ist in der Rechtsprechung bisher (vgl. zu §§ 1665, 1685) Einigkeit nicht zu erzielen gewesen; es wird wohl auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen. — Besonderes Interesse wird in Preußen die Rechtsprechung des KG. zur Auslegung des § 1 Nr. 1 FEG. (in der neuen Fassung des Ges. v. 7. 7. 15) finden, vgl. Ziff. B II 1 zu § 1666. Das KG. ist namentlich dem Versuche entgegengetreten, alle Kinder, die bisher im Wege der Armenpflege untergebracht waren, der Fürsorgeerziehung zu überweisen, indem es insbesondere eine anderweite Unterbringung dann nicht für erforderlich erklärt hat, wenn die von der Armenbehörde ausgewählte bisherige Unterkunftsstelle geeignet erscheint und die Armenbehörde bisher die Entziehung ihrer Leistungen nicht in die Wege geleitet hat. Andererseits hat das KG. die Anordnung der Fürsorgeerziehung ohne Rücksicht auf das Alter des Kindes als im Sinne der Novelle vom 7. 7. 15 liegend bezeichnet. Die Ansicht von Kipp, daß der durch Dienste oder Arbeiten eines Fürsorgezöglings verdiente Lohn im Verhältnis zum Kommunalverbande dem Zöglinge gehöre, hat Widerspruch, namentlich von Boschan (vgl. zu § 9 FEG.) gefunden. Die Ansicht des KG., KGJ. 47, 48, daß § 1 Ziff. 2 u. 3 preuß. FEG. ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Minderjährigen zur Anwendung zu bringen sei, hat auch für die Anwendung der entsprechenden Bestimmungen des württemb. FEG. die Zustimmung des OLG. Stuttgart (Ziff. B IV zu § 1666) gefunden.

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

§ 1627.

BayObLG. 21. 8. 15, JDR. 14, Ziff. 2 zu § 1627, auch BayObLG. 16, 110.

§ 1629.

KG. 6. 5. 16, R. 16, Nr. 1150. Ist einem Kinde zur Verwaltung seines Vermögens ein Pfleger bestellt, und nimmt der Vater dieses Vermögen für den Unterhalt des Kindes nach BGB. § 1603 Abs. 2 Satz 2 a. E. in Anspruch, so ist (vgl. KGJ. 33 A, 9) für eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nach § 1629 nur Raum, wenn der Pfleger mit der Entnahme der erforderlichen Mittel aus dem Kindesvermögen einverstanden und mit dem Vater nur darüber verschiedener Meinung ist, welche Beträge im einzelnen, z. B. für die Verpflegung oder Kleidung des Kindes, erforderlich seien. Über Streitigkeiten, die die Unterhaltspflicht als solche oder die Haftung des Kindesvermögens für den Unterhalt betreffen, entscheidet nicht das Vormundschaftsgericht, sondern das Prozeßgericht.

§ 1630.

I. Erfordernis der Pflegerbestellung im Falle der Bestellung von Kinderhypotheken.

1. Bourier bleibt BayNotZ. 16, 86 gegenüber de l'Espine, JDR. 14 Ziff. IV 2 zu § 1630, BayNotZ. 15, 373, bei seiner Ansicht BayNotZ. 13, 380, daß es zur Bestellung von „Kinderhypotheken" des Abschlusses eines dinglichen Vertrags und zu diesem Zwecke der Bestellung eines Pflegers für die Kinder bedürfe. Das unbefriedigende Ergebnis wird nicht in der Gesetzesanwendung, sondern in der zu formalistischen gesetzlichen Regelung des § 181 BGB. gefunden. Empfohlen wird eine gesetzliche Vorschrift des Inhalts: „Der Vertreter ist im Zweifel von der Vertretung ausgeschlossen, wenn das von ihm oder ihm gegenüber vorzunehmende Rechtsgeschäft ihm einen rechtlichen Vorteil zu Lasten des Vertretenen bringen soll."

2. LG. Schweinfurt, BayNotZ. 16, 116 ist gleichfalls der Ansicht, daß es zur Bestellung von Kinderhypotheken der Bestellung eines Pflegers bedarf, der für die Kinder die Annahme der Hypothekbestellung erklärt.

3. Hartmann, BayNotZ. 16, 181 (Zur Frage der Kinderhypotheken) hält die Bestellung eines Pflegers für das Kind nicht für erforderlich, wenn das VormG. unter Be-

rufung auf § 1668 BGB. dem Vater nahelegt, durch freiwillige Hypothekbestellung einen förmlichen Gerichtsbeschluß überflüssig zu machen, und wenn sodann der Vater für das Vermögen des Kindes durch Bestellung einer Hypothek Sicherheit leistet.

II. Entziehung der Vertretung.

1. BayObLG. 8. 9. 15, JDR. 14, Ziff. III 1 zu § 1630, auch BayObLG. 16, 114.

2. KG. 31. 3. 16, OLG. 33, 346. Die Entziehung der Vertretung kommt nicht in Frage, wenn es sich um die Geltendmachung eines gänzlich unhaltbaren Anspruchs handelt.

3 KG. 7. 4. 16, OLG. 33, 346, R. 16, Nr. 1150. Die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber seinen Kindern kommt als eine „Angelegenheit" in Betracht, bei der die Interessen des Vaters und der Kinder in erheblichem Gegensatze zueinander stehen können. Dieser Umstand kann aber nur Anlaß geben, gemäß §§ 1630, 1796 dem Vater die Vertretung der Kinder in dieser Angelegenheit zu entziehen und anstatt des insoweit und nach § 1628 verhinderten Vaters für die „Angelegenheit" gemäß § 1909 den Kindern einen Pfleger zu bestellen. Die Entziehung kann zur Genüge in der Pflegerbestellung zum Ausdruck kommen (KGJ 30 A, 34). Abgesehen von dem Falle der Entziehung ist der Vater an der gesetzlichen Vertretung rechtlich nur verhindert, wenn seine Unterhaltspflicht den Gegenstand eines Rechtsgeschäfts oder Rechtsstreits zu bilden hat (§§ 1630, 1795 Nr. 1 und 3).

§ 1631.

I. Züchtigungsrecht.

A. Umfang.

RG. (Straff.) 10. 2. 16, LeipzZ. 16, 539, R. 16, Nr. 864. Der Umfang des elterlichen Züchtigungsrechts, also auch desjenigen der Stiefmutter, wenn der Vater es ihr überträgt, wird durch die allgemeine sittliche Anschauung über das Wesen des zwischen Eltern und Kindern bestehenden Verhältnisses bestimmt. Ist auch auf die körperliche und seelische Gesundheit des Kindes Rücksicht zu nehmen, so gestattet das Züchtigungsrecht die Anwendung härterer Zuchtmittel doch nur dann, wenn schamloses oder sittenwidriges Verhalten des Kindes dies rechtfertigt. „Grausame Behandlung" i. S. von § 223a Abs. 2 StGB. setzt eine erhebliche, besondere Leiden verursachende, aus einer gefühllosen und unbarmherzigen Gesinnung hervorgegangene Mißhandlung voraus. Irrtum über die durch das Sittengesetz gezogenen Grenzen ist gleichbedeutend mit dem über die rechtlichen Grenzen des Züchtigungsrechts und strafrechtlich bedeutungslos.

B. gegenüber fremden Kindern.

1. Breslau (Straff.) 30. 5. 16, BreslAK. 16, 75 erkennt ein Züchtigungsrecht gegen fremde Kinder nur soweit an, als es gesetzlich, wie den Eltern, Erziehungsanstalten, Lehrern und Lehrherren nach § 127a GewO. zugebilligt ist.

2. a) Rostock (Straff.) 9. 7. 15, MecklZ. 34, 121, desgl. 17. 12. 15, MecklZ. 34, 351 leitet das Züchtigungsrecht Erwachsener gegenüber Ungezogenheiten Unerwachsener unmittelbar aus der menschlichen Gemeinschaft, ihren Rechten und Pflichten als eine Befugnis öffentlich-rechtlicher Art her, die der Ergänzung des Erziehungsrechts dient.

b) Ähnlich Colmar (Straff.) 25. 1. 16, LeipzZ. 16, 635, R. 16, Nr. 694.

3. Hahne, R. 16, 68 glaubt das Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern nicht aus den Vorschriften des BGB. über die auftragslose Geschäftsführung oder aus einem jedem Volksgenossen als Ausfluß seiner Volksgemeinschaftsrechte zustehenden Rechte, sondern aus dem Eigentums-, Besitz- und Persönlichkeitsrechte des einzelnen, soweit diese durch Ungezogenheiten fremder Kinder berührt werden, herleiten zu sollen. Es handelt sich hierbei nach Ansicht des Verf. um eine Art Selbsthilfe-

recht, welches seine rechtliche Grundlage in der einer allgemeinen Rechtsüberzeugung entspringenden ständigen Übung findet und trotz Fehlens ausdrücklicher Vorschriften als gewohnheitsrechtlicher Bestandteil der Rechtsordnung anzuerkennen ist.

II. Schulunterricht.

1. KG. (Straff.) v. 24. 9. 15, LeipzZ. 16, 89. Der Vater hat in Preußen die Wahl, ob er sein Kind in eine höhere oder in die Volksschule schicken oder zu Hause unterrichten lassen will; er darf aber keinesfalls das Kind überhaupt ohne Unterricht lassen. Sein Glaube, durch die Zurückweisung der Anmeldung von der Verpflichtung, das Kind in die Volksschule zu schicken, ledig zu sein, ist strafrechtlich belanglos.

2. Dresden (Straff.) 14. 7. 15, SächsOLG. 37, 182. In Sachsen steht dem Vater preußischer Staatsangehörigkeit das Recht, sein Kind, das von seinem Kirchenaustritt nicht ergriffen wurde (KGJ. 31 A 34), von dem Religionsunterricht in dessen Bekenntnis fernzuhalten, nicht zu (SächsVolksschulG. v. 26. 4. 1875 § 5 Abs. 1, 4, § 6 Abs. 4).

III. Religiöse Erziehung.

A. Preußen.

1. KG. 7. 5. 15, R. 16, 478. In Anwendung der Artt. 19, 20 EG. BGB. kommt in Fragen der religiösen Erziehung das deutsche Recht nur dann zur Anwendung, wenn die Eltern (die Mutter) des Kindes die deutsche Reichsangehörigkeit besitzen, andernfalls ist das Heimatrecht der Genannten anzuwenden. Ist das inländische Recht anwendbar, so ist bei verschiedenem Rechte betr. die religiöse Erziehung (z. B. in Preußen) das Recht des Ortes maßgebend, an dem das Kind nach dem Tode der Eltern mit Willen des Vormundes seinen Wohnsitz genommen hat. — Nach der auch für konfessionell einheitliche Ehen geltenden Dekl. v. 21. 11. 1802 darf nach dem Tode des Vaters dessen eheliches Kind eine von dem Glaubensbekenntnisse des Vaters abweichende religiöse Erziehung nur dann erhalten, wenn der Vater wenigstens durch das ganze letzte Jahr vor seinem Tode das Kind in dem Glaubensbekenntnis des anderen Ehegatten hat unterrichten lassen (§ 82 II 2 ALR.). Nach dem Tode der Mutter eines unehelichen Kindes darf das Kind in einem anderen Glaubensbekenntnis als dem letzten der Mutter überhaupt nicht erzogen werden (KGJ. 25 A, 2).

2. KG. 18. 2. 16, OLG. 33, 352. Als das „letzte Jahr" vor dem Tode des Vaters i. S. des § 82 II 2 preuß. ALR. kommt nicht das Schuljahr, sondern das letzte Lebensjahr des Vaters, also ein volles Kalenderjahr vor seinem Tode in Betracht. Die Anmeldung des Kindes zu einer bestimmten Schule ist rechtlich ohne Belang.

3. PrOVG. 9. 4. 15, E. 69, 290. Ein eheliches Kind, dessen Vater vor der Geburt des Kindes aus der Kirche ausgetreten war, erlangt mit der Geburt die Rechtsstellung eines aus der Kirche Ausgetretenen.

4. PrOVG. 2. 2. 15, E. 69, 292. Für ein religionsunmündiges Kind wirkt die Austrittserklärung des Vaters nur, wenn sie ausdrücklich für das Kind abgegeben worden ist (KGJ. 31 A, 30; 35 A 53). Die Wirkung der Austrittserklärung wird durch die Konfirmation in der „evangelisch-lutherischen separierten Gemeinde zu Stolp" oder anderweiten Anschluß an diese Gemeinde nicht beseitigt.

B. Bayern.

BayVGH. 9. 6. 16, R. 16, 612. Unter „Anerkennung des natürlichen Kindes" i. S. des § 21 der II. Verf. Beil. ist nicht die bloße Anerkennung der tatsächlichen Vaterschaft zu verstehen, sondern nur eine in zivilrechtlich gültiger und bindender Weise erklärte freiwillige Übernahme der Erziehung und Ernährung des Kindes. Bis dahin verbleibt der Mutter das Erziehungs- und damit auch das religiöse Bestimmungsrecht. Mit der Ehelichkeitserklärung verliert die Mutter (§ 1738 BGB.) das Erziehungsrecht. Unter der Voraussetzung der Vaterschaftsanerkennung sind eheliche und uneheliche

Kinder gleich zu behandeln; in diesem Falle haben die leiblichen Eltern, welche nicht durch das Band der Ehe miteinander verbunden sind, die gleichen Rechte, wie sie den Eheleuten zustehen, sohin auch das in §§ 12 mit 14 der II. Verf. Beil. eingeräumte Recht, die Konfessionszugehörigkeit ihrer Kinder durch Vertrag abweichend von der gesetzlichen Regel zu ordnen.

III. Zuchtmittel.

KG. 12. 5. 16, R. 16, Nr. 1152. Als ein geeignetes Zuchtmittel, um den Vater bei der Erziehung zu unterstützen, kann für das Vormundschaftsgericht die Inanspruchnahme der Polizei in Frage kommen, um die Widerspenstigkeit eines Kindes, das dem Vater wiederholt entschlüpft ist, zu beseitigen.

§ 1632.

1. a) **RG.** 13. 1. 16, WarnE. 16, 87. Ist durch eine einstweilige Verfügung der Mutter die Sorge für die Person des aus der Ehe hervorgegangenen Kindes für die Dauer der Ehescheidung übertragen, so fällt ihr, solange ihr die einstweilige Verfügung als noch fortwirkend zur Seite steht, keine „widerrechtliche" Vorenthaltung des Kindes im Sinne des § 1632 zur Last.

b) Augsburg 23. 11. 15, SeuffA. 71, 69. Ist der Mutter nach § 627 ZPO. die Sorge für die Person des Kindes übertragen, so steht ihr auch der Anspruch auf Herausgabe des Kindes gegen denjenigen zu, welchem der Vater das Kind zur Erziehung übergeben hatte.

2. **RG.** 13. 4. 16, GruchotsBeitr. 60, 1019, JW. 16, 910, R. 16, Nr. 1533—1537. Der Anspruch auf Herausgabe eines Kindes greift nicht schon dann Platz, wenn das Kind sich bei dem Beklagten befindet oder von ihm Wohnung und Unterhalt empfängt, vielmehr verlangt § 1632, daß das Kind vorenthalten wird, der Beklagte also durch sein tatsächliches Verhalten sich mit dem Herausgabeanspruch in Widerspruch gesetzt hat. Ein „Vorenthalten" kann aber schon darin gefunden werden, daß der Beklagte eine Lage schafft, die dem Gewalthaber die Verwirklichung seines Anspruchs wesentlich erschwert (OLG. 23, 412). Hat er durch sein früheres Verhalten einen Zustand geschaffen, der das Recht der elterlichen Gewalt beeinträchtigt, so ist es seine Pflicht, die der Verwirklichung dieses Rechtes entgegenstehenden Hindernisse (z. B. durch Einwirkung auf das widerstrebende Kind) zu beseitigen. Vgl. WarnE. 14, 176, JDR. 13, Ziff. 2 zu § 1632.

3. **RG.** 13. 4. 16, R. 16, 461, Nr. 910 der Kriegsentsch. Hat der Vater seinen Sohn als Kriegsfreiwilligen in das Heer eintreten lassen, so hat er damit zugleich von seinem Aufenthaltsbestimmungsrechte Gebrauch gemacht. Hat die Mutter sich dieser Bestimmung gefügt, so ist damit im Ergebnis derselbe Erfolg herbeigeführt, als wenn das Kind an den Vater herausgegeben wäre, und es fehlt dem Vater jeder Anlaß, wegen seines bereits verwirklichten Rechts auf Feststellung zu klagen.

§ 1633.

RG. 24. 5. 16, R. 16, Nr. 1725. Ist eine Ehefrau minderjährig, so liegt ihre Vertretung in den ihre Person betreffenden Angelegenheiten nach wie vor ihrem Vater ob. Wenn dieses Vertretungsrecht auch insoweit eine Einschränkung erleidet, als eine solche sich aus dem ehelichen Güterstande ergibt, so gewähren doch die aus dem Güterstande (hier der Gütergemeinschaft) sich ergebenden Rechte dem Ehemanne nicht die Befugnis, die Ehefrau durch einen in ihrem Namen abgeschlossenen Vertrag für ihre Person zu verpflichten.

§ 1634.

Hamburg 16. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 94, LeipzZ. 16, 260, OLG. 32, 15, R. 16, 21, Nr. 57. Satz 2 des § 1634 kann bei Berücksichtigung des sittlichen Wesens der Beziehungen der Ehegatten zueinander und zu den Kindern nur dahin verstanden werden,

daß, wenn bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern die Gründe für die beiderseits eingenommenen Standpunkte gleich stark sind, die Meinung des Vaters den Ausschlag geben soll. Daß ein Kind im zarten Lebensalter von sechs Jahren zur Mutter gehört und von dieser am besten betreut wird, ist in der Natur der Dinge begründet. Die Frau ist daher gegenüber dem Manne in erster Linie berechtigt, ein solches Kind bei sich zu haben, und kann das Recht auf Herausgabe des Kindes gegen den Mann im Wege der Klage geltend machen. Vgl. auch Ziff. 1 zu §§ 1665, 1685 und zu § 1677.

§ 1635.

1. BayObLG. 9. 6. 16; 17, 134, LeipzZ. 16, 1320. Steht der Mutter nach § 1635 die Sorge für die Person des Kindes zu, so hat sie damit nur das Recht, dessen Aufenthalt, nicht das Recht, seinen Wohnsitz zu bestimmen, erhalten.

2. BayObLG. 5. 12. 14; 15, 701. Wer entweder nicht gewillt oder nicht fähig ist, sich innerhalb der Grenzen des nach den herrschenden Begriffen sittlich Zulässigen zu halten, ist nicht geeignet, die Erziehung eines Kindes zu leiten. Sein Verhalten kann daher zu einer Anordnung nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 Anlaß geben.

3. BayObLG. 28. 5. 15, JDR. 14. Ziff. 2a zu § 1635, auch BayObLG. 16, 95.

4. Verhältnis zu § 627 ZPO. Colmar 21. 2. 16, LeipzZ. 16, 773. Zur Übertragung der Personensorge auf die Mutter ist das mit der Scheidung befaßte Gericht, solange nicht das VormG. entschieden hat, nach § 627 ZPO. zuständig (**RG.** 63, 275, JW. 10, 113). An und für sich sind beide Verfahren selbständig nebeneinander zugelassen. Die Anordnungen des VormG. haben den Vorteil, daß sie die Verhältnisse auf längere Zeit zu regeln geeignet sind. Der Weg der einstweiligen Verfügung empfiehlt sich, wenn mit Beendigung des Scheidungsprozesses voraussichtlich die gesetzlichen Vorschriften des § 1635 eingreifen werden.

§ 1636.

I. Verkehrsregelung. Grundsätzliches.

Lohmann, GruchotsBeitr. 61, 22 gibt eine zusammenfassende Darstellung der Voraussetzungen, unter denen das Recht des geschiedenen, nicht sorgeberechtigten Ehegatten zum Verkehr mit seinen Kindern besteht und durchzuführen ist, an der Hand der Rechtslehre und Rechtsprechung. Er faßt mit **RG.** 64, 47 das Verkehrsrecht als Rest der dem Elternteile insoweit verbliebenen elterlichen Gewalt auf, dessen besondere Eigenschaft die Unentziehbarkeit, also auch im Falle des § 1666, und die Unverzichtbarkeit sei. Verneint wird die Zuständigkeit des Prozeßgerichts zur Entscheidung über einen Streit der geschiedenen Ehegatten wegen des Verkehrsrechts oder über den Inhalt eines hierüber zulässigerweise geschlossenen Vertrags, mag die Ausübung und der Umfang des Verkehrsrechts oder die Frage seines Bestehens überhaupt den Gegenstand des Streites bilden (57), während allerdings Dritten gegenüber die Beseitigung der dem Verkehr widerrechtlich entgegengestellten Hindernisse oder die Unterlassung künftiger Störungen nur im Prozeßwege erzwungen werden kann (62). Zugelassen wird aber (64) eine Klage des die elterliche Gewalt ausübenden Ehegatten gegen den anderen Ehegatten, wenn dieser durch einen unberechtigten Verkehr in seine, des anderen Elternteils, elterliche Gewalt in unzulässiger Weise eingreift, wobei also das an die Regelung des VormG. gebundene Prozeßgericht zu entscheiden habe, ob der nichtsorgeberechtigte Ehegatte berechtigt gewesen sei, überhaupt oder in der geschehenen Weise mit dem Kinde zu verkehren.

II. Wahrung der Rechte des zur Personensorge berechtigten Elternteils.

1. KG. 16. 4. 15, KGJ. 48, 5. Durch die Verkehrsregelung darf nicht weiter in das Recht des zur Personensorge berechtigten geschiedenen Ehegatten, insbesondere in dessen Erziehungsrecht eingegriffen werden, als der Zweck der Regelung, die verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen dem Kinde und dem anderen Ehegatten zu pflegen,

es erfordert. Es verstößt daher gegen das Gesetz, wenn das VormG. ohne ausreichende Rücksichtnahme auf dieses Erziehungsrecht und die Erziehung selbst Besuche des Kindes auf längere Zeit bei dem anderen Ehegatten zuläßt. — Die Entscheidung darüber, ob bei der Begegnung des Kindes mit dem anderen Ehegatten ein Dritter zugegen sein dürfe, steht an erster Stelle dem zur Personensorge berechtigten Ehegatten zu. Das VormG. kann eine abweichende Anordnung treffen, wenn es diese aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes für geboten erachtet oder der Widerspruch des zur Personensorge berechtigten Ehegatten sich als Mißbrauch seines Rechts oder als Schikane darstellen würde.

2. KG. 14. 5. 15, OLG. 33, 352. Der personensorgeberechtigte Vater hat grundsätzlich das Recht, bei den Begegnungen des Kindes und der Mutter zugegen zu sein; eine abweichende Anordnung ist nur zulässig, wenn der Zweck der Verkehrsregelung, die verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen Mutter und Kind zu pflegen, es erfordert, wenn z. B. Auftritte zwischen den Eheleuten in Gegenwart des Kindes zu besorgen wären oder voraussichtlich das Kind in Gegenwart des Vaters sich der Mutter nicht nähern würde. Aber auch dann muß die Anordnung die Rechte des Vaters, besonders sein Erziehungsrecht gebührend berücksichtigen. Eine Zusammenkunft von jedesmal 5 Stunden ohne Beaufsichtigung des Verkehrs kann ohne Bedenken nur zugelassen werden, wenn der Vater selbst keine Bedenken erhebt oder festgestellt ist, daß die Mutter das Zusammensein nicht zum Nachteile der Erziehung des Kindes und der Erziehungsrechte des Vaters mißbrauchen werde.

3. KG. 27. 11. 14, OLG. 33, 355. Regelmäßig wird davon abzusehen sein, das Kind dem verkehrsberechtigten Elternteil eine längere Zeitspanne zu überlassen, da dadurch die Erziehung des Kindes und seine Gewohnheiten zu nachteilig beeinflußt werden können.

4. KG. 4. 12. 14, OLG. 33, 357. Als Regelfall des Verkehrs nach § 1636 ist das Zusammensein des verkehrsberechtigten Elternteils mit dem Kinde als ein solches ohne Zeugen anzusehen, während die Zulassung Dritter auf dem Willen des zur Personenfrage berechtigten Elternteils oder auf einer Anordnung des VormG. beruht.

III. Verkehrsregelung zwischen der Mutter und der den Vater vertretenden Stiefmutter.

a) Stuttgart 30. 6. 16, BoschersZ. 16, 317, R. 16, Nr. 1318. Ist der sorgeberechtigte Vater, dem das VormG. aufgegeben hat, die Kinder zu näher geregeltem Beisammensein mit der geschiedenen Mutter bereit zu halten, im Felde, so kann zugleich der zweiten Frau des Vaters, die während seiner Abwesenheit an seiner Stelle kraft seines Auftrags die tatsächliche Sorge für die in ihrer häuslichen Gemeinschaft weilenden Kinder ausübt, unter Strafandrohung für den Fall der Zuwiderhandlung aufgegeben werden, dafür zu sorgen, daß die Kinder je zu der bestimmten Zeit sich bereit halten, an den Ort der Zusammenkunft mit der Mutter zu gehen.

b) Ebenso Lohmann a. a. O. S. 33, 38

IV. Verkehrsregelung zwischen Ausländern.

KG. 4. 12. 14, OLG. 33, 359. Die ausländische Staatsangehörigkeit der Beteiligten steht einer Anordnung aus § 1636 nicht entgegen. Die deutsche Gerichtsbarkeit ist an einem Tätigwerden in der Sache nicht verhindert, auch wenn das Gericht des Heimatstaats ein Eingreifen (z. B. weil der Verkehr vertraglich geregelt sei) abgelehnt hat.

V. Regelung im einzelnen.

1. BayObLG. 19. 2. 15, IDR. 14, Ziff. III 2 zu § 1636, auch BayObLG. 16, 45.

2. KG. 24. 9. 15, OLG. 33, 356, RJA. 15, 4, R. 16, Nr. 1915. Deutscher Sitte

und dem Recht entspricht es, daß der erziehungsberechtigte Elternteil verlangen kann, daß seine minderjährigen Kinder die höchsten Feiertage im Jahre bei und mit ihm verleben.

3. KG. 26. 11. 15, R. 16, Nr. 77. Es kann gegen das Interesse des Kindes verstoßen, wenn die mit dem Schwiegersohn verfeindete Schwiegermutter als Vertrauensperson (KGJ. 30 A, 44) bestellt wird, um den Verkehr des Schwiegersohns mit seinem Kinde zu überwachen.

VI. Machtbereich des Vormundschaftsgerichts.

KG. 12. 5. 16, OLG. 33, 358. Hat der verkehrsberechtigte Elternteil außer den gemäß § 1636 angeordneten Zusammenkünften noch weitere herbeigeführt oder ermöglicht, so handelt es sich nicht um die Vereitelung, sondern um eine Überschreitung der Anordnung des VormG., die dem VormG. nicht das Recht gewährt, durch Ordnungsstrafen gemäß Art. 15 PrFGG. gegen den betreffenden Elternteil vorzugehen. In Frage kommen kann nur, ob das gekennzeichnete Verhalten Anlaß gibt, die getroffene Verkehrsregelung nachzuprüfen und zutreffendenfalls zu ändern. Im übrigen aber ist es Sache des anderen Elternteils, wegen der Beeinträchtigung seines Sorgerechts nötigenfalls im Prozeßwege vorzugehen.

§ 1638.

1. BayObLG. 8. 1. 16, R. 16, Nr. 695, 696. Die Entziehung der Vermögensverwaltung braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein, kann vielmehr auch aus schlüssigen Tatsachen (z. B. der Einbehaltung des den Kindern geschenkten Sparkassenbuchs und der Bestimmung, daß das geschenkte Kapital samt Zinsen bei der Sparkasse stehen bleiben solle) gefolgert werden. Die Anordnung setzt die Besorgnis einer Vermögensgefährdung nicht voraus.

2. BayObLG. 24. 3. 16, R. 16, Nr. 952. Ist in einem Testamente „gerichtliche Verwaltung" des einem Kinde zugewendeten Vermögens angeordnet, so ist damit dem Vater die Verwaltung entzogen und die Voraussetzung für die Bestellung eines Pflegers nach § 1909 Abs. 1 Satz 2 gegeben. Der Vater kann, weil durch die letztwillige Bestimmung an der Besorgung der Verwaltung rechtlich verhindert, nicht selbst zum Pfleger bestellt werden.

§ 1643.

I. Voraussetzung der Genehmigung.

KG. 8. 1. 15, OLG. 32, 20. Die Prüfung des VormG. hat sich nicht nur darauf zu erstrecken, ob der Vater bei Abschluß eines nach §§ 1643, 1822 Nr. 10 genehmigungsbedürftigen Vertrags pflichtwidrig gehandelt hat, sondern auch darauf, ob der Abschluß des Vertrags für den Minderjährigen förderlich erscheint.

II. Genehmigung einer Auflassung und Nießbrauchseintragung.

1. Colmar 14. 7. 15, OLG. 32, 20. Hat ein Erblasser einem unter elterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen sein Haus, der Mutter des Minderjährigen aber den Nießbrauch daran vermacht, und haben die Erben das Haus an den Minderjährigen aufgelassen, so bedarf der Vater des Minderjährigen, um in dessen Namen die Eintragung des Nießbrauchs auf dem Grundstück herbeizuführen, nicht der Genehmigung des VormG. Im Erfolg wirkt seine Verfügung nicht anders, als wenn ein Grundstück für den Mündel erworben wird, das mit einem Rechte schon belastet ist.

2. KG. 10. 11. 16, OLG. 33, 363. Zur Auflassung eines Grundstücks an die minderjährigen Kinder auf Grund eines von ihrem verstorbenen Vater abgeschlossenen Kaufvertrags bedarf es der Genehmigung des VormG. jedenfalls dann, wenn in dem Kaufvertrag eine auf dem Grundstücke ruhende Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen ist. Wegen der Begründung s. unten Ziff. 3 zu § 1821.

III. Genehmigung einer Erbschaftsausschlagung.

Rostock 29. 6. 16, MecklZ. 35, 42, OLG. 33, 364. Die Mutter (§ 1686) bedarf zu einer im eigenen Namen und im Namen ihrer minderjährigen Kinder erklärten Erbschaftsausschlagung nicht der Genehmigung des VormG., wenn die Kinder nur zu Ersatzerben der Mutter, nicht neben ihr zur Erbschaft berufen sind.

§ 1648.

BayObLG. 16. 9. 16, R. 16, Nr. 1850, 1916. Der Vater ist rechtlich in der Lage, ein Grundstück für seine minderjährigen Kinder in der Weise zu erwerben, daß er es mit seinem eigenen Gelde im Namen der Kinder einem Dritten abkauft (§ 164). Macht er Ersatzansprüche geltend für Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten konnte, und soweit sie ihm nicht selbst zur Last fallen, so ist, wenn der dem Kinde bestellte Pfleger die Forderung nicht anerkennt, der Streit im Prozeßweg auszutragen. Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann darüber nicht entschieden werden.

§ 1652.

1. BoschersZ. 16, 281 (unbek. Verf.) hält in Übereinstimmung mit Fröhlich, DNotV. 14, 679 die Eintragung einer Kinderhypothek mit der Bestimmung, daß sie nach Beendigung der elterlichen Nutznießung in bestimmter Höhe verzinslich sein solle, für zulässig, da es sich insoweit um Sicherstellung eines künftigen Anspruchs nach § 1113 Abs. 2 handle.

2. Armbruster, LeipzZ. 16, 1286 hält, entgegen KGJ. 45 A, 257, JDR. 13, Ziff. 1 zu § 1652, die Vereinbarung der Verzinsung einer Kinderhypothek nicht als mit dem elterlichen Nutznießungsrecht im Widerspruche stehend, da das Ruhen oder der Verzicht auf die Ausübung des Rechts der elterlichen Nutznießung als ohne weiteres durch die Vereinbarung der Verzinsung vereinbart anzusehen sei.

§§ 1665, 1685.

1. Hamburg 16. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 94. Durch die Kriegsteilnahme tritt für den im Felde Stehenden nicht eine solche Abschließung von dem Verkehr ein, daß es ihm mit Hilfe der Feldpost nicht möglich wäre, auf Grund der ihm zugehenden Nachrichten die nach § 1627 erforderlichen Anordnungen brieflich zu treffen.

2. Dagegen. a) BayObLG. 18. 2. 16; 17, 33, JW. 17, 370, LeipzZ. 16, 826, OLG. 32, 320, R. 16, Nr. 949. Befindet sich der Vater als Angehöriger der bewaffneten Macht im Felde, so ist er zwar dadurch nicht gehindert, von den Vorkommnissen in seiner Familie Kenntnis zu nehmen und bei einzelnen seine Kinder betreffenden Fragen schriftlich oder telegraphisch seinen Willen kund zu geben; allein die elterliche Gewalt in allen ihren Beziehungen auszuüben, ist ihm bei der großen Entfernung seines Standortes von dem Aufenthaltsorte seiner Familie und der starken Inanspruchnahme durch die militärischen Pflichten naturgemäß unmöglich.

b) PrOVG. 28. 9. 15, R. 16, 234. Verpflichtet zur Durchführung der Impfpflicht bei ihren Kindern ist im Falle tatsächlicher Verhinderung des Vaters die Mutter. Eine tatsächliche Verhinderung des Vaters liegt vor, wenn er sich im Felde befindet.

3. KG. 2. 3. 17, JW. 17, 373.

Nur dann, wenn die Verhältnisse so liegen, daß ersichtlich ein Kriegsteilnehmer trotz seiner Abwesenheit imstande ist, auf die Sorge für die Person und das Vermögen der Kinder in maßgeblicher und pflichtgemäßer Weise einzuwirken, so daß er trotz tatsächlicher Trennung die Hauptsorge behalten hat, während die von der Mutter ausgeübte Sorge sich doch im wesentlichen nur als eine solche neben der dem Vater verbliebenen darstellt, wird gesagt werden können, daß der Vater auch in und trotz seiner Kriegsteilnehmerschaft in der Lage ist, die elterliche Gewalt in ihrer Gesamtheit auszuüben. Etwas Abweichendes will auch KGJ. 47, A 61, JDR. 14 Ziff. 1 zu §§ 1665, 1685

nicht besagen. Zu weit geht es, einen an den kriegerischen Operationen teilnehmenden Vater immer als an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert anzusehen.

§ 1666.

A. Reichsrecht.

I. Verschulden als Voraussetzung?

1. KG. 12. 2. 15, OLG. 33, 364. § 1666 ist nicht auf die Fälle entsprechend anzuwenden, in denen den Gewalthaber kein Verschulden trifft.

2. Seng, BadRpr. 16, 173 hält es zur Anwendung des § 1666 für genügend, wenn die Gefährdung des Kindes mit dem Verhalten des Vaters in ursächlichem Zusammenhange steht, ohne daß ein Verschulden hinzuzutreten braucht.

II. Einzelne Verfehlungen.

1. BayObLG. 8. 1. 15, JDR. 14 Ziff. A III zu § 1666, auch BayObLG. 16, 1.

2. BayObLG. 17. 3. 16, R. 16, Nr. 950. Soll der Mutter die Sorge für die Person ihres Kindes entzogen werden, so können auch Verfehlungen herangezogen werden, die in der Zeit vor Erlangung der elterlichen Gewalt liegen.

3. a) BayObLG. 16. 6. 16, R. 16, Nr. 1539. Der Fürsorgeberechtigte, der ohne Rücksicht auf eine Gefährdung der Interessen des Kindes dessen Herausgabe verlangt, mißbraucht sein Recht (BayObLG. 13, 260). b) Ebenso KG. 10. 7. 14, OLG. 33, 364.

III. Anordnungen des Vormundschaftsgerichts und deren Wirkung.

1. BayObLG. 16. 10. 16, R. 16, Nr. 2112. Bei der Anordnung von Maßregeln aus § 1666 ist das Gericht an die Anträge der Beteiligten nicht gebunden.

2. BayObLG. 6. 10. 16, R. 16, Nr. 2111. Die nach § 1666 zu treffenden Maßregeln können sowohl in der vollständigen Entziehung der Personensorge als auch nur in Beschränkungen z. B. hinsichtlich des Rechts, den Aufenthalt und die Berufswahl zu bestimmen oder in der einen oder anderen Weise auf die Erziehung einzuwirken, bestehen. Ob dadurch etwa die Einleitung einer Pflegschaft erforderlich wird, ist eine Frage des Ermessens des VormG. Der bestellte Pfleger ist an die gerichtliche Anordnung bezüglich des Aufenthalts und der Erziehung des Kindes in gleicher Weise wie der Vater gebunden.

3. Colmar 26. 1. 16, ElsLothJZ. 16, 207. Das BGB. kennt zwar keine Entziehung der elterlichen Gewalt als solcher, sondern nur eine solche ihrer einzelnen Bestandteile. Trotzdem enthält eine solche Entscheidung keine Gesetzesverletzung, wenn die gegebene Begründung die Entziehung der einzelnen Bestandteile insbesondere nach § 1666 Abs. 1 und 2 rechtfertigt (OLG. 6, 170).

4. BayObLG. 18. 12. 14; 15, 724. Durch die Entziehung der Personensorge geht das Recht und die Pflicht, für die Unterbringung der Kinder zu sorgen, auf den den Kindern bestellten Pfleger über.

IV. Anordnungen des Prozeßgerichts nach § 627 ZPO.

Dresden 13. 4. 16, SächsRpflA. 16, 431. Auch wenn das VormG. eine Anordnung aus § 1666 abgelehnt hat, kann das Prozeßgericht eine Anordnung wegen der Sorge für die Person im Interesse des Kindes gemäß § 627 ZPO. treffen, selbst wenn es an den Voraussetzungen des § 1666 fehlt.

B. Zwangserziehung (Fürsorgeerziehung) nach Landesrecht.

I. Reichsrecht und Landesrecht.

1. Josef, MecklZ. 34, 407, gegen KGJ. 47, 48, JDR. 14, Ziff. B I 2 zu § 1666. Durch Reichsgesetz ist dem VormG. nur die Zulässigerklärung sowie die Anordnung der Zwangserziehung übertragen, so daß z. B. die allgemeinen Vorschriften des FGG.

über die örtliche Zuständigkeit des VormG. Anwendung finden, wogegen alle diesem sonst im Zwangserziehungsverfahren obliegenden Handlungen, z. B. die vorläufige Unterbringung, die Entscheidung über Aufhebung, §§ 5, 13 FEG., ihm durch Landesgesetz übertragen sind.

2. KG. 25. 6. 15, KGJ. 48, 41, R. 16, 568. Eine FE.-Sache kann auch an das VormG. eines anderen Bundesstaats abgegeben werden. Aus Art. 135 EG. BGB. folgt, daß die sachliche und örtliche Zuständigkeit des VormG. auf dem Gebiete der Zwangserziehung reichsgesetzlich geregelt ist, es findet daher auch § 46 FGG. Anwendung. Der gegenteiligen Ansicht von Neumeyer, Internat. VerwR. 1, 243 ff. und ElsLothJZ. 14, 36 (Colmar) wird nicht beigepflichtet.

3. **RG.** (Straff.) 3. 4. 16, FürsZBl. 8, 115, JW. 16, 967, LeipzZ. 16, 811, R. 16, Nr. 1028. Die Landesgesetze, die einen Strafschutz gegen unbefugte Eingriffe in die FE. über die §§ 120, 235 StGB. hinaus gewähren, greifen auch dann Platz, wenn die FE. durch die Behörden (Gerichte) eines anderen Bundesstaats angeordnet ist. Daher ist das braunschw. FEG. anwendbar, wenn eine in Preußen angeordnete, in Braunschweig ausgeführte Unterbringung eines Zöglinges gestört wird.

4. Borchardt, FürsZBl. 7, 222 hält es für geboten, daß auch die Gerichte der nichtpreußischen Bundesstaaten, auch wenn nach ihrem Recht nur das für die endgültige Anordnung der FE. in Frage kommende VormG. zur Anordnung der vorläufigen Unterbringung zuständig ist, sich der in KGJ. 37, A 97 ausgesprochenen Rechtsansicht anschließen, wonach in geeigneten Fällen außer dem in §§ 43, 36 FGG. bezeichneten auch dasjenige VormG. zuständig ist, in dessen Bezirke das Bedürfnis nach Anordnung der vorläufigen Unterbringung hervorgetreten ist.

II. Preußen.

Göze, FürsZBl. 7, 241 berichtet über die Schaffung des „Brandenburgischen Fürsorgeerziehungsamtes", einer Einrichtung, die bezweckt, den Landesdirektor (an der Zentralstelle) zu entlasten und eine Reihe von Geschäften, z. B. die Unterbringung der Zöglinge, die Überwachung der Pflege-, Dienst- und Lehrstellen, die Prüfung von Beschwerden, die Berichterstattung in Fragen der Strafaussetzung, Strafvollstreckung usw., die Verwaltung des Sparguts der Zöglinge, einer Reihe von Zwischenstellen zu übertragen. Demgemäß ist das FE.-Amt, das bisher als solches schon in der FE.-Abteilung der Provinzialverwaltung bestand, in einzelne Abteilungen gegliedert worden, in die die Provinz aufgeteilt worden ist und die nach Möglichkeit an die Wanderarbeitsheime angegliedert worden sind. (Bisher Abteilungen in Treuenbrietzen, Prenzlau, Eilanghof, Landsberg, Potsdam.)

Hartmann, FürsZBl. 8, 19 hält diese Einrichtung nicht ohne weiteres für die übrigen, insbesondere die westlichen Provinzen Preußens verwertbar.

Schmidt, PrVerwBl. 37, 657 gibt einen Überblick über die Wirkungen des FEG. während der Zeit vom 1. 4. 01 bis 31. 3. 15. Es ist mit einem Dauerbestande von rund 60000 Fürsorgezöglingen zu rechnen.

Zu einzelnen Bestimmungen des FEG.

1. **§ 1 Nr. 1** (in der Fassung der Novelle vom 7. 7. 15). a) α. KG. 17. 12. 15, KGJ. 48, 24, R. 16, 567. Liegen die Voraussetzungen des § 1 Nr. 1 FEG. (neuer Fassung v. 7. 7. 15) vor, so ist ohne Rücksicht auf das Alter des gefährdeten Kindes die Anordnung der FE. zulässig, wenn nur überhaupt das Kind erziehlichen Einwirkungen zugänglich ist. Zur Erziehung gehört die körperliche, geistige und sittliche Ausbildung des Kindes.

β. Ebenso KG. 22. 12. 15, ZBlFG. 17, 135, ferner

γ. KG 21. 1. 16, FürsZBl. 8, 42 mit folgendem Leitsatze: Kann die Feststellung getroffen werden, daß eine Veränderung der Verhältnisse nach Lage der Sache nicht zu erwarten steht und daher das Kind, wenn es in der gegenwärtigen Umgebung

bliebe, körperlich, geistig oder sittlich verwahrlosen würde, so ist bereits im Sinne der Novelle v. 7. 7. 15 Fürsorgeerziehung am Platze, und es liegt kein Grund vor, mit der anderweiten Unterbringung so lange zu warten, bis nachweisbar eine Erziehungshandlung im engeren Sinne des Wortes geleistet ist.

b) *α.* KGJ. 17. 12. 15, KGJ. 48, 24, R 16, 568. Ist ein Kind im armenrechtlichen Sinne hilfsbedürftig und daher im Wege der öffentlichen Armenpflege zu unterstützen, so liegt zur Anordnung der Fürsorgeerziehung so lange kein Grund vor, als die derzeitige Unterkunftsstelle nach dem Ermessen des VormG. geeignet erscheint, die Verwahrlosung des Kindes zu verhüten.

β. Ebenso KG. 21. 1. 16, FürsZBl. 8, 42, OLG. 34, 264, und *γ.* KG. 4. 2. 16, FürsZBl. 8, 96: Dies trifft insbesondere zu, solange die Leistungen der Armenpflege gewährt werden und deren Entziehung nicht in die Wege geleitet ist.

γ. Ebenso KG. 28. 1. 16, ZBlFG. 17, 138.

c) Kürske, PrVerwBl. 38, 99. § 1 Nr. 1 FEG. reicht auch in seiner neuen Fassung nicht aus, um in allen Minderjährige unter 18 Jahren betreffenden Zwangserziehungsfällen eine Unterbringung auf öffentliche Kosten zu ermöglichen, nämlich dann, wenn die anderweite Unterbringung sich nicht zur Verhütung der Verwahrlosung, sondern nur zur Gewährung des leiblichen Schutzes und der Sicherstellung des Unterhaltes oder der Krankenpflege i. e. S. erforderlich erweist. Dieser Zweck könnte nur durch die (nach Art. 135 EG. BGB. zulässige) Streichung der Worte „zur Verhütung der Verwahrlosung" in § 1 Nr. 1 FEG. erreicht werden.

2. **§ 1 Nr. 3.** KG. 3. 12. 15, OLG. 33, 391. Für die Feststellung einer gegenwärtigen sittlichen Verwahrlosung kommen vereinzelte, länger zurückliegende Verfehlungen nur insoweit in Betracht, als sie einen Rückschluß auf eine demnächst sich wieder betätigende üble Gesinnung des Minderjährigen und die Annahme gestatten, daß er sittlich bereits so tief herabgekommen sei, daß seinem völligen sittlichen Verderben nur noch durch die Fürsorgeerziehung werde vorgebeugt werden können.

3. **§ 4.** a) KG. 23. 6. 15, ZBlFG. 17, 138. Wenn auch das Gericht befugt ist, das ihm von der Antragsbehörde unterbreitete Material, wenn es vollständig und erschöpfend ist, seiner Entscheidung zugrunde zu legen (KGJ. 32 A, 12; 38 A, 86), so müssen doch die Urschriften der betreffenden Vernehmungen, Berichte und Äußerungen vorliegen. Unbeglaubigte Abschriften bieten keine ausreichende Grundlage der Entscheidung.

b) Aussetzung des Verfahrens.

α. KG. 17. 9. 15, KGJ. 48, 34, FürsZBl. 7, 262, R 16, 568. Das FE.-Verfahren darf nur so lange ausgesetzt werden, daß die Endentscheidung noch zu einer Zeit ergehen kann, in der der Minderjährige das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Der Anordnung der FE. steht nicht im Wege, daß ihre Ausführung erst nach vollendetem 18. Lebensjahre des Minderjährigen erfolgen kann. Wenn die FE. an sich erforderlich ist, kann sie nicht deshalb abgelehnt werden, weil der Minderjährige bis gegen das Ende seiner Minderjährigkeit eine Strafe zu verbüßen haben werde.

β. KG. 1. 10. 15, KGJ. 48, 44, R. 16, 568. Hat im FE.-Verfahren in der Beschwerdeinstanz das Landgericht das Verfahren auf bestimmte Zeit ausgesetzt, so ist hiergegen — anders für das Gebiet des FGG. **RG.** in RJA. 14, 85, JDR. 14 Ziff. 3b zu § 27 FGG. — die sofortige weitere Beschwerde zulässig. Ein derartiger vom Landgericht erlassener Aussetzungsbeschluß bedarf der Begründung. Die Aussetzung bedarf auch dann der Zustimmung der Antragsbehörden, wenn das Verfahren von Amtswegen eingeleitet worden war.

c) Rechtskraft. Cohn, BuschsZ. 46, 159 (Die materielle Rechtskraft des Beschlusses, der gemäß § 3 FEG. über die Unterbringung Minderjähriger zur FE. entscheidet). Die Frage nach der materiellen Rechtskraft des Beschlusses, der die FE. eines Minderjährigen anordnet, ist von keiner praktischen Bedeutung, da, selbst wenn der Beschluß

materiell nicht rechtskräftig wäre, das VormG. durch § 13 FEG. verhindert sein würde, seine Anordnung bei unverändertem Sachverhalt aufzuheben. Dagegen ist von großer praktischer Bedeutung die Frage der materiellen Rechtskraft des Beschlusses, der die Unterbringung zur FE. ablehnt. Diese Frage ist nicht aus dem FEG. zu beantworten, sondern hängt ab von der Stellungnahme zu dem allgemeinen Probleme der Rechtskraft der Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, im Gegensatze zu der Bedeutung, die den Urteilen im Zivil- und Strafprozesse zukommt. Die materielle Rechtskraft der Zivil- und Strafurteile hat ihren Grund darin, daß diese ohne materielle Rechtskraft keine Rechtsgewißheit schaffen würden (176). Die Entscheidungen in Fürsorgeerziehungssachen sind kein Akt der Rechtsprechung, sondern Verwaltungshandlungen und als solche der materiellen Rechtskraft nicht zugänglich.

4. **§ 5.** a) KG. 6. 10. 14, OLG. 32, 29. Im Falle des § 5 kann sich das Gericht auf das von einer Antragsbehörde unterbreitete Material beschränken, ohne zu einer weiteren Ermittelungstätigkeit, besonders zur Anhörung von Auskunftspersonen verpflichtet zu sein.

b) KG. 15. 1. 15, OLG. 32, 30. Das VormG. ist rechtlich nicht gehindert, wegen veränderter Umstände den aus § 5 FEG. ergangenen Beschluß wieder aufzuheben (KGJ. 33 A, 78).

5. **§ 9.** a) Isermeyer, FürsZBl. 7, 220 empfiehlt, für jede Erziehungsanstalt eine Aufnahmestation einzurichten, in der die der Fürsorgeerziehung Überwiesenen zunächst eine Zeitlang, um die für sie geeignete Erziehungsmethode ausfindig zu machen, beobachtet werden.

b) Dienst- und Arbeitslohn des F.-Zöglinges.

α. Kipp, Jugendfürsorge 16, Nr. 7 S. 3. Wenn auch durch Abschluß eines Dienst- oder Arbeitsvertrags, durch den der Kommunalverband Dienst- oder Arbeitsleistungen des Fürsorgezöglinges verspricht, der KV. nur zu dem Dienstherrn oder Arbeitgeber in ein Vertragsverhältnis tritt, so wird doch im Innenverhältnis zwischen KV. und Fürsorgezögling letzterer Eigentümer des Lohnes. Die Stellung des KV. zu dem Arbeitsverdienste kann nur als die eines Treuhänders aufgefaßt werden, kraft deren der Arbeitsverdienst im Interesse des Fürsorgezöglinges zu vereinnahmen, zu verwahren und zu verwalten ist.

β. Dagegen Boschan, FürsZBl. 8, 169. Der Kommunalverband ist nicht Treuhänder des einzelnen Fürsorgezöglinges, sondern Treuhänder der Allgemeinheit und kraft dieser Aufgabe gehalten, dem Zögling eine seinen Kräften entsprechende Arbeitsmöglichkeit zu verschaffen. Die Erzielung einer Vergütung ist nicht Haupt- oder Selbstzweck, sondern schon erforderlich, um zu verhüten, daß eine unentgeltliche Arbeitsleistung des Zöglinges mit der freien Lohnarbeit in einen ungerechtfertigten Wettbewerb tritt. Deshalb fließt der Lohn dem KV. nicht als Entgelt für die Arbeitsleistung des Zöglinges zu, sondern er gehört zu den allgemeinen Einnahmen der Fürsorgeerziehung, denen die in § 15 FEG. genannten Ausgaben gegenüberstehen, an deren Aufwendung der Zögling gleich den anderen Zöglingen teilnimmt.

γ. Gegen Kipp auch Knauth, Jugendfürsorge 16, Nr. 9 S. 1 (mit Entgegnung von Kipp).

6. **§ 14.** KG. 29. 10. 15, FürsZBl. 8, 23, KGJ. 48, 52, R. 16, 569. Hat das VormG. in dem auf Unterbringung zur FE. lautenden Beschlusse, wenn auch nur in den Gründen, einen bestimmten Kommunalverband als zur Ausführung der FE. verpflichtet bezeichnet oder den Ort festgestellt, als dessen VormG. es entschieden hat, so steht dem Kommunalverbande, der als der verpflichtete bezeichnet ist oder aus der Ortsfeststellung gemäß § 14 Abs. 2 FEG sich als der verpflichtete ergibt, die sofortige Beschwerde zu, die auf die erwähnte Verpflichtungsbezeichnung oder Ortsfeststellung beschränkt werden kann.

7. **§ 21.** **RG.** (Strafs.) 7. 7 16, LeipzZ. 16, 1318, R. 16, Nr. 1831. In der Ge

währung von Unterkunft kann eine Förderung der Entrückung des Minderjährigen aus der FE. dann liegen, wenn dadurch der zuständigen Behörde in bezug auf ihre Maßnahmen zur Wiederzuführung des Zöglinges bewußt Hindernisse bereitet werden, also namentlich, wenn sich mit der Gewährung der Unterkunft falsche Angaben über den Aufenthalt des Zöglinges verbinden oder die Spuren des tatsächlichen Aufenthalts verwischt werden. Der Vermieter, der duldet, daß ein Mieter den Zögling bei sich aufnimmt, begeht dadurch allein keine strafbare Handlung, denn er hat weder die Pflicht, noch die Befugnis (§§ 550, 553 BGB.), dies zu hindern.

8. **§ 235 StGB.** a) **RG.** (Straff.) 29. 2. 16, LeipzZ. 16, 693, R. 16, Nr. 865. Eine Mutter kann sich des Vergehens nach § 235 StGB. schuldig machen, wenn sie ihr minderjähriges Kind, das der Vater auf Grund des ihm nach § 1634 zustehenden Rechtes bei sich oder bei Dritten untergebracht hat, dem Vater oder dem Dritten durch List oder Gewalt entzieht und gegen den Willen des Vaters sich die ausschließliche Sorge für dessen Person anmaßt.

b) **RG.** (Straff.) 4. 7. 16, JW. 16, 1198, R. 16, Nr. 1653, SächsRpflA. 16, 434. Zum inneren Tatbestande des § 235 StGB. gehört das Bewußtsein des Täters, daß die als Entziehung aus der Gewalt sich kennzeichnende Handlung ein fremdes Recht verletzt; der Vorsatz muß sich also auf die Rechtswidrigkeit erstrecken. Das ist nicht ausgeschlossen, wenn die Mutter, die dem Vater das Kind entzieht, nur annimmt, sie habe das gleiche Recht wie dieser, denn sie glaubt dann nicht an ein ihr zustehendes ausschließliches Besitzrecht. Aus dem Rechte der Mutter auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde folgt nicht ohne weiteres, daß sie befugt wäre, den väterlichen Besitz völlig zu verdrängen; daraus erwächst ihr nur die Befugnis, diesen persönlichen Verkehr herbeizuführen. Daher Verneinung der Notwehr. Selbsthilfe ist nur da zugelassen, wo obrigkeitliche Hilfe nicht zu erlangen ist. Das trifft angesichts der Befugnisse des VormG. und im Ehescheidungsprozesse des Prozeßgerichts (ZPO. § 627) regelmäßig nicht zu.

III. Bayern.

Bek. v. 24. Dez. 15 zum Vollzuge des FEG. (JMBl. 16, 15).

Schrifttum: Arnold, Hirths Ann. 47, 799. Der Vollzug des BayZwEG. im Lichte der Statistik. — Gerber, BayRpflZ. 16, 1 bespricht die Änderungen, die das neue FEG. gegenüber dem bisherigen ZwEG. enthält.

1. Voraussetzung der Fürsorgeerziehung.

a) BayObLG. 26. 3. 15, FDR. 14. Ziff. B II 1 bβ und 3c, auch BayObLG. 16, 62.

b) BayObLG. 23. 6. 16, R. 16, 522. Auch wenn der Vater das persönliche Sorgerecht nicht gerade mißbraucht, kann er es doch dadurch vernachlässigen, daß er der zur Erziehung ungeeigneten Mutter zuviel Spielraum läßt, z. B. durch Unterhaltung eines ehebrecherischen Verhältnisses mit einer auswärts wohnenden Frauensperson.

c) BayObLG. 20. 4. 16, R. 16, 425. Zur Anordnung der FE. ist ein höherer Grad von Verwahrlosung und Vernachlässigung der Erziehung notwendig, als er bei den Kindern vieler Arbeiterfamilien in einer Industriestadt infolge der sozialen Verhältnisse unabweisbar ist.

d) BayObLG. 9. 6. 16, R. 16, 522. Ein einmaliger Diebstahl kann entschuldbar sein, wenn die Versuchung außergewöhnlich stark war. Daß der Vater bei seiner Vernehmung dies in unmutiger Weise geltend macht, kann ihm nicht verdacht werden, wenn er eben nach monatelangem Aufenthalt von der Front auf kurzen Urlaub zurückgekehrt war.

e) BayObLG. 19. 5. 16, E. 17, 109, R. 16, 522. Persönliche Interessen der Eltern sind für die Ablehnung der FE. nicht maßgebend, zumal wenn sie dem Besserungszwecke geradewegs zuwiderlaufen, z. B. Unterstützung bei der Hausarbeit trotz Zerrüttung der Familienverhältnisse.

f) BayObLG. 24. 3. 16, R. 16, 380. Die Besorgnis völliger sittlicher Ver-

derbnis wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Minderjährige bei der Arbeit fleißig ist und dort zu Klagen keinen Anlaß gegeben hat.

g) BayObLG. 30. 5. 16, R. 16, 522. Behaupten die Eltern, alles ihnen Mögliche für gute Erziehung getan zu haben, und stellen sie Besserung des Kindes in Aussicht, so sind besonders eingehende Erhebungen nötig. Bei Entwendungen eines Angestellten kommt auch in Betracht, wie sich der Geschäfts- und Lehrherr demgegenüber verhält, insbesondere ob er den Angestellten trotzdem weiter beschäftigen will.

2. Beschwerderecht. a) BayObLG. 19. 11. 15, E. 16, 150. Gegen die Ablehnung der Aufhebung der Zwangserziehung steht dem Stiefvater des Zöglinges die Beschwerde zu (§ 57 Abs. 1, Ziff. 9 FGG. mit Art. 12 ZwEG.).

b) BayObLG. 18. 2. 16, R. 16, 260. Gegen die „Durchführung" der Zwangserziehung findet eine Beschwerde nicht statt. Ist die Beschwerdefrist gegen die Anordnung versäumt, so kommt nur die Wiederaufhebung in Frage.

c) BayObLG. 7. 4. 16, E. 17, 78, BayRpflZ. 16, 183, FürsZBl. 8, 140, R. 16, 425. Gegen die nach dem 1. 1. 16 ausgesprochene Anordnung der Zwangserziehung steht der Gemeindebehörde der früheren Heimatgemeinde ein Beschwerderecht nicht mehr zu, vielmehr ist statt dessen der Ortsarmenverband des Unterstützungswohnsitzes beschwerdeberechtigt.

3. Aufhebung der FE. a) BayObLG. 12. 11. 15, R. 16, 112. Besserung im Laufe des Verfahrens kann zur Aufhebung der Anordnung der Zwangserziehung führen. Dies gilt insbesondere, nachdem der Vater ins Feld einberufen ist, wenn sich unverkennbar gute Einwirkungen des Einflusses der Mutter zeigen.

b) BayObLG. 26. 5. 16, R. 16, 522. Zur Aufhebung der FE. liegt nicht schon deshalb Anlaß vor, weil sich der Minderjährige während deren bisheriger Dauer einwandfrei geführt hat. Es kommt auch darauf an, ob nicht mit der Aufhebung der FE. sich alsbald die früheren schlimmen Einflüsse wieder geltend machen würden. Gegen die Wiederaufhebung spricht insbesondere die Feststellung, daß der antragstellende Elternteil Unwahrheiten zur Herbeiführung der Wiederaufhebung vorbringt.

c) BayObLG. 16. 6. 16, R. 16, 522. Die Wiederaufhebung der FE. ist abzulehnen, wenn damit die heranwachsende, in der Anstalt allerdings gebesserte Tochter gerade in den ausschlaggebenden Jahren zwar nicht unter die Obhut ihrer ungeeigneten Mutter zurückkäme, wohl aber zu ihrem von Berufswegen die meiste Zeit auf Reisen befindlichen Vater, dessen Aufsicht schon früher nicht zureichte.

IV. Württemberg.

Stuttgart 7. 4. 16, BoschersZ. 16, 161, FürsZBl. 8, 159, R. 16, Nr. 966, 1158, 1197 schließt sich der Ansicht KGJ. 47, 48, JDR. 14, Ziff. B I 2 zu § 1666 an, daß in den dem § 1 Ziff. 2 u. 3 des preuß. FEG. entsprechenden Fällen des Art. 1 Abs. 1 Ziff. 1 u. 2 württ. FEG. die Anordnung der FE. auch zulässig ist, wenn es sich um die FE. ausländischer Minderjähriger handelt.

V. Sachsen.

Brückler, FürsZBl. 8, 107. Die Fürsorgeerziehung im Königreich Sachsen in den Jahren 1913—1915.

VI. Sachsen-Weimar.

ThürOVG. 24. 7. 15, ThürBl. 63, 172 (Mitteilung von Hansen). Die Verpflichtung des Staates (Sachsen-Weimar), für die Unterbringung erziehungsbedürftiger Kinder zu sorgen, tritt erst ein, nachdem das Zwangserziehungsverfahren gemäß § 201 sachs-weim. AG. BGB. durch Beschluß des Amtsgerichts förmlich eingeleitet worden ist. Hat das VormG. lediglich die Trennung der Kinder von den Eltern angeordnet, so liegt deren anderweite Unterbringung und Erziehung dem ihnen zu bestellenden Vormund (Pfleger) ob. Der Armenverband wird erst dann mittelbar beteiligt, wenn sich bei der Ausführung der gesetzlich begründeten Anordnung ein tatsächlicher Notstand für die

Kinder ergibt. Alsdann hat er in derselben Weise einzutreten, wie in gleichen, aus anderer Veranlassung entstandenen tatsächlichen Notstandsverhältnissen. Er muß die durch den rechtsgültigen Beschluß des VormG. geschaffene Lage anerkennen. Insofern tritt das ThürOVG. dem BAH. 36, 52, 59; 42, 67 bei. Die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Armenverbandes gründet sich dann aber allein auf das UWG. und das dazu ergangene weim. AG.

VII. Braunschweig.

RG. (Straff.) 3. 4. 16, FürsZBl. 8, 115, JW. 16, 967, LeipzZ. 16, 811, R. 16, Nr. 1028. § 15 braunschw. FEG. v. 22. 10. 08 will, wie die wiederholte Bezugnahme des Gesetzes auf reichsrechtliche Bestimmungen, namentlich auch in § 15 ergibt, seinen Strafschutz auf jede von deutschen Landesbehörden angeordnete FE. erstrecken, sobald sich innerhalb des braunschweigischen Landesgebiets der als strafbar erklärte Tatbestand verwirklicht. Vgl. oben Ziff. I 3.

VIII. Schaumburg-Lippe.

G. v. 3. April 16, betr. die Abänderung des G. über die Zwangserziehung Minderjähriger vom 30. Juni 1899 (LV. 1916, 237).

IX. Hamburg.

Hamburg 4. 2. 16, HansGZ. 16, Beibl. 123. Nach dem hamb. ZwErzG. v. 11. 9. 07 kann eine einstweilige Anordnung des LG. nicht selbständig, sondern nur mit der Hauptentscheidung im Beschwerdeweg angefochten werden.

X. Elsaß-Lothringen.

Colmar 23. 6. 15, ElsLoth.JZ. 16, 72 Wenn auch § 124 Abs. 2 elsloth. AG. BGB. die Anordnung der fürsorglichen Unterbringung vor Abschluß der Sachuntersuchung und vor endgültiger Feststellung der die Zwangserziehung rechtfertigenden Tatsachen gestattet, so muß doch ein gewisser Anhalt dafür vorhanden sein, daß die gesetzlichen Erfordernisse der ZwErz.-Anordnung durch die weiteren Ermittlungen voraussichtlich werden dargetan werden.

§§ 1666, 1667.

BayObLG. 12. 2. 15, JDR. 14 zu §§ 1666, 1667, auch BayObLG. 16, 33.

§ 1667.

1. BayObLG. 23. 6. 16, R. 16, Nr. 1538. Liegen die Voraussetzungen des § 1667 vor, so kann ein Sparkassenguthaben des Kindes gemäß §§ 1814, 1815 gesperrt werden.

2. BayObLG. 16. 9. 16, R. 16, Nr. 1917, 1918. Das Verfahren nach § 1667 hat nicht den Antrag eines Antragsberechtigten zur Voraussetzung. Erklärt der vermögenslose, lediglich auf seinen Ruhegehalt angewiesene Vater, daß er den Erlös aus verkauften Grundstücken der Kinder für sich verbrauchen werde, so ist die Hinterlegung der Kaufgelder durch den Käufer das einzige wirksame Mittel, durch das sie für die Kinder gesichert werden können. Auferlegung einer Sicherheitsleistung (§ 1668) versagt, wenn der Vater kein Vermögen besitzt, mit dem er Sicherheit leisten könnte.

§§ 1667, 1670.

BayObLG. 24. 3. 16, E. 17, 68, OLG. 33, 364 Anm. 1, R. 16, Nr. 948. Der Unterschied zwischen Maßnahmen aus § 1667 und § 1670 besteht darin, daß nach § 1670 die Vermögensverwaltung als solche ganz oder teilweise entzogen wird, während ihm im Falle des § 1667 die Vermögensverwaltung in ihrer Gesamtheit verbleibt und nur in der Art ihrer Betätigung beschränkt wird.

§ 1673.

RG. 21. 1. 16, R. 16, Nr. 697. Zur Erfüllung der Vorschrift des § 1673 Abs. 2 genügt es, wenn überhaupt Verwandte oder Verschwägerte des Mündels gehört sind, deren Anhörung ein Urteil darüber zuläßt, ob die beabsichtigte Maßregel im Sinne der Familie liegt. § 1673 Abs. 2 will verhüten, daß lediglich auf Angaben fremder Personen, die möglicherweise die Verhältnisse nicht richtig kennen oder beurteilen, die tiefeinschneidende Maßregel aus § 1666 verhängt werde.

§ 1677.

1. Hamburg 16. 11. 15, FürsZBl. 7, 240, HansGZ. 16, Beibl. 94, LeipzZ. 16, 260, OLG. 32, 15, R. 16, 21; Nr. 57. Einem Kriegsteilnehmer kann nicht schon aus dem Grunde seiner Teilnahme am Kriege die Ausübung der elterlichen Gewalt abgesprochen werden. Vgl. auch oben zu § 1634.

2. Karlsruhe 8. 5. 15, JDR. 14, Ziff. 1 zu § 1677 (Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters wegen dessen Kriegsteilnehmerschaft), auch KGJ. 48, 230.

3. KG. 26. 2. 15, KGJ. 47, 61, auch JW. 16, 1216.

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

§ 1685.

Colmar 11. 11. 15, ElsLothJZ. 16. 9. Ruht die elterliche Gewalt des Vaters oder ist er an ihrer Ausübung vorübergehend tatsächlich verhindert, und ist infolgedessen die Mutter während der Ehe zur Ausübung der elterlichen Gewalt berechtigt, so bedarf es, wenn der Mutter die Sorge für die Person der Kinder entzogen werden soll, insoweit der Bestellung eines Pflegers.

§ 1687.

Über Gesetzgebungsfragen *Klein, ÖstZBl. 35, 129.

Fünfter Titel. Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen.

§ 1699.

RG. 6. 7. 16, JW. 16, 1337, LeipzZ. 16, 1309, R. 16, Nr. 1733, WarnE. 16, 373. Ist eine Ehe für nichtig erklärt, so kann die Frau mit der Behauptung, daß sowohl ihr wie dem Manne beim Eheabschluß die Nichtigkeit der Ehe bekannt gewesen sei, gegen den Mann auf Herausgabe des von ihr geborenen Kindes klagen, noch bevor ein für und gegen alle wirkendes Urteil über den Personenstand des Kindes ergangen ist. Die Sache liegt hier anders als in **RG.** 76, 283, JDR. 10, Ziff. 1a zu § 1632. Über die Frage der Abstammung des Kindes besteht hier überhaupt kein Streit, sondern nur darüber, welche rechtlichen Folgen die Nichtigkeit der Ehe für das Rechtsverhältnis der Eltern zu dem Kinde nach sich zieht.

Sechster Titel. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Schrifttum: Borchardt, FürsZBl. 8, 15. Das norwegische Gesetz über Kinder, deren Eltern nicht die Ehe miteinander geschlossen hatten, vom 10. April 1915.

§ 1706.

1. Colmar 9. 2. 16, ElsLothJZ. 16, 208. In Elsaß-Lothringen ist nach § 47 AG. FGG. das VormG. zur gerichtlichen Beurkundung der Erklärung zuständig, durch die der Vormund seine Einwilligung zu der Namenserteilung (§ 1706 Abs. 2) gibt, und zwar auch dann, wenn das VormG. im Wege der Rechtshilfe darum angegangen ist.

2. Haberling, HessRspr. 17, 236. Hat der Ehemann der Mutter eines unehelichen Kindes das Kind als „von ihm erzeugt" anerkannt, während er ihm tatsächlich nur nach § 1706 seinen Namen beilegen wollte, so kann die irrtümliche Vaterschaftsanerkennung

durch Widerruf gegenüber dem Standesamt, vor dem sie abgegeben wurde, oder gegenüber dem Vormunde des Kindes angefochten werden (§ 143 BGB.).

§ 1707.

Schrifttum: Josef, WürttRpflZ. 16, 83. Meinungsverschiedenheit zwischen der unehelichen Mutter und dem Vormund sowie das selbständige Beschwerderecht des Mündels.

Josef a. a. O. 88. Die Mutter hat als Inhaberin der Personensorge selbständig darüber zu befinden, ob der Mündel in ein Arbeits- oder Lehrverhältnis eintreten soll; der Vormund hat dann als Vertreter des Mündels den zur Ausführung der mütterlichen Bestimmung erforderlichen Vertrag abzuschließen. Insoweit diese Ausführung das Wohl des Mündels gefährden würde, hat das VormG. dem Vormund den Vertragsabschluß zu verbieten. Dieses Verbot enthält zugleich ein Gebot an die Mutter, von der Ausübung ihres Bestimmungsrechts in der von ihr verlangten Art abzusehen, und stellt sich sonach als eine Maßregel der in § 1666 Abs. 1 bezeichneten Art dar. Ist ein vom Vormunde beabsichtigter Vertragsschluß zum Besten des Mündels erforderlich, und verweigert die Mutter mißbräuchlich ihre Zustimmung, so hat das VormG. auf die Anzeige des Vormundes nach § 1666 ihr das Sorgerecht zu entziehen. — Dienst- und Lehrverträge, die der Vormund, sei es auch mit Zustimmung des VormG. ohne Zustimmung der Mutter für den Mündel schließt, sind für diesen und für die Mutter unwirksam. Verweigert also der Mündel die Erfüllung eines so vom Vormunde geschlossenen Vertrags, so hat das VormG. den Antrag des Vormundes, den Mündel zur Erfüllung zwangsweise anzuhalten, abzulehnen, und es steht dem Dienst- oder Lehrherrn ein Schadensersatzanspruch gegen den Mündel nicht zu. — Können sich die Mutter und der Vormund über den Abschluß eines Lehr- oder Dienstvertrags für den Mündel nicht einigen, so entscheidet darüber nach § 1629 das VormG., dessen Entscheidung erst mit der Rechtskraft wirksam wird (§ 53 FGG.), so daß erst nach deren Eintritt das VormG. den vom Vormunde geschlossenen Vertrag genehmigen kann (§ 1822 Nr. 6, 7).

§ 1708.

1. Engelmann, LeipzZ. 16, 1167. Als Zeit der Entstehung der Unterhaltsforderung des unehelichen Kindes gegen seinen Vater aus § 1708 Abs. 1 ist die Zeit der Geburt des Kindes anzusehen; ist diese erst nach Kriegsausbruch erfolgt, so ist die StundungsVO. v. 7. 8. 1914 in der Fassung v. 20. 5. 1915 unanwendbar. Auf den Zeitpunkt der Erzeugung des Kindes kommt es nicht an.

2. Dagegen v. Harder, LeipzZ. 16, 1290. Die Verpflichtung entsteht mit dem Beginne des Zeitraums, für den die Rente geschuldet wird. Die Entstehung hängt in erster Linie vom Erleben des Zeitpunktes durch den Berechtigten, alsdann davon ab, daß in diesem noch Unterhaltsbedürftigkeit besteht.

3. Über Gesetzgebungsfragen vgl. *Klein, ÖstZBl. 35, 129ff.

§ 1712.

1. Rostock 16. 11. 14, OLG. 32, 16. Das Versprechen des Vaters eines unehelichen Kindes, diesem jährlich höchstens 3000 bis 4000 M. je nach den Umständen zukommen zu lassen, kann dahin ausgelegt werden, daß der Schuldner jährlich mindestens 3000 M., je nach den Umständen aber mehr, jedoch höchstens 4000 M. zahlen und die Bestimmung, ob und wieviel mehr als 3000 M. zu zahlen sei, sich vorbehalten wolle. Ein Schenkungsversprechen ist darin nicht ohne weiteres enthalten.

2. RG. 11. 4. 16, JW. 16, 1357. Dem Nachlaßkonkursverwalter (als Vertreter des Erben) steht die in § 1712 Abs. 2 dem Erben des Vaters eines unehelichen Kindes eingeräumte Befugnis zu. Bei Berechnung der Abfindungssumme sind gemäß §§ 2311—2313 vom Werte des Nachlasses die übrigen vom Erblasser herrührenden Schulden in Abzug gebracht worden. Ist hiernach mit Rücksicht auf eine Über

schuldung des Nachlasses ein Aktivrecht überhaupt nicht verblieben, so ist die Abfindungssumme gleich Null, d. h. das Kind hat aus dem Nachlasse nichts zu beanspruchen, wie dies auch bei einem ehelichen Kinde des Erblassers der Fall sein würde. Unerheblich ist es, daß die Ansprüche des Kindes nicht unter § 226 Abs. 2 Nr. 4 KonkO. fallen.

§ 1714.

RG. 3. 3. 16, JW. 16, 609, OLG. 32, 320, RJA. 15, 97. Für die Vereinbarung über den Unterhalt für die Zukunft (§ 1714 Abs. 1) hat das Gesetz besondere Formvorschriften nicht aufgestellt. Liegt eine schriftliche Verpflichtungserklärung des Mündelvaters vor, so bedarf es nach deutschem Rechte zur Wirksamkeit der Erklärung nicht der Ortsangabe (§ 126 BGB.). Es genügt daher ein „im Felde" unterschriebenes Protokoll.

§ 1717.

Schrifttum: Pryll, FürsZBl. 8, 129. Das ärztliche Gutachten im Alimentationsprozeß.

1. LG. Aschaffenburg 14. 11. 16, JW. 16, 1594. Unzulässig ist die Klage (ZPO. § 256) eines unehelichen Kindes gegen die Erben seines Vaters auf Feststellung der Vaterschaft, wenn der Vater kein Vermögen hinterlassen hat. Der Anspruch auf Kriegsunterstützung (§ 2 Ziff. 3 BRV. v. 21. 1. 16) ist mit dem Tode des Vaters erloschen (Mitteilung von Schwarzmann). ,

2. Fürnrohr, BayRpflZ. 16, 350 empfiehlt die Abschaffung der Einrede der mehreren Beihälter und statt dessen die Haftung der mehreren Beihälter als Gesamtschuldner für die aus §§ 1708 bis 1716 sich ergebenden Pflichten des Vaters eines unehelichen Kindes.

3. Über Gesetzgebungsfragen *Klein, ÖstZBl. 34, 198.

§ 1718.

Senf, ThürBl. 63, 135 (Über die Anerkennung der Vaterschaft) erörtert im Anschluß an **RG.** 58, 348, JDR. 3, Ziff. 2 zu § 1718, unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Wirkung ein Anerkenntnis der Vaterschaft angefochten werden könne.

Siebenter Titel. Legitimation unehelicher Kinder.

Schrifttum: GesuR. 17, 217 gibt Kurtz eine volkstümliche Darstellung der Voraussetzungen der Annahme an Kindesstatt und der Ehelichkeitserklärung.

II. Ehelichkeitserklärung.

§ 1729.

Darmstadt 25. 7. 14, DJZ. 16, 544, HessRspr. 17, 148. Das VormG. kann nicht deshalb, weil die Genehmigung nachträglich nicht erteilt werden könne, die vorherige Einwilligung des Vormundes aber als einseitiges Rechtsgeschäft nichtig sei, die Genehmigung zu der von dem Vormund zur Ehelichkeitserklärung seines Mündels erteilten Einwilligung verweigern, denn das Rechtsgeschäft der Einwilligung vollendet sich erst durch die Behändigung an die Person oder Behörde, der gegenüber das Rechtsgeschäft vorzunehmen ist. Das Verlangen einer Wiederholung der Beurkundung nach Erteilung der Genehmigung wäre leerer Formalismus.

Achter Titel. Annahme an Kindesstatt.

Schrifttum: Erdmannsdörffer, DJZ. 16, 1075. Die japanische Adoption.

Vorbemerkung: Der Adoption von Kriegerwaisen durch eine verheiratete oder verheiratet gewesene Frau kann die Vorschrift des § 1758 Schwierigkeiten in den Weg legen, wonach das Kind den Mädchennamen der Frau zu führen hat. Desbalb soll (vgl. Ziff. 3 zu § 1758) Anträgen, dem Kinde die Führung des ehelichen Namens der Mutter zu gestatten, nach Möglichkeit entgegengekommen werden. — Daß durch die An=

nahme an Kindesstatt in Preußen und Sachsen die Adelsbezeichnung des Annehmenden nicht ohne weiteres auf den Angenommenen übergeht, auch wenn dieser selbst von Adel ist, hat das KG. (Ziff. 3 zu § 1758) eingehend dargelegt.

§ 1741.

BayObLG. 22. 9. 14, JDR. 13 zu § 1741 (Annahme des Enkels an Kindesstatt), auch KGJ. 48, 232.

§ 1744.

1. KG. 5. 11. 15, R. 16, 78. Bei Bestimmung des zuständigen Gerichts, das nach § 2 der preuß. AVf. v. 24. 8. 15 (JMBl. 193) für die Erteilung der Befreiung von dem für die Annahme an Kindesstatt erforderlichen Alter zuständig sein soll, ist § 66 FGG. nur entsprechend anzuwenden. Zuständig ist hiernach das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Annehmende zu dem Zeitpunkt, in dem er den Antrag auf Befreiung gemäß § 1745 BGB. gestellt hat, seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat.

2. PrJM. 13. 5. 16, PrJMBl. 113. Das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Annehmende seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt oder in den Fällen des § 66 Abs. 2 Satz 1 FGG. seinen letzten inländischen Wohnsitz hat, hat sich der Vorbereitung der Entscheidung über das Gesuch um Befreiung von dem zur Annahme an Kindesstatt erforderlichen Alter (§ 1744 BGB.) zu unterziehen, auch wenn der Antrag auf Bestätigung des Annahmevertrags noch nicht eingereicht ist und infolgedessen noch nicht feststeht, welches Amtsgericht für die Erteilung der Befreiung zuständig ist. Wenn die Erteilung der Befreiung nicht in Aussicht genommen werden kann, hat es den Gesuchsteller in diesem Sinne zu bescheiden. Ergibt sich im Laufe des Verfahrens, daß ein anderes preußisches Amtsgericht für die Entscheidung über das Befreiungsgesuch zuständig ist, so hat es die Sache an dieses abzugeben. — Die Befreiung darf von den Amtsgerichten erst erteilt werden, wenn der Antrag auf Bestätigung des Annahmevertrags bei dem zuständigen Gericht eingereicht ist.

§ 1754.

Über Gesetzgebungsfragen vgl. *Klein, ÖstZBl. 35, 128.

§ 1758.

1. a) Auf der 6. Berufsvormündertagung in Dresden wurde es als Fehler des § 1758 Abs. 1 Satz 2 BGB. bezeichnet, daß eine verheiratet gewesene Frau, die ein Kind annehmen will, diesem Kinde nur ihren Mädchennamen zulegen könne.

b) Dagegen *Klein, ÖstZBl. 34, 197/198 bei Besprechung des Ungar. Entw.: § 1758 Abs. 1 Satz 2 schützt berechtigte Interessen der Familie des verstorbenen Ehemanns. Diese Familie ist in hohem Maße daran interessiert, daß ein adoptiertes Kind — bei dessen Adoption sie nicht befragt wurde, und dessen Adoption sie nicht durch Widerspruch verhindern kann, — nicht ihren Namen erhält, — ein von der Witwe adoptiertes Kind, das hinterher vielleicht vollständig mißrät, nicht in der Öffentlichkeit als Kind des verstorbenen Ehemanns angesehen wird.

2. Über Gesetzgebungsfragen *Klein, ÖstZBl. 34, 197/198.

3. a) PreußMJ. 5. 10. 15, mitgeteilt den Justizbehörden durch preuß. JM. v. 30. 3. 16 (JMBl. 69), empfiehlt, im Hinblick auf die Vorschrift des § 1758, wonach das Adoptivkind einer Frau deren vor ihrer Verheiratung geführten Namen führt und hiernach der Anschein hervorgerufen wird, das angenommene Kind sei ein uneheliches der Adoptivmutter, Anträgen der annehmenden Kriegerwitwen auf Beilegung ihres ehelichen Namens an das an Kindesstatt angenommene Kind tunlichst entgegenzukommen.

b) Vgl. hierzu die Bemerkungen GesuR. 17, 429.

4. Einwirkung der Annahme an Kindesstatt auf das Recht zur Führung von Adelszeichen. KG. 15. 10. 15, KGJ. 48, 57. Nicht nur, wenn ein Adliger einen Bürgerlichen, sondern auch, wenn ein Adliger einen Adligen an Kindesstatt annimmt, geht nach preußischem (wie auch nach dem im Königreiche Sachsen geltenden) Rechte die Adelsbezeichnung des Annehmenden nicht ohne weiteres, sondern nur kraft besonderer landesherrlicher Verleihung auf den an Kindesstatt Angenommenen über.

§ 1763.

Über Gesetzgebungsfragen vgl. *Klein, ÖstZBl. 35, 128ff.

§ 1765.

KG. 18. 2. 16, OLG. 33, 353, RJA. 15, 93. Mag auch ein klagbares Recht der leiblichen Mutter auf den Verkehr mit ihrem von einem Dritten an Kindesstatt angenommenen Kinde nicht bestehen (RG. 64, 67), so erfordert doch das Sittengesetz, daß jener Verkehr aufrecht erhalten bleibt, falls durch dessen Unterbleiben das allein maßgebende Interesse des Kindes verletzt wird. Deshalb kann eine die Interessen des Kindes gefährdende Abschneidung dieses Verkehrs dem VormG. Anlaß zum Einschreiten nach § 1666 geben.

§ 1766.

1. Josef, BoschersZ. 16, 314, entgegen KGJ. 46A, 65, RJA. 14, 9, JDR. 13 zu § 1766. Wer das von ihm an Kindesstatt angenommene Kind unterhalten hat, hat dies in Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht getan und hat daher keinen Erstattungsanspruch gegen das Kind aus §§ 812, 685 BGB., wohl aber kann er für sich von dem natürlichen Vater Ersatz gemäß §§ 683, 679 BGB. beanspruchen.

2. LG. Königsberg 31. 1. 16, PosMSchr. 16, 33 rechnet zu den leiblichen Verwandten, vor denen der Annehmende zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet ist, nicht den nach §§ 1708ff. unterhaltspflichtigen natürlichen Vater eines unehelichen Kindes.

Dritter Abschnitt. Vormundschaft.

Schrifttum: Hesse, DRZ. 16, 449 macht Vorschläge zur Hebung des Mangels an Vormündern in der Kriegszeit. Empfohlen wird, die Standesämter anzuweisen, in den Fällen des § 48 FGG. die Anzeigenden zur Angabe aller für die Kinder wichtigen Verhältnisse zu veranlassen und das Ergebnis der Ermittlungen den Gemeindewaisenräten mitzuteilen; ferner den Gemeindebehörden das Recht der Beurkundung von Vaterschaftsanerkennungen und Unterhaltsverpflichtungserklärungen in vollstreckbarer Form zu erteilen; die Namen der in Erfüllung ihrer Pflichten säumigen Väter und Mütter in einem Waisenamtsblatt zu veröffentlichen; Erweiterung des Kreises der Frauenbetätigung; Gründung von Vereinen von Waisenräten, Vormündern, Pflegern und Beiständen. — Schmidt, DRZ. 16, 525. Aus dem Alltag des Vormundschafts- und Nachlaßrichters.

Erster Titel. Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

Schrifttum: Bettsak, Die Bestellung eines Vormundes für einen Nichtvormundschaftsbedürftigen, ArchÖffR. 35, 382 (Bericht zu § 1789).

§ 1773.

I. Berufsvormundschaft.

1. a) Burghart, FürsZBl. 8, 45 empfiehlt eine Änderung des Art. 136 EG. z. BGB. dahin, daß den Landesgesetzen das Recht eingeräumt wird, zu bestimmen, daß das Amt des Vormundes einem ständigen (befreiten) Amtsvormund dort zu übertragen sei, wo ein geeigneter Einzelvormund sich nicht finde, und daß der Amtsvormund vor den im § 1776 berufenen Personen bestellt werden könne.

b) Derselbe, FürsZBl. 8, 102 empfiehlt ferner, die Berufsvormünder in weiterem

Umfange, als es zurzeit nach § 1837 möglich ist, von der Aufsicht des VormG. zu befreien und das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung auf Rechtsgeschäfte über Grundstücke und den Beginn und die Veräußerung von Erwerbsgeschäften (Unternehmungen jeder Art, auch Beteiligung an Erwerbsgesellschaften) zu beschränken.

2. Frese, ZBlFG. 17, 18 gibt an der Hand von Beispielen der Berufsvormundschaft kraft Bestellung vor der kraft Gesetzes den Vorzug.

3. Niestroj, ZBlFG. 16, 354 (Zur Reform des deuschen Vormundschaftsrechts über Minderjährige) erörtert eine Reihe von Vorschlägen, die namentlich auf Einführung einer kommunalen Berufsvormundschaft über uneheliche und aus öffentlichen Armenmitteln unterstützte Minderjährige gerichtet sind, mit dem Ergebnis, daß es nicht nötig sei, eine so grundtiefe Umwälzung des bestehenden Vormundschaftsrechts, wie vorgeschlagen, vorzunehmen, da in der Einzelvormundschaft eine solche Fülle idealer Kräfte ruhen, daß sie die Menschheit nicht missen könne und wolle.

4. Storck, FürsZBl. 7, 217 empfiehlt den Berufsvormündern, die Volksversicherung den unehelichen Mündeln zugänglich zu machen, am besten in der Form der Versorgungsversicherung, bei der die Verpflichtung zur Beitragszahlung mit dem Tode des Erzeugers wegfällt, die Versicherungssumme aber in dem von vornherein bezeichneten Zeitpunkt (14. oder 16. Lebensjahr) fällig wird, oder in der Form der Lebensversicherung des Unterhaltspflichtigen zugunsten des Kindes, in beiden Fällen unter Deckung der Prämie aus den Unterhaltsbeiträgen.

5. Eine Übersicht der Berufsvormundschaften während des Krieges ist in FürsZBl. 8, 55 mitgeteilt.

6. Hamburg. Petersen und Vogt, Die hamburg. Gesetze über die öffentliche Jugendfürsorge mit Anmerkungen. 2. Aufl. von Vogt. Hamburg 1916.

7. Österreich. Soxhlet, AÖsterrGZ. 16, 285 gibt eine Darstellung des Wesens, der Formen und der Aufgaben der Generalvormundschaft in Österreich, wie sie durch § 54 der ersten Teilnovelle zum ABGB. v. 12. 10. 14 (RGBl. Nr. 276) und die JMVO. v. 24. 6. 16, RGBl. Nr. 192, geschaffen worden ist.

II. Gesetzliche Vormundschaft.

Colmar 11. 11. 15, ElsLothJZ. 16, 9. Voraussetzung der gesetzlichen Vormundschaft des Verwaltungsrats eines Pflegehauses (§ 136 elsloth r. AG. BGB.) ist, daß die Kinder i. S. des Dekrets v. 11. 1. 1811 „verlassen" sind. Wenn den verlassenen Kindern auch diejenigen gleichgestellt werden, deren Eltern in Straf- oder Untersuchungshaft oder in einem Spital oder einer Irrenanstalt sich befinden, oder die von ihren Eltern durch vormundschaftsgerichtliche Anordnung getrennt sind und man sich an diese halten kann, so kann doch nicht die bloße Tatsache der Erfüllung der Militärpflicht des Vaters im Felde als „Verlassen" der Kinder aufgefaßt werden.

III. Standesherrliche Vormundschaft.

BayObLG. 16. 9. 16, R. 16, 609. Beteiligung des Familienhauptes führt nicht nur zur Pflegerbestellung nach § 10 Abs. 1 der IV. Verfass. Beil. durch das Oberlandesgericht, letzteres hat vielmehr insoweit überhaupt die Obliegenheiten des VormG., insbesondere hinsichtlich der gesetzlich erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

§ 1779.

1. Josef, R. 16, 213 — gegen KGJ. 45, 38, JDR. 13, Ziff. 2 zu § 1779 —. Auch dann, wenn einer der gesetzlichen Ablehnungsgründe nicht vorliegt, ist das VormG. berechtigt, eine Person aus erheblichen Gründen von der Übernahme der Vormundschaft zu entbinden. Der zum Vormund Ausgewählte kann daher auch im Beschwerdewege geltend machen, daß das VormG. bei richtiger Würdigung der Sachlage von seiner Auswahl hätte absehen sollen.

2. KG. 22. 9. 16, OLG. 33, 373. Ein besonderer Grund, von der Regel des § 1779 Abs. 2 Satz 2 abzuweichen und einen konfessionsungleichen Vormund zu bestellen, kann darin gefunden werden, daß der Vormund als Bruder der (zu seinem Religionsbekenntnis übergetretenen) Mündelmutter die gesamten Lebensverhältnisse des Mündels auf das genaueste kennt und die Gewähr einer besonders eingehenden Überwachung des leiblichen und geistigen Wohles des Mündels bietet.

§§ 1785ff.

Josef, DRZ. 16, 645 gegen KG., RJA. 14, 8, JDR. 14 zu §§ 1785ff. Auch die Erklärung der Einwilligung in die Übernahme einer Pflegschaft kann in entsprechender Anwendung des § 119 wegen Irrtums angefochten werden.

§ 1786.

Nr. 5. KG. 12. 5. 16, R. 16, Nr. 1153. Handelt es sich im wesentlichen um eine schriftliche Berichterstattung des Vormundes, so bildet der Umstand, daß der Wohnsitz des Vormundes sich in weiter Entfernung von dem Sitze des VormG. befindet, keine besondere Belästigung des Vormundes bei seinem Verkehre mit dem VormG.

§ 1789.

Bettjack, ArchÖffR. 35, 382. (Die Bestellung eines Vormundes für einen Nichtbevormundungsbedürftigen.) Die Bestellung des Vormundes ist ein tatbestandsverändernder Verwaltungsakt, kein Vertrag. Der Vormund versieht ein öffentliches Amt, aber weder ein Staats-, noch ein Ehrenamt; die mit dem Amte verbundenen Rechte werden ihm durch das Gesetz übertragen. Trotz einer formell gültigen Bestellung kann diese materiell ungerechtfertigt, also ungesetzlich sein. Die Gesetzwidrigkeit der Vormundsbestellung für einen, der der Vormundschaft nicht bedarf, begründet keine Nichtigkeit der Bestellung. Die Staatsgerichte und Verwaltungsbehörden sind auch an eine gesetzwidrige Vormundsbestellung, solange sie das VormG. nicht aufgehoben hat, gebunden; das Prozeßgericht kann aber bei der Verhandlung mit einem zu Unrecht bestellten Vormunde das Verfahren zur Herbeiführung einer Entscheidung des VormG. gemäß § 148 ZPO. aussetzen. Auch die Bestellung eines Vormundes für einen nicht entmündigten Volljährigen ist nicht nichtig, insbesondere enthält § 1882 keine Nichtigkeitsnorm in diesem Sinne, vielmehr ist § 1882 nur dahin zu verstehen, daß der Vormund zwar gültig eingesetzt wird, das Gesetz aber eine Übertragung der sonst für das vormundschaftliche Amt bereitgestellten Machtbefugnisse unterläßt. Die Rechtsstellung des zu Unrecht zum Vormund Ernannten ist keine andere, als die des Vormundes überhaupt: es entsteht ein Rechtsverhältnis eigener Art zwischen Vormund und Mündel, das jenem die Macht gibt, über den Rechtskreis dieses zu verfügen. Im übrigen läßt der gesetzwidrige obrigkeitliche Bestellungsakt die Fähigkeit des zu Unrecht Bevormundeten zu unbeschränktem rechtsgeschäftlichen Handeln, soweit ihm sonst eine solche zusteht, unberührt: Die Vormundsbestellung hat nicht die Bedeutung eines Entmündigungsbeschlusses.

II. Führung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Auch wenn ein Mündel zur Entgegennahme der Auflassung (z. B. auf Grund eines von seinem Erblasser geschlossenen Vertrags) verpflichtet ist, bedarf es doch dazu der Genehmigung des VormGerichts jedenfalls dann, wenn in dem Vertrag eine Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen ist, so KG., OLG. 33, 363 (Ziff. 3 zu § 1821). Daß bei der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Entlassung eines Mündels aus dem Staatsverbande nicht nur das Wohl des Mündels, sondern auch das Staatsinteresse insbesondere wegen der Erfüllung der Wehrpflicht zu beachten ist, haben BayObLG. und OLG. Karlsruhe übereinstimmend (zu § 1827) ausgesprochen. — Die Genehmigung des VormGerichts befreit den Vormund nicht von der Verpflichtung, die Rechtslage auf eigene Verantwortlichkeit zu prüfen: RG. zu § 1833 Ziff. 2. — Die Bedeutung der Festsetzung der Vergütung des Vormundes (Pflegers) durch das VormGericht für die Entscheidung des Pro-

zeßgerichts und die Befugnis des VormGerichts oder des ihm vorgesetzten Beschwerdegerichts zur Änderung seiner Entscheidung trotz des Vorliegens einer rechtskräftigen Entscheidung des Prozeßgerichts wird von dem OLG. Hamburg (Ziff. II 2 zu § 1836) überzeugend dargelegt.

§§ 1793, 1794.

KG. 9. 10. 14, JDR. 13, Ziff. 3a zu §§ 1793, 1794 (Bestellung eines Pflegers für die Dauer der Kriegsabwesenheit des Vormundes), auch OLG. 33, 376.

§ 1793.

Schrifttum: Josef, ArchZivPr. 114, 382. Zur Bestimmung des Umfanges der Vertretungsbefugnis des Vormundes. Vgl. Ziff. I 2 zu § 1837.

1. Colmar 23. 6. 15, ElsLothJZ. 16, 73. Die Verwendung des Mündelvermögens zum Unterhalt und zur Erziehung des Mündels ist eine Maßregel, über die nach § 1793 grundsätzlich der Vormund allein kraft eigenen Rechts und unter eigener Verantwortlichkeit zu entscheiden hat. Der Genehmigung des VormG. kann er jedoch bedürfen, wenn der Vormund durch die Inanspruchnahme des Vermögensstammes von einer vormundschaftsgerichtlich genehmigten Vereinbarung abweichen will und die nach § 1812 mit dem Sperrvermerke versehenen hinterlegten Wertpapiere durch das VormG. freizugeben sind.

2. KG. 28. 1. 16, OLG. 32, 85. Der Vermögensverwaltung des Vormundes, über die er nach § 1840 BGB. zutreffendenfalls jährlich Rechnung zu legen hat, unterliegt auch das Recht des an einer Erbschaft als Erbe beteiligten Mündels, von dem Testamentsvollstrecker gemäß § 2218 jährliche Rechnungslegung zu fordern. Die von dem TV. dem Vormunde zu legende Rechnung hat nicht den Anforderungen des § 1840, sondern denen des § 259 BGB. zu entsprechen.

3. Vgl. unten KG. 2. 12. 15, Ziff. 4 zu § 2218 (Vormund und Testamentsvollstrecker in einer Person).

§ 1796.

BayObLG. 12. 5. 16, E. 17, 107, BayRpflZ. 16, 294, OLG. 33, 367, R. 16, Nr. 1540, 1541. Liegt ein Anwendungsfall des § 1795 vor, so kommt eine Entziehung der Vertretung nach § 1796 nicht in Frage. § 1796 behandelt die Fälle, bei denen die Befriedigung des einen Interesses nur mit Hintansetzung des anderen Interesses möglich ist, nicht nur, wenn ein Widerstreit der Interessen bereits vorliegt, sondern auch, wenn er nur möglich ist, es aber darauf ankommt, den Gewalthaber an der Vornahme gewisser Handlungen zu verhindern, ohne daß zurzeit für die Bestellung eines Pflegers nach § 1909 ein Bedürfnis besteht.

§ 1797.

Posen 30. 6. 16, OLG. 33, 368. Die Verteilung der Vormundschaftsführung unter mehreren Vormündern ist ein der Ausdrücklichkeit bedürfender obrigkeitlicher Akt und kann nicht stillschweigend erklärt werden.

§ 1804.

1. BayObLG. 9. 10. 14, OLG. 32, 19. Die Entscheidung darüber, ob ein Vormund bei einer Schenkung die in § 1804 für unentgeltliche Zuwendungen bestimmten Schranken überschritten habe, steht nur dem Prozeßgericht zu. Eine unzulässige Schenkung kann durch Genehmigung des VormG. nicht Wirksamkeit erlangen.

2. Knab, BayRpflZ. 16, 67 hält mäßige Schenkungen aus Mündelgut, regelmäßig aus dessen Nutzungen, für Kriegshilfe für erlaubt. **RG.** 70, 15, 383; 73, 46; 75, 132; 78, 412 betrifft die Auslegung des RErbschStG.

§ 1805.

RG. (Straff.) 11. 6. 15, SächsRpflA. 16, 20. Verfügt der Vormund ohne die Möglichkeit, für die entzogenen Beträge jederzeit Ersatz zu leisten, über Mündelver-

mögen, z. B. durch Verpfändung eines Sparkassenbuchs, so macht er sich der Untreue i. S. des § 266 Nr. 1 StGB. schuldig.

§§ 1806 ff.

BayObLG. 2. 6. 16, E. 17, 124, BayRpflZ. 16, 262, LeipzZ. 16, 1321, R. 16, Nr. 1450. Die §§ 1806 ff. gelten allgemein für Mündelgeld, also auch für das in den Händen des Mündels befindliche, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereit zu halten ist. Deshalb unterliegen Ersparnisse, die ein wegen Geistesschwäche Entmündigter an den ihm zur Bestreitung seines Unterhalts zur Verfügung gestellten Mitteln macht, im Zweifel der Verwaltung des Vormundes.

§ 1807.

a) Eine Zusammenstellung der nach Reichsrecht und der deutschen Landesgesetzgebung als mündelsicher anzusehenden Wertpapiere gibt Gschwender, ZBlFG. 17, 298. b) Dazu die Ergänzung ZBlFG. 17, 379, wonach die Pfandbriefe der Deutschen Hypothekenbank nach Art. 28 § 2 Ziff. 3 sachsmein. AGzBGB. im Herzogtum Sachsen-Meiningen für mündelsicher erklärt worden sind.

§ 1812.

1. Colmar 28. 1. 15, ElsLothJZ. 16, 47. Aus § 1812 folgt, daß der Vormund die Abtretung einer Forderung, über die er nicht ohne Genehmigung des VormG. verfügen kann, auch nicht ohne Genehmigung des VormG. mit der in § 409 bezeichneten Wirkung in Vertretung des Mündels dem Schuldner anzeigen kann, denn auch diese Anzeige ist eine Verfügung.

2. Bamberg 22. 6. 15, LeipzZ. 16, 1503. Ist für Mündel eine Hypothek auf einem Grundstück eingetragen, und wird das Grundstück weiter veräußert, so bedarf es zur Entlassung des bisherigen Schuldners (Grundstückseigentümers) aus der persönlichen Schuldverbindlichkeit sowohl nach § 415 als auch nach § 416 BGB. der Genehmigung des Gegenvormundes oder des VormG.

§ 1821.

Nr. 2. KG. 10. 11. 16, OLG. 33, 363. Die Ausführungen KGJ. 38 A, 219, JDR. 9, Ziff. 1 zu § 1821, wonach zur Verfügung über ein Grundstück die Genehmigung des VormG. auch dann erforderlich ist, wenn es sich dabei um die Erfüllung einer vertragsmäßig übernommenen Verpflichtung handelt, treffen auch zu, wenn es sich nicht um die Verfügung über das Grundstück, sondern um die Verfügung über die Forderung auf Übertragung des Eigentums an dem durch den Erblasser minderjähriger Kinder erworbenen Grundstücke handelt (§ 1821 Nr. 2). Der in KGJ. 24 A, 103, JDR. 1, Ziff. 2c zu § 1643, als gegeben angenommene Ausnahmefall der Entbehrlichkeit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung liegt jedenfalls nicht vor, wenn es sich nicht nur um einen schlichten Vertrag mit dem Ziele des entgeltlichen Erwerbes eines Grundstücks im Sinne des § 1821 Nr. 4 handelt, sondern der Vertrag auch die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit, z. B. einer auf dem Grundstücke lastenden Hypothek (§ 1822 Nr. 10) enthält (KGJ. 28 A, 6).

§ 1822.

1. Nr. 10. Hamburg 12. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 95. Zu einer einschränkenden Auslegung des § 1822 Nr. 10 dahin, daß „fremde" Verbindlichkeiten nur solche dritter Personen, nicht aber solche des Vormundes (oder nach § 1643 des Vaters) seien, liegt weder Anlaß noch Berechtigung vor. Deshalb bedürfen auch solche Verfügungen, die der Vormund (Vater) zur Sicherstellung eigener Schuldner über das Mündelvermögen trifft, der Genehmigung des VormG.

2. Nr. 13. BayObLG. 12. 7. 16, BayRpflZ. 16, 359. Der Hypothekenrangrücktritt oder eine Rangeinräumung ist nicht nur ein nach § 1822 Nr. 13 genehmi-

gungsbedürftiges Rechtsgeschäft, sondern auch ein Vertrag i. S. des § 1829 (vgl. § 880), welcher dem anderen Teile gegenüber zu erklären ist. Im Zweifel ist der andere Teil der Gläubiger der begünstigten Post, doch kann es nach Lage des Falles auch der im Grundbuche noch nicht eingetragene Erwerber der Post sein. Die wirksam gewordene Genehmigung ist unwiderruflich. Gegen die Zurücknahme der Genehmigung steht daher dem anderen Teile die Beschwerde zu.

§ 1827.

a) BayObLG. 18. 2. 16, E. 17, 36, DJZ. 16. 736, OLG. 33, 369, R. 16, Nr. 1020. Das VormG. hat bei seiner Entscheidung über die Genehmigung der Entlassung des Mündels aus dem Staatsverbande nicht nur das Wohl des Mündels, sondern auch das des Staates zu wahren. Dies folgt aus § 19 Reichs- und StaatsangehG., insbesondere aus dem der Staatsanwaltschaft aus öffentlich-rechtlichen Gründen eingeräumten weitgehenden Beschwerderecht. Die Genehmigung ist daher zu versagen, wenn die Entlassung in der Absicht nachgesucht ist, die Erfüllung der Wehrpflicht zu umgehen.

b) Ebenso Karlsruhe 29. 11. 16, DJZ. 17, 147, OLG. 33, 370, RJA. 15, 103, ZBlFG. 17, 385.

§ 1829.

1. KG. 26. 11. 15, OLG. 33, 370, RJA. 15, 7, R. 16, Nr. 1920. Die in § 1829 vorgesehene Mitteilung des Vormundes an den Vertragsgegner, daß das Vormundschaftsgericht den Vertrag genehmigt habe, kann auch stillschweigend erfolgen, z. B. dadurch, daß er dem Käufer das verkaufte Land zur Bestellung überlassen, die Verwertung des Zubehörs gestattet und zwei Anzahlungen auf den Kaufpreis angenommen hat, sofern er dadurch erkennbar seinem Willen Ausdruck gegeben hat, den Zustand schwebender Ungewißheit des Vertrags zu beendigen und die Gestaltung der Rechtslage endgültig abzuschließen.

2. a) BayObLG. 29. 10. 15, E. 16, 139, BayNotZ. 16, 71, DJZ. 16, 445, OLG. 32, 22, R. 16, Nr. 307, 308, 310. Grundsätzlich steht nichts im Wege, daß der Pfleger und der Vertragsgegner den beurkundenden Notar bevollmächtigen, einerseits die gerichtliche Genehmigung für den Pfleger entgegenzunehmen und in dessen Namen dem Vertragsgegner bekanntzugeben, andererseits die Mitteilung für den letzteren zu empfangen. Nach allen drei Richtungen muß sich der Notar durch Vollmacht ausweisen, und er kann ferner die Mitteilung für den Pfleger an sich selbst als Vertreter des anderen Teiles machen, wenn ihm (vgl. § 181) dies gestattet ist. Aber auch wenn man den Nachweis einer förmlichen Bevollmächtigung des Notars insoweit für entbehrlich erachten wollte, als die dem Notar zur Erwirkung der Genehmigung erteilte Ermächtigung nach dem Willen der Vertragschließenden ihn berechtigen soll, alle zum Vollzuge des Vertrags notwendigen Erklärungen als Vertreter sämtlicher Beteiligten entgegenzunehmen, so wird doch durch die Vorlegung der Genehmigungserklärung nur die gemeinschaftliche Vollmacht, nicht aber die Erklärung der Genehmigung gegenüber dem Pfleger und die Mitteilung an den anderen Vertragsteil erwiesen.

b) Weißler, DNotV. 16, 60 vermißt in dieser Begründung die Beachtung des Gesichtspunktes, daß die Einreichung beim Grundbuchamte die Erfüllung des Vertrags und damit die deutliche Mitteilung der Genehmigung enthalte.

3. **RG.** 24. 5. 16, R. 16, Nr. 1684, 1685. Ein Grundstückskaufvertrag, den ein Dritter unter der Voraussetzung seiner künftigen Bestellung als Pfleger für einen Minderjährigen mit dessen Vater abschließt, wird wirksam, wenn demnächst der Dritte zum Pfleger bestellt und der Vertrag von ihm und dem VormG. genehmigt wird (§ 177). Hat der Vater in Kenntnis der mangelnden Vertretungsbefugnis des Dritten den Vertrag geschlossen, so ergibt sich der Ausschluß der Widerruflichkeit nicht aus § 109, sondern aus § 178 BGB.

§ 1831.

1. Rostock 3. 8. 15, MecklZ. 34, 205, OLG. 32, 23; 33, 368, SeuffA. 71, 30. Das VormG. darf die Erteilung der Genehmigung nur ablehnen, wenn das zu genehmigende Rechtsgeschäft offenbar nichtig ist, nicht aber, wenn Zweifel an seiner Wirksamkeit bestehen.

2. **RG.** 25. 2. 15, JDR. 14 zu § 1831 (Genehmigung des VormG. nach Ausschlagung der Erbschaft), auch SeuffA. 71, 106.

§ 1833.

1. **RG.** 18. 9. 15, LeipzZ. 17, 53, R. 16, Nr. 1921. Der Umstand, daß das VormG. die Tätigkeit des Vormundes (Pflegers) nicht gehörig beaufsichtigt und dessen rechtsgeschäftliche Erklärung (Rangrücktritt) genehmigt hat, befreit nur unter besonderen Umständen den Vormund (Pfleger) von seiner Verantwortlichkeit und Haftung.

2. **RG.** 25./27. 11. 15, R. 16, Nr. 481, 482. Einem Pfleger kann, wenn auch unter Umständen nicht seine mangelnde Rechtskenntnis, so doch die Tatsache als Verschulden zugerechnet werden, daß er es unterlassen hat, sich über die Rechtslage und die danach im Interesse des Pflegebefohlenen notwendigen Maßnahmen Gewißheit zu verschaffen. Dadurch, daß das VormG. den Pfleger, soweit erforderlich, bei der Führung der Pflegschaft unterstützt und ihn auf Mängel seiner Verwaltungsmaßnahmen hinweist, wird der Pfleger der Pflicht zur eigenen Prüfung nicht enthoben. Das schließt aber nicht aus, daß im einzelnen Falle der Pfleger auf Grund der Besprechung der Sachlage darauf vertrauen darf, daß weitere als die besprochenen Maßnahmen für ihn bis auf weiteres nicht in Betracht kämen. Dies besonders dann, wenn der Pfleger eine rechtsunkundige und wenig geschäftsgewandte Person ist.

§ 1836.

I. Portokosten.

Fund, DRZ. 16, 653 empfiehlt im Anschluß an den Vorschlag von Frederichs, DRZ. 16, 609 den Vormündern, zur Ersparung eigenen Portos bei ihren Berichten die Mitwirkung der Gemeindewaisenräte, die ihre Auslagen von den Gemeinden erstattet erhalten, in Anspruch zu nehmen.

II. Festsetzung einer Vergütung.

1. Voraussetzung der Festsetzung.

a) KG 19. 11. 15, OLG. 33, 372. Einem Pfleger kann eine Vergütung nicht zugebilligt werden, wenn er Aktivvermögen des Mündels nicht verwaltet hat (KGJ. 45 A, 44). Dies ist der Fall, wenn seine Aufgabe nur darin bestand, das Erbrecht eines Miterben seines Pflegebefohlenen zu bestreiten, und seine auf Verneinung der Miterbenberechtigung gerichtete Klage abgewiesen ist.

b) KG. 2. 7. 15, DJZ. 16, 905. Neben dem Aktivvermögen ist auch die Frage, ob das Reinvermögen und das Reineinkommen des Mündels groß oder nur gering ist, in Betracht zu ziehen. Die Vergütung darf nicht eine solche Höhe erreichen, daß durch sie der notwendige Lebensunterhalt des Mündels gefährdet wird.

2. Bedeutung der Festsetzung.

a) Hamburg 3. 7. 16, HansGZ. 16, Beibl. 276, JW. 16, 1550, LeipzZ. 16, 1330, OLG. 33, 373. Hat ein Vormund (Pfleger) die ihm vom Vormundschaftsgericht festgesetzte Vergütung gegen den Mündel eingeklagt und ein rechtskräftiges Urteil erstritten, so ist durch die Entscheidung des Prozeßgerichts das dem VormG. übergeordnete Beschwerdegericht nicht gehindert, die Festsetzung der Vergütung auf die Beschwerde des früheren Mündels oder seiner Erben aufzuheben und dadurch dem Urteile des Prozeßgerichts den Boden zu entziehen. Der Schuldner kann mit der Vollstreckungsgegen-

klage (§ 767 ZPO.) oder, wenn er schon geleistet hat, mit der Bereicherungsklage die Rechtslage zu seinen Gunsten ändern.

b) AG. Stuttgart Stadt 9. 2. 16, WürttZ. 16, 169. Ein Beschluß aus § 1836 hat nur die Bedeutung einer Vorentscheidung dahin, daß und in welcher Höhe die Vergütung verdient ist. In jeder anderen Richtung stehen dem wegen Entrichtung der Vergütung in Anspruch Genommenen alle Einwendungen des bürgerlichen Rechts, insbesondere die Einwendung offen, daß er nicht der wirkliche Schuldner sei. Deshalb ist umgekehrt bei Festsetzung der Vergütung über die Person des Zahlungspflichtigen nicht zu entscheiden. Dagegen

c) LG. München I 18. 5. 16, BayRpflZ. 16, 298. Dem Pfleger unbekannter Nacherben kann nach Art. 131 Abs. 1 BayAG. z. BGB. eine Vergütung zu Lasten der bei der Nachlaßauseinandersetzung beteiligten Vorerben bewilligt werden.

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

Vorbemerkung: Das KG. verbleibt (Ziff. I 1 a zu § 1837) bei der bisherigen Rechtsprechung, daß das VormGericht ein Rechtshilfeersuchen abzulehnen hat, wenn ein Minderjähriger, ohne daß die vorherige Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nachgewiesen ist, über die Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde und die Erklärung der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung wegen der für das Kind zu leistenden Unterhaltsbeträge vernommen werden soll. Das trifft nach dem KG. hingegen nicht zu, wenn die Beurkundung sich auf rein tatsächliche Angaben über die Abstammung des Kindes erstrecken soll. Im Gegensatz hierzu hält Josef (Ziff. I 2 zu § 1837) die Ablehnung nur für gerechtfertigt, soweit es sich um die Beurkundung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung handelt.

§§ 1837 ff.

1. Im Anschluß an die AVf. v. 7. 7. 15, JDR. 14, Ziff. 2 zu §§ 1837 ff., hat preuß. JM. v. 23. 4. 16, JMBl. 84, wiederholt auf die Heranziehung der Frauen zum Amte eines Vormundes aufmerksam gemacht und die möglichst beschleunigte Bestellung des Vormundes für ein uneheliches Kind empfohlen, unbeschadet der nachträglichen Erörterung der Zuständigkeit (vgl. KG. v. 30. 12. 11. in JMBl. 12, 63).

2. WürttJM. 31. 3. 16, JMBl. 31 (Fürsorge für Jugendliche während des Krieges) verweist auf die gesetzlichen Handhaben der Vormundschaftsbehörden zum Einschreiten, auf die Notwendigkeit, frühzeitige Maßregeln einzuleiten und auch über die vom Gesetz gebotenen Mittel hinaus die Erziehungsaufgabe der am Wohle der Kinder beteiligten Personen mit Ratschlägen und Vorstellungen zu unterstützen. Auf ein Zusammenwirken aller Behörden untereinander und mit der freiwilligen Liebestätigkeit wird besonderer Wert gelegt. Ferner 13. 9. 16, JMBl. 84.

§ 1837.

Schrifttum: Hefti, Die vormundschaftliche Amtsführung nach dem schweiz. ZGB. mit besonderer Berücksichtigung der prinzipiellen Selbständigkeit des Vormundes in seiner Amtstätigkeit (Heft 67 der Abh. zum schweiz. Recht, herausg. von Gmür). Bern 1916.

I. Rechtshilfe.

1. a) **RG.** 23. 12. 15; 87, 426, JW. 16, 429, LeipzZ. 16, 1472 (hier 9. 12. 15), R. 16, Nr. 552. Das Ersuchen des VormG. an ein anderes Gericht, den angeblichen Vater eines unehelichen Kindes über Anerkennung der Vaterschaft (§ 1718) und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen etwaiger Unterhaltszahlungen (§ 794 Nr. 5 ZPO.) zu hören, ist abzulehnen, wenn der als Vater in Anspruch Genommene minderjährig ist und sein gesetzlicher Vertreter zu der Erklärung nicht vorher seine Zustimmung erteilt hat (**RG.** 84, 317, JDR. 13, Ziff. 3 zu § 1718), nicht aber dann, wenn die Beurkundung sich lediglich auf rein tatsächliche Angaben des minderjährigen Erzeugers über die Abstammung des Kindes erstrecken soll (vgl. **RG.** 67, 416, JDR. 7, Ziff. 2a zu § 1837).

b) Im Anschluß hieran hält es Rausnitz, JW. 16, 429 für zulässig, zur Feststellung der Vaterschaft Zeugen auf Grund der §§ 12, 15 FGG. eidlich zu vernehmen.

c) Gegen ihn Josef, HessRspr. 17, 78.

2. Josef, AZivPr. 114, 382, gegen **RG.** 84, 317, vgl. vorstehend zu 1a. Die Übernahme der Unterhaltsverpflichtung (und ebenso die Vaterschaftsanerkennung) ist ein einseitiges Rechtsgeschäft i. S. des § 111 BGB., zu dem der Minderjährige der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf. Ohne letztere ist diese Erklärung des Minderjährigen nach Satz 1 unwirksam, nichtig, sie kann nicht einmal durch nachträgliche Genehmigung des Vaters wirksam werden. Aber dessen ungeachtet darf das Amtsgericht nicht auf Grund des Art. 40 Abs. 2 PrFGG. die Beurkundung ablehnen, denn (trotz der entgegengesetzten Angabe des Minderjährigen) ist die Möglichkeit doch vorhanden, daß der Vormund dem Mündel vorher die Einwilligung zur Abgabe der verlangten Erklärungen erteilt hat. Dagegen ist das Ersuchen um Beurkundung der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung allerdings abzulehnen. Denn wenn nicht der Vormund zu gleicher Zeit mit dem Mündel zu gerichtlichem Protokoll diese Unterwerfungserklärung des Mündels genehmigt hat, so liegt nicht klar, daß die Erklärung des Mündels mit Genehmigung des Vormundes abgegeben ist, und es kann folglich nach § 111 Satz 1 BGB. auf Grund der lediglich vom Mündel abgegebenen Unterwerfungserklärung, selbst wenn der Vormund sie nachträglich gerichtlich genehmigt, keinesfalls eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden.

II. Begriff der Pflichtwidrigkeit.

BayObLG. 10. 11. 16, BayRpflZ. 17, 55, LeipzZ. 17, 211, OLG. 33, 366, R. 17 Nr. 235. Hat der Vormund nach bestem Wissen unter pflichtmäßiger Prüfung der Verhältnisse und unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gehandelt, so ist sein Handeln nicht pflichtwidrig, auch wenn sich nachträglich herausstellt, daß es für den Mündel schädliche Folgen gehabt hat. Handelt es sich um den Unterhalt des Mündels, so gibt das Aufsichtsrecht dem VormG. nicht das Recht zur Festsetzung der für den Unterhalt aufzuwendenden Beträge.

III. Gestattung von Entnahmen aus dem Mündelvermögen.

Josef, R. 16, 164 empfiehlt im Anschluß an OLG. 31, 416, ElsLothJZ. 16, 75 (Colmar), JDR. 14, Ziff. 2 zu § 1837, zur Vermeidung einer unnötigen Pflegerbestellung folgendes Verfahren: Der Vormund gibt auf Veranlassung des VormG. vor diesem die einseitige Erklärung ab, er sei bereit, den Mündel zu verpflegen, und das VormG. ermächtigt ihn zum voraus, hierfür bei der Rechnungslegung aus dem Stamm oder den Einnahmen des Mündelvermögens für sich einen bestimmten Betrag in Anrechnung zu bringen.

§ 1848.

1. **RG.** 26. 5. 16; 88, 264, GruchotsBeitr. 60, 1015, JW. 16, 1116, LeipzZ. 16, 1243, WarnE. 16, 462. Der Aufsichtspflicht des Vormundschaftsrichters entspricht es, in den Fällen, in denen der Vormund Geld anzulegen hat, sich alsbald zu erkundigen, ob die Gelder in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise (§§ 1806ff.) angelegt sind; er darf damit nicht bis zur nächsten Rechnungslegung, die regelmäßig erst nach Verlauf eines Jahres erfolgt, warten, besonders wenn er bei der Anlegung nach § 1809 mitzuwirken hat.

2. Vgl. auch unten zu § 1981.

VII. Beendigung der Vormundschaft.

§ 1886.

1. KG. 10. 3. 16, R. 16, Nr. 698. Eine nach § 1910 Abs. 2 ihrem an Querulantenwahn leidenden Ehemanne zum Pfleger bestellte Frau kann aus ihrem Amte entlassen werden, wenn sie, statt die Angelegenheiten ihres Mannes sachlich wahrzunehmen, sich

lediglich als dessen Organ hergibt, nach dessen Willen und Anordnung sie die an die Behörden gerichteten Eingaben verfaßt und unterschreibt.

2. BayObLG. 16. 6. 16, E. 17, 151, R. 16, Nr. 1545. Die zum Pfleger ihres Mannes zum Zwecke der Einziehung seines Ruhegehalts bestellte Ehefrau kann aus dem Amte entlassen werden, wenn sie die eingezogenen Beträge ausschließlich für sich und ihre Kinder verwendet, den Ehemann aber der öffentlichen Armenpflege überläßt.

§ 1893.

Josef, HessRspr. 17, 218. Indem § 1893 Abs. 2 dem Vormunde die materiellrechtliche Verpflichtung, die Bestallung an das VormG. zurückzugeben, auferlegt und hiermit das VormG. ermächtigt, die Rückgabe zu verlangen, berechtigt er auch das VormG., die Rückgabe durch Ordnungsstrafen und unmittelbaren Zwang durchzusetzen, dies um so mehr, als es sich um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des früheren Vormundes handelt, die jeder Verfügung des früheren Mündels entzogen ist. Die Verpflichtung liegt aber nur dem Vormunde ob und geht daher auf seine Erben nicht über, gegen die sonach ein Zwang zur Rückgabe nicht stattfindet. Auch gegen den früheren Vormund ist die Anwendung eines Zwanges zur Rückgabe nicht unbedingt geboten; das Gericht wird nach Ermessen oft davon absehen, da die Belassung der Bestallung dem Mündel nicht Schaden bringen kann.

Zweiter Titel. Vormundschaft über Volljährige.

§ 1906.

BayObLG. 22. 1. 15, JDR. 14, Ziff. 3 zu § 1906, auch BayObLG. 16, 19.

Dritter Titel. Pflegschaft.

Vorbemerkung: Im Gegensatz zu dem KG. (Ziff. 1 zu § 1910) hält das OLG. Colmar (Ziff. 2 a. a. O.) nur die Verwaltungsbehörde, nicht auch das VormGericht für zuständig, einem Beamten in dem Verfahren seiner zwangsweisen Versetzung in den Ruhestand gemäß § 62 RBeamtenGes. einen Pfleger zu bestellen. Das OLG. Colmar hat die Sache nur deshalb nicht dem RG. gemäß § 28 FGG. vorgelegt, weil im gegebenen Falle das RBeamtenGes. nicht unmittelbar, sondern nur in seiner Geltung für Landesbeamte zur Anwendung kam. — Dasselbe Gericht (vgl. Ziff. 3 zu § 1911) hält es nicht als dem gegenwärtigen Kriegszustand entsprechend, einem Angehörigen des feindlichen Auslandes gegenüber von der Befugnis des EG. BGB. Art. 23 Gebrauch zu machen und ihm z. B. einen Abwesenheitspfleger zu bestellen.

§ 1909.

1. **RG.** (Strafs.) 3. 11. 16, JW. 16, 1587. Zur Stellung eines Strafantrags kann das VormG. im Falle eines Interessenwiderstreits (§ 1796) einen besonderen Pfleger bestellen. Ob die tatsächlichen Voraussetzungen dazu vorliegen, hat der Strafrichter nicht nachzuprüfen.

2. Vgl. unten KGJ. 48, 22 zu § 1948.

§ 1910.

1. KG. 25. 2. 16, R. 16, Nr. 1155. Auch nach § 62 ReichsbeamtenG. in der Neufassung der Bek. vom 18. 5. 1907 ist die Zulässigkeit der Bestellung eines Pflegers für das Verfahren, das die zwangsweise Versetzung eines Beamten in den Ruhestand zum Gegenstand hat, zu bejahen. Es handelt sich dabei um eine besondere öffentlich-rechtliche Pflegschaft, die von den Vorschriften des BGB. unberührt bleibt und den Einschränkungen des § 1910 BGB., insbesondere was die Frage der Einwilligung des Gebrechlichen betrifft, nicht unterworfen ist (KGJ. 30, A 28, RJA. 6, 2).

2. Colmar 8. 9. 16, ElsLothJZ. 16, 409, OLG. 33, 382. Die Anordnung einer Pflegschaft auf Grund des — in Elsaß-Lothringen für Landesbeamte als Landesgesetz — geltenden § 62 RBeamtenG. ist keine solche des bürgerlichen Rechts, bei deren

Anordnung die Mitwirkung der Gerichte ausgeschlossen ist (ElsLoth. Samml. d. Gesetze 13, 303). Die Pflegerbestellung ist Verwaltungssache. Die Berufung in KGJ. 30, A 28 auf § 38 FGG. ist nicht beweisend, da § 38 FGG. nur die örtliche Zuständigkeit regelt.

§ 1911.

1. Rostock 25. 5. 15, OLG. 32, 28. Hat der geschäftsfähige Abwesende zu einer Zeit, da ein vom Pfleger abgeschlossener Vertrag infolge noch nicht erteilter Genehmigung noch nicht rechtswirksam war, seinen Willen ausgedrückt, daß er mit dem Vertrage überhaupt oder so, wie er geschlossen, nicht einverstanden sei, so ist dieser sein Wille schlechthin maßgebend und die von dem Pfleger nachgesuchte Genehmigung des Vertrags zu versagen.

2. KG. 22. 12. 15, KGJ. 48, 16, SchlHolstAnz. 16, 77. Im Auseinandersetzungsverfahren, insbesondere zur Durchführung der Verwendungsregulierung, sind in Preußen die Generalkommissionen oder deren Kommissar berechtigt, Anträge auf Anordnung einer Pflegschaft bei dem zuständigen Gerichte zu stellen und gegen die Ablehnung ihrer Anträge Beschwerde einzulegen, unbeschadet des Rechts der Gerichte, die Berechtigung des Begehrens sachlich zu prüfen.

3. a) Colmar 15. 12. 15, ElsLothNotZ. 16, 3, ElsLothJZ. 16, 91, OLG. 32, 26. Ist an einem anhängigen Teilungsverfahren ein französischer Staatsangehöriger beteiligt und dieser in dem von Deutschland besetzten Okkupationsgebiet an seinem Wohnorte anwesend, so kann dahingestellt bleiben, ob nicht in einem solchen Falle, da der Ausländer an der Besorgung einer im Inlande wahrzunehmenden Vermögensangelegenheit verhindert ist, der § 1911 Abs. 2 BGB. wenigstens entsprechende Anwendung finden könnte. Jedenfalls entspricht es nicht dem gegenwärtigen Kriegszustande, von der Befugnis des Art. 23 EG. BGB. Gebrauch zu machen und dem Ausländer einen Pfleger zu bestellen.

b) Ebenso Colmar 1. 3. 16, LeipzZ. 16, 703, R. 16, 246, Nr. 535.

§ 1913.

1. BayObLG. 30. 5. 16, BayRpflZ. 16, 231, OLG. 33, 378, R. 16, Nr. 1544. Ungewißheit i. S. des § 1913 kann auch dann vorliegen, wenn mehrere, von denen einer sicher der Beteiligte ist, um ein Recht streiten. Was KGJ. 45, A 106, JDR. 13 Ziff. III 2 zu § 1960, für den Anwendungsfall des § 1960 ausgeführt ist, trifft auch im Falle des § 1913 zu.

2. Hamburg 20. 8. 15, HansGZ. 16, Beibl. 9. Die den künftigen Nacherben gegen den Vorerben zustehenden Ansprüche sind im Rechtsweg auszutragen und nötigenfalls sicherzustellen. Das VormG. ist nicht befugt, solche Sicherstellung nach Prüfung der materiellen Sachlage anzuordnen.

3. Schmidt, DRZ. 16, 232 (Pflegschaften für unbekannte Nacherben) tritt OLG. 18, 331 (KG.) gegen ZBlFG. 7, 287; 11, 548 (Dresden) bei, wonach bei dem Vorhandensein von Nacherben den an ihre Stelle tretenden Ersatznacherben ein Pfleger nicht bestellt zu werden brauche.

§§ 1919 ff.

BayObLG. 16, 6. 16, R. 16, Nr. 1542. Eine sachlich gerechtfertigte Pflegschaft kann nicht um deswillen wieder aufgehoben werden, weil der Gewalthaber, dessen Verhinderung an der Besorgung der Angelegenheit den Grund der Einleitung der Pflegschaft gebildet hat, vor Bestellung des Pflegers nicht gehört worden ist.

§ 1920.

BayObLG. 5. 5. 16, E. 17, 101, OLG. 33, 376, Anm. 1. Ein von dem Pflegebefohlenen gestellter Aufhebungsantrag ist nur zu beachten, wenn dieser eine rechtswirksame Erklärung abgeben kann, nicht aber, wenn seine Erklärungen und An-

träge durch Geistesgestörtheit beeinflußt und daher als Willenserklärungen unwirksam und unbeachtlich sind (§§ 104 Ziff. 2, 105 BGB.).

Fünftes Buch. Erbrecht.

Erster Abschnitt. Erbfolge.

§ 1922.

Celle 6. 11. 15, LeipzZ. 16, 833. Das Gnadenvierteljahr des pensionierten Beamten gehört nicht zu dessen Nachlaß.

§ 1936.

1. a) Heim, DJZ. 16, 296 bespricht die Entwürfe der Reichsregierung von 1909 und 1913, betreffend das Erbrecht des Reichs und empfiehlt, nur noch die gesetzliche Erbfolge der näheren Verwandten bis zu den Geschwisterkindern zuzulassen, in allen anderen Fällen aber auch gegenüber letztwilligen Verfügungen ein Pflichtteilsrecht des Staates, das ihm einen Anteil etwa von einem Drittel der Erbschaft sichert, gesetzlich festzulegen.

b) Dagegen Schierlinger, DJZ. 16, 587 unter Befürwortung eines Erbrechts der Gemeinde, der der Erblasser zur Zeit seines Todes angehört oder eine bestimmte Zeitlang angehört hat.

2. KG. 23. 12. 15, KGJ. 48, 71. Wählt der überlebende märkische Ehegatte unter Einwerfung des eigenen Vermögens die statutarische Portion, so ist er Erbe des Erstverstorbenen. Neben ihm ist bei einem nach dem Jahre 1899 liegenden Erbfalle der in § 1936 BGB. bezeichnete Fiskus gesetzlicher Erbe, wenn zur Zeit des Erbfalls Verwandte des verstorbenen Ehegatten nicht vorhanden sind. In einem solchen Falle kann der Fiskus den Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung nur gemeinschaftlich mit dem überlebenden märkischen Ehegatten stellen.

§ 1939.

Dresden 11. 11. 14 (Ungültigkeit von Verfügungen des Erblassers, die der Unterschrift des eigenhändigen Testaments räumlich nachfolgen) — JDR. 14 lit. b zu § 1939 — auch ZBlFG. 16, 676.

Zweiter Abschnitt. Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Titel. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

§ 1948.

KG. 16. 4. 15, JDR. 14 zu § 1909, auch KGJ. 48, 22. Die Ausschlagung der Erbschaft ist kein Akt der Vermögensverwaltung, sondern ein Persönlichkeitsrecht des Erben, das zutreffendenfalls durch seinen gesetzlichen Vertreter auszuüben ist. Gesetzlicher Vertreter in diesem Sinne ist nicht ein Pfleger, der nur gemäß § 1909 Abs. 1 Satz 2 zur Verwaltung des einem Minderjährigen durch den Erblasser zugewendeten Vermögens berufen ist (a. M. Staudinger 7/8, Anm. 3 zu § 1945, III 3 zu § 1943).

§ 1958.

Riesenfeld, Die Erbenhaftung nach dem BGB. I 1. Es ist dem Allein- wie dem Miterben unbenommen, im Stadium vor Annahme der Erbschaft Forderungen gegen den Nachlaß zu erheben und durchzuführen, wie umgekehrt der Nachlaß dasselbe Recht gegenüber dem Erben hat. Der Erbe kann z. B. eine gegen den Erblasser bereits begonnene Zwangsvollstreckung in den Nachlaß fortsetzen (§ 779 ZPO.), auch Ansprüche im Prozeßwege gegen einen Nachlaßpfleger als Vertreter desjenigen, der „Erbe werden wird" erheben (§§ 1960, 1961) und auf dieselbe Weise eine Vollstreckung in den Nachlaß beginnen. Umgekehrt kann ein Eigengläubiger des Erben die diesem gegen den

Nachlaß zustehende Forderung pfänden; § 857 Abs. 2 ZPO. findet Anwendung. Schlägt der Erbe die Erbschaft aus, so bleibt der Anspruch in Kraft; der ausschlagende Erbe ist dem endgültigen Erben gegenüber Nachlaßgläubiger.

§ 1959.

Riesenfeld a. a. O. I 35. Der Erbe darf, da er auch schon vor Annahme der Erbschaft Eigentümer des Nachlasses ist, die zum Nachlasse gehörigen Aktiva einfordern. Es ist nicht richtig, daß er nur auf Leistung an den definitiven Erben oder auf Hinterlegung klagen müßte (anders Reichel, IDR. 10 zu § 1958).

§ 1960.

Schrifttum: Wedermann, BayRpflZ. 16, 338 gibt eine übersichtliche Darstellung der Grundsätze der Nachlaßpflegschaft (und Nachlaßverwaltung) unter Berücksichtigung der BayNachlaßO. und der Rechtsprechung in Bayern.

I. Voraussetzung der Nachlaßpflegschaft.

1. Im allgemeinen.

a) KG. 19. 2. 14, OLG. 32, 45. Die Anordnung der nach § 1960 zulässigen Maßregeln hat ihrem Zwecke nach nur die Bedeutung einer vorläufigen Maßregel, die gerade durch die zurzeit bestehende Ungewißheit über die Person des wahren Erben gerechtfertigt wird und die Vertretung des Erben im Interesse der Nachlaßgläubiger nur bis zu demjenigen Zeitpunkte regeln soll, in dem die Person des wahren Erben feststeht. Deshalb sind die Ermittlungen nur soweit auszudehnen, daß sich beurteilen läßt, ob zur Zeit die Erbschaft noch nicht angenommen oder der Erbe unbekannt oder die Annahme der Erbschaft ungewiß ist, und zwar unbekannt oder ungewiß vom Standpunkte des Nachlaßgerichts aus.

b) LG. II München 22. 1. 16, BayRpflZ. 16, 137. Folgt aus den Erklärungen eines Miterben, daß er die Erbschaft angenommen hat, so ist eine Nachlaßsicherung für seinen Erbteil auch dann nicht zulässig, wenn ein Bedürfnis für ihn im Sinne des § 1960 aus dem Verhalten eines Miterben hergeleitet werden kann.

2. Wegen Ungewißheit der Größe einzelner Erbteile.

KG. 11. 3. 15, KGJ. 48, 77. Der Erbe ist im Sinne des § 1960 auch dann unbekannt, wenn zwar die Personen der sämtlichen Miterben bekannt sind, aber die Größe von Erbteilen ungewiß ist. Ein Nachlaßpfleger kann in diesem Falle nur für die Erbquote, deren Erbe ungewiß ist, bestellt werden.

3. Wegen schwebender Ungewißheit beim Ausstehen staatlicher Genehmigung.

KG. 17. 4. 13, OLG. 32, 90. Ist zum Erwerb einer Erbschaft staatliche Genehmigung erforderlich, so kann bis zu ihrer Erteilung eine Nachlaßpflegschaft angeordnet werden, denn bei der Erbeinsetzung einer juristischen Person ist der Zeitraum der „schwebenden Ungewißheit" (**RG.** 75, 409; 76, 385) bis zur Bekanntgabe der Entscheidung dem Zeitraum „bis zur Annahme der Erbschaft" im Sinne des § 1960 Abs. 1 gleichzustellen (KGJ. 40, 36). Bei der Prüfung, ob es der staatlichen Genehmigung wegen der Höhe des Nachlasses bedarf, ist der Nettoerlös des Nachlasses für maßgebend zu erachten (**RG.** 76, 384 in Abweichung von KGJ. 40, 36).

4. Im Falle des Vorhandenseins von Testamentsvollstreckern.

a) Colmar 14. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 77, OLG. 32, 47. Solange ein Testamentsvollstrecker den Nachlaß verwaltet, besteht regelmäßig kein Bedürfnis, für die unbekannten Erben einen Nachlaßpfleger zu bestellen. Die bloße Möglichkeit, daß in der Zukunft die Beendigung der Testamentsvollstreckung zu einer Nachlaßsicherung Anlaß geben kann, erfüllt nicht die Voraussetzung des „gegenwärtigen" Bedürfnisses im Sinne des § 1960.

b) Ebenso KG. 23. 12. 15, RJA. 15, 28.

II. Befugnisse des Nachlaßgerichts.

1. Darmstadt 31. 3. 16, HessRspr. 17, 74. Das Nachlaßgericht ist nicht befugt, auf Grund § 1960 BGB. und Art. 36 hess. AG. z. FGG. Gegenstände, die nach seiner Ansicht zum Nachlaß gehören, sich aber im Besitz eines Dritten befinden, diesem gegen seinen Willen wegnehmen zu lassen. Dingliche oder schuldrechtliche Ansprüche gegen Dritte, die zum Nachlaß gehören, sind von den Beteiligten im Prozeßwege geltend zu machen.

2. KG. 1. 10. 14, OLG. 32, 48. Das Nachlaßgericht darf zwar (vgl. §§ 1915, 1837) den Nachlaßpfleger zur Befolgung seiner Anordnungen durch Ordnungsstrafen anhalten, aber nur, um den Ungehorsam des Pflegers zu beugen, nicht aber als Bestrafung dafür, daß er eine ihm aufgetragene Handlung nicht so zweckmäßig vorgenommen habe, wie er es bei größerer Sorgfalt gekonnt hätte.

§ 1963.

Riesenfeld, Erbenhaftung nach dem BGB. I 10. Der Unterhaltsanspruch der Mutter des nasciturus geht dem Anspruche des Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmers und Auflagenempfängers vor. Strohals entgegengesetzte Ansicht II 45 ist unrichtig begründet.

Zweiter Titel. Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Vorbemerkung: Aus dem umfangreichen Werke von Riesenfeld über die Erbenhaftung sind bei den zutreffenden Gesetzesstellen Auszüge in der Form von Selbstberichter des Verfassers mitgeteilt. — Wegen der über die Verantwortlichkeit des Vormundschaftsrichters hinausgehenden Verantwortlichkeit des Nachlaßrichters im Falle des Bestehens einer Nachlaßverwaltung (auch den Nachlaßgläubigern gegenüber) s. RG. v. 26. 5. 16 zu § 1981.

Schrifttum: Kretzschmar, Die Gestaltung der Haftung des Erben, wenn der Erblasser Einzelkaufmann war oder einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft als Teilhaber angehörte, ZBlFG. 17, 1. — Riesenfeld, Die Erbenhaftung nach dem BGB. Bd. 1. Die Grundsätze der Haftung. Bd. 2. Das Inventar und die Mittel der Haftungsbeschränkung. Berlin 1916.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 1967.

Riesenfeld, Erbenhaftung I 327 bekämpft die Ansicht von Strohal 2, 67 zu V, wonach bezüglich der Haftung eines ausgleichungspflichtigen Miterben für Nachlaßverbindlichkeiten bei überschuldetem Nachlasse der Ausgleichung praktische Bedeutung im Verhältnisse der Erben zu den Nachlaßgläubigern überhaupt nicht zukomme, während sie im Gegenteil bei einem nicht überschuldeten Nachlasse nicht in Betracht komme, dagegen bei überschuldetem Nachlasse nur für den Konkursfall keine, stets aber für den Fall der Unzulänglichkeitseinrede Bedeutung habe.

§ 1968.

1. Crasemann, R. 16, 249 hält die Pfändung eines Grabsteins für zulässig, soweit nicht Landesrecht entgegensteht.

2. Völckers, R. 16, 250 (Vom Recht am Leichnam des Gefallenen). Sitte und Herkommen entspricht es, ein Verfügungsrecht über den Leichnam den nächsten Hinterbliebenen, den Familienangehörigen, nicht aber dem Erben als solchen zuzugestehen. Können sich die Hinterbliebenen über die Bestattung des im Felde gefallenen Sohnes in der Heimat nicht einigen, so hat die Überführung zu unterbleiben.

§ 1969.

Riesenfeld, Erbenhaftung I 17. Sollten die Familienangehörigen, die zugleich sämtlich Erben sind, zur Zeit des Eintritts des Erbfalls kein bares Geld im Nachlaß zur Verfügung haben, so dürfen sie, soweit erforderlich, den Nachlaß für den

Unterhalt flüssig machen, ohne allein dadurch das Ausschlagungsrecht zu verlieren. Ob sie sich aber nicht den übrigen Nachlaßgläubigern gemäß §§ 1978, 1980 BGB. verantwortlich machen, hängt von den Umständen des Falles ab; die Regel, daß kein einzelner Nachlaßgläubiger auf Kosten der übrigen volle Befriedigung erhalten soll, besteht auch hier. I 15. Die Pflicht, Unterhalt „in demselben Umfange zu gewähren", bedeutet nicht die Pflicht zur Gewährung des Unterhalts in derselben Form. (Anders Planck zu § 1963 Anm. 3.)

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

§ 1973.

Abs. 2. Riesenfeld, Erbenhaftung 2, 293, 347. Der Erbe kann das Recht der Wertablösung in jedem Stadium geltend machen (anders Kreß, Die Erbengemeinschaft S. 125), also auch während des Rechtsstreits des Ausgeschlossenen und, sofern er den Vorbehalt (§ 780 ZPO.) erwirkt hat, auch in der Zwangsvollstreckungsinstanz (Bd. II S. 315). Die Beschränkung auf die Bereicherung kann im Hauptprozesse und, sofern der Vorbehalt (§ 780 ZPO.) erwirkt ist, auch erst in der Zwangsvollstreckungsinstanz durchgeführt werden. Strohals Ansicht (§ 75 S. 244f.), daß der Vorbehalt zur Ermöglichung der Beschränkung in der Zwangsvollstreckungsinstanz nicht genüge, dürfte unzutreffend sein. — Die Frage, ob ein Erbe seine eigene ihm gegen den Nachlaß zustehende Forderung zu einem Aufgebote anzumelden hat, ist für den Alleinerben anders zu beantworten wie für einen Miterben.

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

§§ 1975ff.

BayObLG. 13. 12. 15, R. 16, Nr. 483. Auch dem Pflichtteilsanspruche gegenüber gilt das Recht des Erben, durch die zur Geltendmachung der beschränkten Erbenhaftung gegebenen Mittel seine Haftung auf den Bestand der Erbschaft zu beschränken.

§ 1976.

KG. 15. 1. 15, JDR. 14 zu § 1976 (Erlöschen der Prokura des ein Handelsgeschäft erbenden Prokuristen; Unzulässigkeit der Prokuraerteilung an ihn durch den Nachlaßverwalter), auch KGJ. 48, 125.

§ 1977.

RG. 3. 12. 15, LeipzZ. 16, 1364. Wenn nach § 1977 Abs. 1 nur eine ohne Zustimmung des Erben erfolgte Aufrechnung der Forderung eines Nachlaßgläubigers gegen eine nicht zum Nachlasse gehörende Forderung des Erben von der nachträglichen Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht betroffen wird, so findet dies seine Erklärung darin, daß bis zur Anordnung der Nachlaßverwaltung der Erbe befugt ist, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen, und diese Befugnis erst mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung verliert (§ 1984); in der Zustimmung des Erben zu der von einem Nachlaßgläubiger ausgesprochenen Aufrechnung muß aber eine solche Verfügung über den Nachlaß gefunden werden. Das gleiche gilt auch von dem in Abs. 2 des § 1977 behandelten Falle der Aufrechnung einer gegen den Erben persönlich gerichteten Forderung gegen eine zum Nachlasse gehörende Forderung.

§§ 1978, 1980.

RG. 10. 7. 16, LeipzZ. 16, 1376, R. 16, Nr. 1923. Besteht der Nachlaß des verstorbenen Ehemanns nur in seinem Anteil an dem ehelichen Gesamtgute, so können Schadensersatzansprüche aus §§ 1978, 1980 wegen Zuwendungen aus dem Gesamtgute gegen die Erben schon vor der Auseinandersetzung des Gesamtguts geltend gemacht werden, wenn ein sachliches Eingehen auf die Ansprüche auch ohne die Auseinandersetzung möglich ist.

§ 1979.

Riesenfeld, Erbenhaftung II 156, 139. Der Paragraph behandelt nur Ansprüche des Erben, nicht solche gegen den Erben. Er kommt demnach nicht für die Bildung der Masse im Nachlaßkonkurse in Betracht.

§ 1981.

RG. 26. 5. 16; 88, 264, GruchotsBeitr. 60, 1015, JW. 16, 1116, LeipzZ. 16, 1243, R. 16, Nr. 1121, WarnE. 16, 462. Auch für die Nachlaßverwaltung als eine Unterart der Nachlaßpflegschaft gilt (§ 1962) die Vorschrift des § 1848. Die Verantwortlichkeit des Nachlaßrichters reicht jedoch weiter als die des Vormundschaftsrichters, dem nur die Fürsorge für den Mündel obliegt, besteht insbesondere nicht nur dem Erben und der Nachlaßmasse gegenüber, sondern auch gegenüber den Nachlaßgläubigern (vgl. § 1985 Abs. 2). Die Nachlaßverwaltung unterscheidet sich in ihrem Wesen auch von der in § 1960 vorgesehenen, lediglich dem Interesse der Erben dienenden Nachlaßpflegschaft (vgl. **RG.** 65, 289, JDR. 6 zu § 1985), ist vielmehr entsprechend der Konkursverwaltung gestaltet. Vgl. auch oben Ziff. 1 zu § 1848.

§ 1984.

Abs. 1 Satz 3. Riesenfeld, Erbenhaftung I 281. Wo lediglich der Anteil eines Miterben haftet, muß der Nachlaßverwalter den betr. Nachlaßgläubiger vom Nachlasse fernhalten und es ihm überlassen, sich aus dem Anteil seines Schuldners zu befriedigen. Für derartige nur einen oder nur einige Erben gemeinschaftlich belastende Nachlaßverbindlichkeiten ist der Nachlaßverwalter passiv nicht legitimiert. Ebenso Strohal I 116, Anm. 15a, anders Kreß, Erbengemeinschaft 202.

§ 1985.

Schrifttum: Vgl. Webermann, BayRpflZ. 16, 338, 344, oben zu § 1960.

1. Männer, LeipzZ. 16, 783, 793. Die Stellung des Nachlaßverwalters ist ähnlich der des Konkursverwalters. Wie der Konkursverwalter in Ansehung der Konkursmasse gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners ist, so ist der Nachlaßverwalter in Ansehung der Nachlaßmasse gesetzlicher Vertreter des Erben. Der Erbe ist in Ansehung des Nachlasses prozeßunfähig; § 53 ZPO. ist nicht anwendbar.

2. Riesenfeld a. a. O. I 29. Der Nachlaßpfleger kann die Nachlaßverwaltung nicht beantragen. Anders Staudinger zu § 1981 Anm. 4.

3. KG. 11. 2. 15, OLG. 32, 49. Auch auf den Nachlaßverwalter findet § 1837 Abs. 2 Anwendung.

4. a) Colmar 31. 1. 16, ElsLothNotZ. 16, 10, ElsLothJZ. 16, 177. Der Nachlaßverwalter haftet persönlich für die Entrichtung der Erbschaftssteuer, auch wenn er die Wahrnehmung der ihm zustehenden und obliegenden Rechtshandlungen einem Dritten überläßt.

b) Vgl. JDR. 14 zu § 1986 (Das dort genannte Urt. v. 15. 3. 15, das durch vorstehende Entsch. aufrecht erhalten wird, auch ElsLothJZ. 16, 175).

§ 1989.

Riesenfeld, a. a. O. II 202. Der Erbe haftet denjenigen Nachlaßgläubigern, die sich ordnungsmäßig zum Nachlaßkonkurse gemeldet, aber, obwohl sie zu berücksichtigen waren, mangels ausreichender Masse keine volle Befriedigung erhalten hatten, nach Aufhebung des Verfahrens infolge Verteilung gemäß § 1989 nicht bloß mit der Bereicherung, sondern mit dem Nachlaß, denn sie gleichen denjenigen Gläubigern, welche, weil sie sich ordnungsmäßig zu einem Aufgebote gemeldet haben, vollberechtigte Gläubiger geblieben sind.

§ 1990.

1. Riesenfeld, Erbenhaftung I 203. Nimmt ein Nachlaßgläubiger bei einem im Sinne des § 1990 unzulänglichen Nachlaß nicht alle Miterben gerichtlich in Anspruch, und wenden die in Anspruch Genommenen die Unzulänglichkeit sogleich ein (sie werden verurteilt, die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß zu dulden, oder aus dem Nachlasse zu zahlen), so ist die Vollstreckung unmöglich, denn für die Vollstreckung in den Nachlaß fehlt es an einem gegen alle Miterben gerichteten Schuldtitel (§ 747 ZPO.), die Pfändung des Anteils als Eigenvermögens des Miterben ist wegen der eingetretenen Beschränkung auf den Gesamtnachlaß unzulässig, die Vollstreckung in sonstiges Eigenvermögen kommt aus demselben Grunde nicht in Frage. Der Gläubiger muß sich auch gegen die übrigen Erben Titel beschaffen.

2. KG. 30. 12. 15, KGBl. 16, 19. Richtet sich die Zwangsvollstreckung in das eigene Vermögen des Erben, so kann der Erbe bei Anwendbarkeit des § 1990 dieser Vollstreckung ohne weiteres entgegentreten, und es bleibt dem Nachlaßgläubiger vorbehalten, seine Rechte auf Befriedigung aus dem Nachlaß in anderer Weise dem Erben gegenüber zu verfolgen.

3. Posen 1. 3. 16, PosMSchr. 16, 34. Der Rechtsbehelf des § 1990 steht dem Erben nicht mehr zu, wenn zunächst eine der Vollstreckung zugängliche ausreichende Nachlaßmasse vorhanden gewesen und der Nachlaß ohne Rücksicht auf die Schulden geteilt worden, dann erst das Nachlaßkonkursverfahren beantragt und nun die Eröffnung des Verfahrens abgelehnt worden ist, weil jetzt eine nicht einmal den Kosten des Verfahrens entsprechende Masse vorhanden sei (**RG.** R. 07, Nr. 1453, DJZ. 07, 881). Der Teilung des Nachlasses in einem solchen Falle steht seine unwirtschaftliche Verwaltung und Versilberung gleich (Posen, PosMSchr. 12, 123).

4. LG. Gießen 18. 10. 16, HessRspr. 17, 236. Die Erben haften für die Kosten eines Beschlusses, den sie gemäß § 1990 (Ablehnung der Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse) erwirkt haben, mit dem eigenen Vermögen.

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

§ 2006.

Riesenfeld a. a. O. I 409, 410. Verlangt ein Gläubiger den Offenbarungseid nach § 2006 von den Ehegatten, so sind stets beide Ehegatten zu laden, wie sich bezüglich des Ehemanns aus den Grundsätzen des gesetzlichen Güterstandes (aus seinem Verwaltungsrecht hinsichtlich des Eingebrachten), ferner aus seinem Interesse, sich vor den Folgen der Verstöße der Frau gegen die Inventarpflicht zu schützen und endlich aus § 2008 Abs. 1 BGB. ergibt, der für das Inventarrecht überhaupt gilt, wobei zu bemerken ist, daß der Offenbarungseid nur eine Maßregel der Bekräftigung des Inventars ist. Verweigert der Ehemann den Eid hinsichtlich des von ihm errichteten Inventars, so wahrt die Ehefrau das Beschränkungsrecht für beide Ehegatten durch ihr Anerbieten, den Eid zu leisten; verhält sie sich passiv, so verwirkt dies für beide Ehegatten partiell die Beschränkung. Verweigert die Ehefrau die Eidesleistung hinsichtlich des von ihr errichteten Inventars, so kommt es auf die Stellungnahme des Mannes an: erbietet er sich zur Eidesleistung, so kommt dies der Frau zustatten; verhält er sich passiv, so gilt das Inventar als falsch und es haften beide Ehegatten (partiell) unbeschränkbar. Indem ein Ehegatte sich bereit erklärt, das Inventar des anderen zu beschwören, macht er es sich zu eigen und ist nun auch formell imstande, dem Wortlaute des Eides zu genügen. Anders Planck § 2008 Anm. 4c, Hachenburg, Das BGB., 1900 S. 406.

§§ 2006, 2063 Abs. 1.

Riesenfeld, Erbenhaftung II 34. Der Offenbarungseid kann demjenigen von mehreren Miterben abverlangt werden, der das Inventar errichtet hat. Mit der

Eidesleistung wird das Beschränkungsrecht für alle Miterben gewahrt. Wird das Inventar von einem der übrigen Erben beschworen, so wahrt auch dies die Beschränkungsmöglichkeit für die sämtlichen Miterben, selbst wenn der Errichter oder ein anderer Miterbe die Eidesleistung verweigert haben sollte. An sich kann der Eid nur dem Errichter abgefordert werden, da nur er entsprechend dem Wortlaute des § 2006 schwören kann, daß „er“ usw. Wenn aber die übrigen Erben oder einer der übrigen Erben sich das Inventar des Errichters zu eigen machen, indem sie sich darauf berufen oder sich zur Eidesleistung erbieten, so kann der Eid auch ihnen abgefordert werden. Schwierigkeiten macht es aber, wenn sich von den übrigen Miterben keiner das Inventar zu eigen macht und der Errichter den Eid verweigert, also dem ladenden Gläubiger gegenüber das Beschränkungsrecht verliert. Kann, da das Inventar nach § 2063 BGB. den übrigen Erben zustatten kommt, auch ohne daß sie sich darauf berufen, der Eid auch einem anderen Erben abverlangt werden? Es dürfte hier folgendes zutreffend sein: Ein Inventar, das trotz Erforderns vom Errichter nicht beschworen ist, gilt nicht als richtig und kann den übrigen Erben nicht zustatten kommen. Es kann ihnen aber auch nicht schaden. Die Leistung des Offenbarungseides kann ihnen nicht zugemutet werden, wenn sie sich nicht selber dazu erbieten oder das Inventar als auch für sie geltend durch Erklärung zu eigen machen. War nun das Inventar freiwillig errichtet, so können sie ihrerseits ein neues errichten; tun sie dies nicht, so ist ihre Rechtslage jedenfalls nicht verschlechtert, es kann in diesem Falle nun ihnen eine Inventarfrist bestimmt werden. Ähnliches ist Rechtens, wenn das Inventar auf eine dem Errichter gegenüber erfolgte Fristsetzung errichtet wurde. War die Frist aber auch ihnen bestimmt, und hatten sie ihrerseits kein Inventar errichtet, weil sie sich auf das von anderen errichtete verließen, so gilt die Inventarfrist als von ihnen versäumt, wenn sie sich nicht zur Eidesleistung erbieten. Die Wirkung dieser Versäumung kann aber keine allgemeine sein, sie reicht nur soweit, als die Wirkung der Eidesverweigerung des Errichters reicht, d. h. auch sie haften nur demjenigen Gläubiger unbeschränkbar, der den Eid gegenüber dem Errichter vergeblich gefordert hatte.

§ 2007.

Riesenfeld, Erbenhaftung I 251. Auch der — mehrere Erbteile in seiner Hand vereinigende — Alleinerbe ist, um die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß durchzuführen, nicht gezwungen, Nachlaßverwaltung zu beantragen; es genügt die Berufung auf § 2059 BGB. (Einrede des ungeteilten Nachlasses). Anderer Ansicht Kreß, Erbengemeinschaft S. 197.

§ 2008.

Vgl. Riesenfeld, oben zu § 1406.

§§ 2013, 2062.

Riesenfeld, Erbenhaftung II 37. Haftet von mehreren Erben einer oder haften einige allgemein unbeschränkbar, so hindert dies nicht die übrigen (die noch beschränkbar haftenden Miterben), die Nachlaßverwaltung zu beantragen. Anders Strohal II 335 Anm. 4.

Dritter Titel. Erbschaftsanspruch.

§ 2018.

1. RG. 12. 5. 15, RGZ. 48, 189. Der Erbschaftsanspruch hat nicht die Rechtsnatur einer gegen den Erblasser begründeten Forderung (vgl. OLG. 16, 276), und zwar auch dann nicht, wenn es sich um einen gesetzlichen Erben handelt. Zur Sicherung der einem durch letztwillige Verfügung Bedachten gegen die Erben zustehenden künftigen Ansprüche kann eine Vormerkung nicht eingetragen werden.

2. München 4. 5. 14, OLG. 32, 49. Der auf Herausgabe von Erbschaftssachen verklagte Erbschaftsbesitzer kann mit der Einrede, daß der Kläger nur den Pflichtteil

beanspruchen könne, nicht gehört werden, es sei denn, daß er beweist, daß der Kläger wegen seines Pflichtteils bereits befriedigt sei und deshalb nichts mehr zu fordern habe. Ebensowenig kann dem Erbschaftsbesitzer, da er nicht Erbe ist, die Beschränkung seiner Haftung vorbehalten werden.

3. Vgl. unten zu § 2213 (Unzulässigkeit der Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs gegenüber dem Testamentsvollstrecker).

§ 2022.

KG. 14. 1. 16, KGBl. 16, 41. Auf Grund des § 2022 steht das Zurückbehaltungsrecht an Nachlaßgegenständen nur dem Erbschaftsbesitzer (§ 2018), nicht schon demjenigen zu, der mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat.

§ 2028.

1. Rostock 7. 2. 16, MecklZ. 34, 288, OLG. 34, 277. Die Unvollständigkeit der Auskunft begründet nicht ohne weiteres die Annahme, daß sie nicht sorgfältig erteilt sei.

2. Stettin 15. 3. 16, PosMSchr. 16, 36. Die Auskunft hat der Hausgenosse persönlich, auch wenn er noch minderjährig ist, zu erteilen, da es sich dabei um eine der Zeugnispflicht gleichstehende Verpflichtung handelt.

Vierter Titel. Mehrheit von Erben.

Vorbemerkung: Das RG. hat ausgesprochen: Der Anteil eines Miterben an einem zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Grundstücke kann nicht mit einer Hypothek oder Grundschuld belastet werden; eine gleichwohl erfolgte Eintragung stellt sich als eine ihrem Inhalte nach unzulässige dar, auf die sich die Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nicht erstreckt (Ziff. I 2 zu § 2033). Die Bestimmung eines Testaments, die zu Verfügungen der Erben über ihren Erbteil bis zur Vollendung eines bestimmten Lebensalters die Zustimmung des Testamentsvollstreckers erfordert, ist Dritten gegenüber nicht wirksam, weil sie durch § 137 BGB. der dinglichen Wirksamkeit entkleidet ist (Ziff. I 3 zu § 2033). Wer ein vertragsmäßiges Pfandrecht an einem Erbteile hat, kann der späteren Pfändung des Erbteils oder seiner zwangsweisen Versteigerung nicht widersprechen, es müßte denn bereits ein Antrag auf Vermittlung der Auseinandersetzung gemäß § 86 FGG. gestellt sein (Ziff. II zu § 2033). Mit der Vereinigung der sämtlichen Erbanteile ist die Erbengemeinschaft erloschen (Ziff. III zu § 2033). Nach KGJ. 48, 130 (zu § 2038) kann ein Miterbe nicht zum Prokuristen des zu einem Nachlasse gehörigen Handelsgeschäfts bestellt werden, ebensowenig kann die Erbengemeinschaft sich oder einzelne Miterben von der Vertretung ausschließen.

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

§§ 2032ff.

1. KG. 24. 3. 16, OLG. 33, 342. Das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben begründet keine Erbengemeinschaft i. S. der §§ 2032ff. (und § 86 FGG., Art. 31 PrFGG., § 88 PrGKG., § 10 Abs. 1 PrNotGebO.).

2. Dresden 23. 10. 15, RJA. 15, 43. Eine Erbengemeinschaft als solche kann nicht Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft sein.

§ 2033.

I. Verfügung über einen Erbanteil.

1. Durch Verpfändung. AG. Stuttgart Stadt 5. 1. 16, BoschersZ. 16, 148 hält es für zulässig, die rechtsgeschäftliche Verpfändung des einem Erben an einer ungeteilten Erbengemeinschaft zustehenden Anteils im Grundbuche einzutragen.

2. **RG.** 12. 1. 16; 88, 21, JW. 16, 480, LeipzZ. 16, 461, R. 16, Nr. 484, 485. Der Anteil eines Miterben an einem zum ungeteilten Nachlasse gehörigen **Grundstücke** kann nicht mit einer Hypothek oder Grundschuld belastet werden, denn er ist nicht der „Anteil eines Miteigentümers“ im Sinne des § 1114 BGB. Die gleichwohl **erfolgte**

Eintragung stellt sich als eine ihrem Inhalte nach unzulässige dar, auf die sich die Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nicht erstreckt. (Vgl. KG., RJA. 1, 29; 3, 43.)

3. Unwirksame Beschränkung.

RG. 7. 12. 14, HansGZ. 16, Beibl. 111. Die Bestimmung eines Testaments, die zu Verfügungen der Erben über ihren Erbteil bis zur Vollendung ihres 25. Lebensjahrs die Zustimmung des Testamentsvollstreckers erfordert, ist Dritten gegenüber nicht wirksam, da sie durch § 137 der dinglichen Wirksamkeit entkleidet ist und die Ausnahmevorschrift des § 399 nicht zutrifft. Der Anteil der Miterben am Nachlaß ist nämlich kein Forderungsrecht, auch kommt eine Beschränkung der Abtretung „durch Vereinbarung mit dem Schuldner" nicht in Frage. Die Bestimmung ist auch nicht dadurch wirksam geworden, daß es gerade der Testamentsvollstrecker ist, an dessen Zustimmung der Erblasser die Verfügung der Erben über ihre Erbteile gebunden hat, denn über das im Gesetze (§§ 2203—2210) zugelassene Höchstmaß hinaus, soweit es sich nicht um Befugnisse handelt, die der Erblasser auch jedem Dritten verleihen könnte, darf der Erblasser die Befugnisse des TV. nicht erweitern. Vgl. auch Ziff. 1 zu § 2211.

4. Bedeutung für die Erhebung der Zuwachssteuer.

PrOVG. 5. 1. 15, PrVBl. 37, 381. Die Verfügung über einen Erbanteil stellt, auch wenn zu der Erbschaft Grundstücke gehören, keinen nach dem preuß. ZuwachssteuerG. steuerpflichtigen Rechtsvorgang dar.

II. Verpfändung und Pfändung eines Erbanteils. Rechtsstellung der Gläubiger zueinander.

1. **RG.** 19. 11. 15; 87, 321, JW. 16, 268, R. 16, Nr. 287—289. Wer ein vertragsmäßiges Pfandrecht an einem Erbteile hat, kann der späteren Pfändung des Erbteils oder seiner zwangsweisen Versteigerung nicht widersprechen, er müßte denn bereits den Antrag auf Vermittlung der Auseinandersetzung nach § 86 FGG. gestellt haben. Letzterenfalls würde ein Vorgehen der beiden Pfandgläubiger in verschiedenen auseinandergehenden Richtungen gegeben und miteinander nicht vereinbar sein, und der Vollstreckungspfandgläubiger müßte dem vorberechtigten Vertragspfandgläubiger weichen.

2. Dazu Josef, BoschersZ. 16, 309. Hat der Erwerber eines Erbanteils den Antrag auf Auseinandersetzung gestellt, und ordnet sodann auf Antrag eines dem Erwerber im Range nachstehenden Pfändungsgläubigers das Vollstreckungsgericht die Versteigerung des Erbanteils an, so steht dem ersteren gegen den letzteren der Anspruch auf Einstellung der Zwangsvollstreckung zu. Denn mit der durch den Auseinandersetzungsantrag geschaffenen Rechtslage wäre unvereinbar die Rechtslage, die durch die Anordnung der Versteigerung herbeigeführt ist, da diese das Auseinandersetzungsverfahren gegenstandslos machen könnte.

III. Erwerb sämtlicher Erbanteile.

RG. 21. 2. 16; 88, 116, R. 16, Nr. 830. Hat ein Miterbe sämtliche Anteile an einem ungeteilten Nachlaß erworben, so kann er nicht mehr dinglich über einen Nachlaßanteil oder den Nachlaß als solchen, sondern nur noch über die einzelnen Nachlaßsachen verfügen. Mit der Vereinigung sämtlicher Anteile ist die Erbengemeinschaft erloschen (vgl. KGJ. 46, 181, 187).

§ 2038.

KG. 14.1.16, KGJ. 48,127, RJA. 15,51, R. 16, Nr. 1924. Der Geschäftsinhaber ist der Herr, der Prokurist Diener des Handelsgeschäfts; beide müssen notwendig voneinander verschieden sein. Deshalb kann ein Miterbe zum Prokuristen des zu

einem Nachlasse gehörigen Handelsgeschäfts nicht bestellt werden. Ebensowenig kann die Erbengemeinschaft sich oder einzelne Miterben von der Vertretung ausschließen, da niemand sich seiner eigenen Geschäftsfähigkeit mit Wirkung gegen Dritte dadurch entäußern kann, daß er seine Vertretung einem anderen überträgt. § 125 HGB. ist auf andere Fälle nicht entsprechend anwendbar.

§ 2039.

1. Riesenfeld, Erbenhaftung I 276. Im § 2039 ist dem einzelnen Miterben hinsichtlich der zum Nachlasse gehörigen Ansprüche zur Verhütung der Schutzlosigkeit der übrigen Erben nicht bloß ein individuelles Klagerecht, sondern überhaupt die Befugnis, einen gemeinschaftlichen Anspruch für den Nachlaß geltend zu machen, gegeben; das Klagerecht ist lediglich Ausfluß dieser Befugnis. Daher darf der einzelne Miterbe auch schon außergerichtlich einen Anspruch für den Nachlaß, also durch Mahnung, mit der vollen Verzugswirkung zu Lasten des Nachlaßschuldners geltend machen. Anders Kreß, Erbengemeinschaft 58.

2. Rostock 5. 1. 16, MecklZ. 34, 304, OLG. 33, 99, SeuffA. 71, 298. Über den Anspruch aus § 2039 können die Miterben nur gemeinschaftlich verfügen (§ 2040). Ebensowenig, wie der einzelne Miterbe daran einem Dritten Rechte bestellen kann, können aus seinem Rechte heraus für seine Gläubiger durch Pfändung Rechte begründet werden.

3. **RG.** 8. 11. 15, R. 16, Nr. 486. Auch dann, wenn der Schuldner Miterbe ist, ist er grundsätzlich zur Leistung der ganzen von ihm zum Nachlaß geschuldeten Summe verpflichtet. Er kann nur dann einen entsprechenden Teil zurückhalten, wenn ihm ein besonderer Grund zur Seite steht, der es unbillig erscheinen läßt, daß von ihm die Zahlung oder Hinterlegung des ganzen Betrags gefordert wird (**RG.** 65, 10).

4. a) **RG.** 4. 3. 16, LeipzZ. 16, 817, WarnE. 16, 400. § 2039 gestattet auch dem einzelnen Miterben, soweit dies ohne Beeinträchtigung der anderen geschehen kann, die Geltendmachung von Individualrechten (z. B. gegen den Hauswirt auf Beseitigung von Störungen).

b) **RG.** 3. 7. 16, LeipzZ. 16, 1295. Als Teilnehmer an einem gemeinschaftlichen Rechte darf der einzelne Miterbe zum Schutze seines sog. Individualrechts das ganze Recht geltend machen, wenn dadurch den Rechten der anderen Teilnehmer nicht geschadet und die Lage des Gegners in seiner Rechtstellung nicht erschwert wird (**RG.** 20, 312; 44, 184). Diese Voraussetzung trifft zu, wenn nur auf Hinterlegung des zur ungeteilten Erbengemeinschaft geschuldeten Geldes geklagt ist.

5. **RG.** 5. 10. 16, LeipzZ. 17, 44, R. 16, Nr. 2113. § 2039 steht der Erhebung von negativen oder positiven Feststellungsklagen durch den einzelnen Miterben über Ansprüche, die zum Nachlasse gehören, nicht entgegen (JW. 05, 146, Nr. 28 und für das frühere preuß. Recht **RG.** 44, 183).

§ 2040.

Cöln 13. 4. 16, LeipzZ. 16, 1204. Ebensowenig wie die einzelnen Erben durch willkürliche Handlungen die Erbengemeinschaft schädigen können, können deren Rechte durch eine in der Person nur einzelner Erben eintretende sonstige Tatsache (z. B. die nicht rechtzeitige Geltendmachung von Forderungen in einem Konkurse) beeinträchtigt werden.

§ 2042.

I. Objektiv und subjektiv beschränkte Erbauseinandersetzung.

1. BayObLG. 19. 6. 16, R. 16, Nr. 1734. Die gemeinschaftliche Bestimmung der sämtlichen Miterben, daß die Miterbengemeinschaft hinsichtlich eines bestimmten Gegenstandes aufgehoben sein solle, entscheidet wirksam über das Ausscheiden dieses Gegenstandes aus dem Vermögen der Erbengemeinschaft. In welcher Form die Erben den ausgeschiedenen Vermögenswert unter sich teilen und für ihre Ansprüche auf ihn

befriedigt wurden, ist ohne Bedeutung für die Frage der Fortdauer der Erbengemeinschaft in Ansehung dieses Gegenstandes.

2. Gerner, ZBlFG. 16, 653 hält eine subjektiv beschränkte Nachlaßteilung (Auseinandersetzung mit einem oder mehreren Miterben, während die übrigen Miterben in Erbengemeinschaft verbleiben) in der Weise für möglich, daß z. B., wenn es sich um den Nachlaß der Mutter handelt, der Vater sich von den durch einen einzigen Pfleger vertretenen Kindern abfinden läßt und dafür seinen Anteil an dem Nachlasse in der Form gerichtlicher oder notarieller Beurkundung (§ 2033) mit dinglicher Wirkung aufgibt, ohne seinen Anteil einem anderen zuzuwenden, so daß die Kinder allein die bisherige Erbengemeinschaft fortsetzen.

II. Befugnisse des Gläubigers im Falle einer Erbteilspfändung.

1. KG. 16. 9. 15, KGJ. 48, 161. Ein Gläubiger, der den Erbteil seines Schuldners als Miterben hat pfänden lassen, kann nicht an Stelle des Schuldners einen Auseinandersetzungsvertrag in Ansehung einzelner Nachlaßgegenstände selbständig abschließen. Er ist indes selbständig zu dem Antrag auf Vermittlung der Auseinandersetzung, die unter Zuziehung des Schuldners als Beteiligten zu erfolgen hat (§ 86 FGG.), befugt.

2. **RG.** 8. 10. 15, R. 16, Nr. 290. Nach der Erbauseinandersetzung ist eine Erbteilspfändung rechtlich nicht mehr möglich.

§ 2050.

Hamburg 21. 12. 15, LeipzZ. 16, 1452, OLG. 34, 260. Die Pflicht, eine Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen, wird nicht dadurch beseitigt, daß der Zuwendende dem Empfänger nachträglich erklärt, die in Anrechnung auf den Erbteil hingegebenen Beträge solle er als Geschenk ansehen, sie sollten ihm auf den Erbteil nicht angerechnet werden. Die letztwillige Anordnung der Anrechnung kann nur durch eine spätere abweichende letztwillige Anordnung beseitigt werden.

§ 2056.

Celle 15. 5. 15, OLG. 32, 52. Der Erblasser ist rechtlich in der Lage, ein Vermächtnis dahin anzuordnen, daß die Kinder von demjenigen unter ihnen, das mehr als die übrigen empfangen hätte, eine entsprechende Zahlung in den Nachlaß sollten fordern dürfen, so daß also die Zahlung zwar nicht schlechthin, aber doch unter Beschränkung auf die Haftung mit dem Erbteil geleistet werden müßte. Abgesehen hiervon können die Miterben von dem Empfänger einer Ausstattung Zahlung zur Nachlaßmasse nicht fordern.

§ 2057.

Dresden 22. 12. 15, SächsOLG. 37, 315. Für die Form, in der die Auskunft nach § 2057 zu erteilen ist, besteht keine gesetzliche Vorschrift. Ob die Auskunft vollständig und mit der erforderlichen Sorgfalt gegeben ist, ist erst bei der Entscheidung über die Verpflichtung des Beklagten zur Leistung des Offenbarungseides zu erörtern.

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

§ 2059.

1. Karlsruhe 14. 10. 14, BadRpr. 16, 147. Ist dem als Erben verurteilten Schuldner die Haftung mit dem ihm an dem Nachlasse zustehenden Anteil gemäß § 780 ZPO. vorbehalten, so ist er, wenn er die beschränkte Haftung im Zwangsvollstreckungsverfahren geltend macht, beweispflichtig dafür, daß der Nachlaß noch nicht geteilt ist.

2. Riesenfeld, Erbenhaftung I 264. Obwohl der Anteil eines Miterben am Nachlasse zu seinem Eigenvermögen gehört, so ist er doch nicht zu demjenigen Eigenvermögen zu rechnen, mit welchem ein Miterbe nach § 2059 Abs. 1 Satz 2 haftet, denn immerhin ergibt der Anteil dasjenige Vermögen des Miterben, welches „Nachlaß" bzw. dasjenige ist, was vom Nachlaß ihm zukommt.

§ 2060.

Nr. 1. Riesenfeld, Erbenhaftung I 313. Im Stadium nach der Teilung haftet jeder Miterbe einem im Aufgebote (durch Ausschlußurteil) ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger gegenüber nur anteilig. Es kann aber nur ein Aufgebot in Betracht kommen, das vor der Teilung durch Ausschlußurteil beendigt war. (Anders Kreß, Erbengemeinschaft 265). Das Aufgebot soll den Erben die Nachlaßverbindlichkeiten, die von ihnen als vollberechtigt zu würdigen sind, bekannt machen. Erst auf Grund dieser Kenntnis können sie zu einer ordnungsmäßigen Regelung der Schulden gelangen. Da diese letztere in der Zeit vor der Teilung erfolgen soll, muß im Sinne des § 2046 Satz 1 das Ergebnis des Aufgebots abgewartet werden. Diese Annahme allein wird dem Zweck der Bestimmung, die in der Teilung möglicherweise liegende Gefahr von den einzelnen Erben abzuwenden, gerecht, da angenommen wird, daß die Erben die Gläubiger kennen lernen wollen, um nachher vor Überraschungen sicher zu sein. Da es aber möglich ist, daß ein bei der Teilung noch unbekannter Gläubiger sich erst nachher zum noch schwebenden Aufgebot meldet, so würde das Aufgebot dann, wenn die Teilung vor seiner Durchführung geschähe, für sie ganz zwecklos sein, denn ein — wenn auch nach der Teilung — rechtzeitig zum Aufgebot gemeldeter Gläubiger muß gesamtschuldnerisch grundsätzlich unbeschränkt befriedigt werden.

§ 2062.

Vgl. oben KG. 23. 12. 15, KGJ. 48, 71 Ziff. 2 zu § 1936 (Erbrecht des Fiskus neben dem überlebenden märkischen Ehegatten und deren gemeinsame Mitwirkung zur Durchführung der Nachlaßverwaltung).

Dritter Abschnitt. Testament.

Vorbemerkung: Hervorzuheben ist die Entsch. des RG. v. 20. 12. 15 (Ziff. I C zu § 2084), wonach, wenn mehrere zu verschiedenen Zeiten errichtete Testamente desselben Erblassers vorliegen, ohne daß das spätere Testament die Anordnungen des früher errichteten aufhebt, die Frage, ob und welche Rechte bestimmten Personen auf Grund der letztwilligen Anordnung am Nachlasse zustehen, sich nur auf Grund des Inhaltes sämtlicher Testamente beantworten lasse.

Schrifttum: Ebbecke, Verfügungen von Todeswegen, R. 16, 233, 333, erörtert das Verhältnis zwischen gesetzlicher Erbfolge und Testament nach BGB. im Vergleiche zu der Regelung des römischen Rechts, die Bedeutung der Zusammenfassung mehrerer letztwilliger Verfügungen in einem Testament (gemeinschaftlichem Testament, Erbvertrag), das Verfügungs- und Verwaltungsrecht des Erben und des Testamentsvollstreckers, die Gebundenheit des Erblassers durch Erbvertrag und gemeinschaftliches Testament und endlich den Unterschied zwischen Verfügungen von Todeswegen und Rechtsgeschäften unter Lebenden, insbesondere die Bedeutung der Schenkung auf den Todesfall und des Erbverzichts.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§§ 2064 ff.

AG. Stuttgart 2. 7. 15, WürttZ. 16, 110. Keine letztwillige Verfügung liegt vor, wenn der Erblasser dem Erben die Befolgung seiner Anordnungen nur als Wunsch zu erkennen gegeben hat, ohne ihn damit rechtlich binden zu wollen.

§ 2064.

1. Stuttgart 25. 1. 16, R. 16, Nr. 616. Nicht jede Art und jeder Grad von Geisteskrankheit schließt die freie Willensbestimmung aus und macht testierunfähig, vielmehr muß der Nachweis hinzukommen, daß die Geisteskrankheit die freie Willensbestimmung des Verstorbenen ausschloß.

2. **RG.** 18. 11. 15, R. 16, Nr. 8. Steht fest, daß bei dem Erblasser die freie Willensbestimmung infolge krankhafter und nicht bloß vorübergehender Störung der Geistestätigkeit ausgeschlossen gewesen ist (§ 104 Nr. 2 BGB.), so bedarf es nicht des beson-

deren Nachweises, daß er auch bei der Testamentserrichtung unter dem Einflusse seiner krankhaften Vorstellungen oder Triebe gestanden habe und von ihnen beherrscht worden sei.

§ 2065.

BayObLG. 4. 2. 16, E. 17, 18, BayRpflZ. 16, 115, OLG. 34, 278, R. 16, Nr. 955, RJA. 15, 107. Die Einsetzung eines Nacherben unter der auflösenden Bedingung, daß der Überlebende nicht anderweit letztwillig verfügen würde, verstößt nicht gegen § 2065 (vgl. JW. 10, 820). **RG.** 79, 32 betrifft einen anderen Tatbestand.

§ 2069.

1. Colmar 14. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 79. Auch bei Bedenkung der Kinder eines Dritten ist eine Auslegung der letztwilligen Verfügung dahin, daß unter „Kindern" allgemein die Abkömmlinge einer Person ohne Rücksicht auf die Gradesnähe verstanden werden, nicht ausgeschlossen. Für das Gegenteil kann aber der Umstand, daß der Erblasser nur die „überlebenden" Kinder bedacht hat, sprechen.

2. BayObLG. 23. 6. 16, E. 17, 158, R. 16, Nr. 1547, 1548. Hat der Erblasser Seitenverwandte zu Erben eingesetzt, so steht der Annahme, daß er bei deren Wegfall ihre Abkömmlinge habe bedenken wollen, nicht die Erwägung entgegen, daß § 2069 nur eine Ausnahmevorschrift enthalte, vielmehr kommt es auf die Würdigung des einzelnen Falles an (Prot. 5, 34, 43). Wesentlich ist, daß, wie anzunehmen, der Erblasser eine Berufung nach Stämmen gewollt hat, auch wenn er sich im übrigen nicht streng an die gesetzliche Erbfolge gehalten hat. Notwendig ist allerdings, daß sein dahingehender Wille in dem Testament einen, wenn auch vielleicht unvollkommenen Ausdruck gefunden hat (BayObLG. 15, 12).

3. Herold, ZBlFG. 16, 569 schlägt für den Fall des § 2069 folgende Fassung des Erbscheins vor: „Nacherbe für den Fall des Todes des Vorerben ist A. Stirbt A. vor dem Vorerben, so geht sein Recht auf seine Abkömmlinge über, soweit sie bei der gesetzlichen Erbfolge an seine Stelle treten würden." Vgl. auch Ziff. II 3 zu § 2108.

§ 2078.

Stuttgart 28. 3. 16, R. 16, Nr. 1156. Bei erfolgreicher Anfechtung einer letztwilligen Verfügung hat das Gericht nur festzustellen, inwieweit die letztwillige Verfügung nichtig ist und wie sich hiernach die Erbfolge gestaltet, nicht aber, welche Verfügung der Erblasser getroffen hätte, wenn er sich nicht im Irrtume befunden hätte.

§ 2084.

I. Auslegungsgrundsätze.

A. Im allgemeinen.

1. Colmar 29. 1. 15, ElsLothJZ. 16, 52. Die Auslegung einer letztwilligen Verfügung kann nie dazu führen, den erklärten Willen durch einen anderen in Wirklichkeit vielleicht vorhanden gewesenen, aber nicht erklärten zu ersetzen.

2. **RG.** 1. 2. 15, HansGZ. 16, Beibl. 72. Eine Ergänzung einer Verfügung von Todeswegen, durch die der Inhalt einer Willenserklärung aus dem Gesamtinhalte der Erklärung vervollständigt wird, falls in Ansehung eines Punktes eine ausdrückliche Willenskundgebung fehlt oder der Willensausdruck verfehlt ist, geht über die Grenzen der Auslegungsfreiheit nicht hinaus.

3. **RG.** 23. 3. 16, R. 16, Nr. 1453, WarnE. 16, 168. Läßt der Gesamtinhalt eines Testaments erkennen, daß nach dem wahren Willen des Erblassers eine anscheinend nur für einen bestimmten Fall getroffene Bestimmung eine weitergehende Bedeutung haben soll, so ist diese weitergehende Bedeutung zugrunde zu legen.

4. **RG.** 5. 6. 16, LeipzZ. 16, 1295. Auch Bestimmungen eines aufgehobenen Testaments können unter Umständen zur Auslegung eines neuen verwertet werden.

Da aber der Widerruf an sich nach §§ 2253, 2254 das alte Testament seinem ganzen Umfange nach hinfällig macht, ist eine solche Verwertung nur angängig, wenn sie nachweislich dem Willen des Erblassers entspricht.

5. Bang, JheringsJ. 66, 309, 385. Die falsa demonstratio bei letztwilligen Verfügungen. Letztwillige Verfügungen können in zweifacher Beziehung unter einer falsa demonstratio leiden: Entweder kann bei der Errichtung die Gültigkeit eines der vom Gesetz aufgestellten Formerfordernisse durch eine falsche Bezeichnung usw. in Frage gestellt sein, oder dem Erblasser sind bei seiner Verfügung selbst falsche Bezeichnungen usw. untergelaufen. Im letzteren Falle gelten dieselben Auslegungsregeln wie bei Rechtsgeschäften unter Lebenden mit Ausnahme des § 157 BGB., da es sich hier nicht um Verkehrsgeschäfte handelt, dafür bestimmt aber § 2084, daß immer diejenige Auslegung vorzuziehen, bei der die Verfügung Erfolg haben kann. An die Form der letztwilligen Verfügung ist die Anforderung zu stellen, daß sie die richtige Angabe des Ortes und Tages der Errichtung enthalten muß, doch genügen bei einer irrtümlichen Orts- und Zeitangabe zur Ermittlung des richtigen Datums nicht die gewöhnlichen Auslegungsgrundsätze, sondern es können auch solche Umstände herangezogen werden, auf Grund deren der Mangel der Form aus der Urkunde selbst seine Berichtigung finden kann.

B. Voraussetzung, wann von rechtlicher Bedeutung.

Frankfurt 3. 5. 15, OLG. 32, 53. Hat der Erblasser die Voraussetzung, unter der er eine Zuwendung machen will, in dem Testament als Grundlage seines Willens besonders zum Ausdruck gebracht, so hat die Voraussetzung rechtliche Bedeutung (**RG.** 62, 267). Als solche Voraussetzung kann bei der Errichtung eines Schulfonds die Erwägung in Betracht kommen, „daß die meisten Schullehrer in der Grafschaft G. so schlecht besoldet werden, daß sie davon nicht leben können, sondern Nebenverdienst suchen müssen". Diese Voraussetzung ist aber durch das Inkrafttreten des preuß. Volksschulunterhaltungsgesetzes nicht weggefallen, weil das Gesetz (§ 32 Abs. 2) die auf besonderen Rechtstiteln beruhenden Verpflichtungen Dritter für die Zwecke der Schule ausdrücklich aufrecht erhalten hat.

C. Beim Vorliegen mehrerer letztwilliger Verfügungen.

RG. 20. 12. 15, JW. 16, 405, R. 16, Nr. 1555, BayRpflZ. 16, 133 (hier 26. 12. 15). Letztwillige Anordnungen äußern erst mit dem Tode des Erblassers rechtliche Wirkungen. Liegen mehrere Testamente vor, ohne daß das spätere die Anordnungen des früheren aufhebt, so läßt sich die Frage, ob und welche Rechte bestimmten Personen auf Grund letztwilliger Anordnung am Nachlasse zustehen, nur auf Grund des Inhalts sämtlicher Testamente beurteilen. Die Erbeneigenschaft der in einem älteren Testament eingesetzten Personen kann daher erst als nachgewiesen angesehen gelten, wenn feststeht, daß diese Anordnung in den später errichteten Testamenten widerrufen ist. Solange hierüber noch Zweifel bestehen, bildet die in dem älteren Testament enthaltene Erbeinsetzung keine ausreichende Grundlage für die Anerkennung des Erbrechts der darin genannten Personen. Von einer Beweislast der Beteiligten kann nur insofern die Rede sein, als Tatsachen, die außerhalb der Testamente liegen und von einem Beteiligten zur Unterstützung seiner Auffassung von dem Willen des Erblassers vorgebracht werden, im Bestreitungsfalle zu beweisen sind, sofern das Gericht sie für erheblich erachtet. Es ist Sache des Richters, aus der Gesamtheit der letztwilligen Anordnungen den wirklichen Willen des Erblassers festzustellen.

II. Einzelne Fälle.

1. **RG.** 4. 11. 15, LeipzZ. 16, 753, R. 16, Nr. 79, 81. In dem Gebrauche der Vergangenheitsform bei der eine unentgeltliche Zuwendung betreffenden Erklärung braucht kein Hinderungsgrund gegen die Auslegung der Erklärung als einer ein Vermächtnis darstellenden letztwilligen Anordnung gefunden zu werden, wenn ein dahingehender Wille des Erblassers anzunehmen ist.

2. **RG.** 20. 12. 15, R. 16, 1549. Hat der Erblasser den Ausschluß von der Erbfolge für den Fall angedroht, daß der Bedachte die letztwillige Verfügung nicht anerkennen oder auch nur die Ungültigkeit behaupten werde, so bedarf eine einschränkende Auslegung dieser sog. Verwirkungsklausel näherer Begründung. Ob die gegen den Bestand der letztwilligen Verfügung erhobenen Angriffe im Wege der Klage oder Einrede zur Entkräftung eines auf das Testament gestützten Anspruchs erhoben werden, kann in der Regel keinen Unterschied machen.

3. Darmstadt 19. 5. 16, HessRspr. 17, 67, OLG. 34, 291, hält, in Abweichung von seiner früheren Rechtsprechung (HessRspr. 2, 123; 4, 130; 15, 324), aber in Übereinstimmung mit KGJ. 30, 92; 38, 124, RJA. 4, 59, OLG. 21, 337; 18, 337, die Umdeutung des sog. Dispositionsnießbrauchs in eine Vorerbschaft als regelmäßig den Absichten des Erblassers entsprechend, wenn nicht aus den vom KG. angeführten Gesichtspunkten ausnahmsweise die Umdeutung nach § 2209 Platz zu greifen hat oder eine Auslegung im Sinne des § 2269 veranlaßt erscheint. Dies auch dann, wenn das Testament unter der Herrschaft eines ehegüterrechtlichen Nießbrauchs des überlebenden Ehegatten errichtet war.

§ 2085.

1. Colmar 21. 6. 16, ElsLothNotZ. 16, 285 (294). Die Bestimmung in einem Testamente, daß dasjenige Kind, das die Anordnungen des Erblassers nicht anerkenne, auf den Pflichtteil gesetzt werde, gilt als nicht getroffen, wenn diese Anordnungen nichtig sind. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 2255.

2. Stuttgart 18. 4. 16, R. 16, Nr. 894, WürttZ. 28, 51. Ein Erbvertrag zwischen dem Vater und seiner Tochter erster Ehe verstößt nicht schon deshalb gegen die guten Sitten, weil in ihm der zweiten Frau des Erblassers und den Kindern zweiter Ehe nur der Pflichtteil zugewendet ist.

Zweiter Titel. Erbeinsetzung.

§ 2087.

I. Einsetzung zum Allein- oder Miterben?

BayObLG. 10. 10. 14, E. 15, 576. legt einen Erbvertrag im Sinne der Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Alleinerben aus, wenn für den Fall des Vorhandenseins ehelicher Kinder ohne Erwähnung des Alleinerbrechts des überlebenden Ehegatten bestimmt ist, daß er jedenfalls Alleineigentümer des gesamten Anwesens und Inventars und aller Aktivaußenstände werden und der Vater das gesamte Einbringen der Mutter und die Mutter den gesamten Rücklaß des Vaters gleichheitlich mit den Kindern zu teilen habe. Vgl. auch Ziff. II C zu Art. 213 EG. BGB.

II. Erbeinsetzung oder Pflichtteilszuweisung?

BayObLG. 8. 9. 15, LeipzZ. 16, 71. Sind in einem Erbvertrage neben dem überlebenden Ehegatten die Kinder je für den ihnen gesetzlich gebührenden Pflichtteil eingesetzt, so kann hierin eine Erbeinsetzung der Kinder gefunden werden, besonders wenn der Erbvertrag von einem Notar abgefaßt ist und nach dem bei Errichtung des Erbvertrags geltenden Recht (BayLandR. III 11 § 1 Nr. 7, 13) die Erbeinsetzung des Noterben nicht erfordert wurde. Auch nach neuem Recht ist die Erbeinsetzung des Pflichtteilsberechtigten von Bedeutung, weil an sich der Pflichtteilsberechtigte nur einen Wertanspruch hat und damit der Sicherheit entbehrt, die ihm die Erbeneigenschaft gewähren würde.

III. Einsetzung zu Miterben oder Vor- und Nacherben?

Rostock 11. 2. 15, MecklZ. 34, 293, OLG. 34, 283 legt ein gemeinschaftliches Testament, worin die Ehegatten sich und ihre Kinder zu Erben mit den gesetzlichen Erbteilen einsetzen und bestimmen, daß der überlebende Ehegatte bis zu seinem Tode das freie Verfügungsrecht über die gesamte Hinterlassenschaft des anderen Ehegatten haben

solle, im Sinne der Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum befreiten Vorerben und der Kinder zu Nacherben aus.

IV. Einsetzung zum unbeschränkten Vollerben oder (befreiten) Vorerben?

1. a) KG. 3. 7. 13, OLG. 32, 70 legt ein gemeinschaftliches Testament, worin sich die Eheleute unumschränkten Nießbrauch und die freie Verwaltung des Nachlasses zugewendet haben, im Zusammenhange mit dem übrigen Inhalte des Testaments und den begleitenden Umständen im Sinne einer Erbeinsetzung nach § 2269 aus (vgl. OLG. 18, 337).

b) Einen ähnlichen Fall s. Colmar 10. 3. 13 unten Ziff. 2a zu § 2269.

2. Rostock 11. 8. 15, MecklZ. 34, 203 legt die Bestimmung eines Testaments, das den Anfall der Erbschaft an die Kinder sowohl für den Fall des Todes der Ehefrau als auch für den Fall ihrer Wiederverheiratung anordnet, unter Heranziehung weiterer Bestimmungen des Testaments dahin aus, daß die Witwe als Vorerbin, die Kinder als Nacherben eingesetzt seien.

3. Hecht, FrankfRundsch. 50, 73 teilt den Beschluß eines nicht näher genannten LG. mit, worin in der zugunsten des überlebenden Ehegatten ausgesprochenen Einräumung des „freiesten und unbeschränktesten Nutzungs- und Verwaltungsrechts und der Befugnis, über Nachlaßgegenstände einschl. der Grundstücke frei zu verfügen", die Ernennung zum befreiten Vorerben gefunden worden ist (Frankfurter Recht).

V. Erbeinsetzung oder Summenvermächtnis?

LG. Darmstadt 28. 9. 16, HessRspr. 17, 201. Die letztwillige Zuwendung eines Teiles des Nachlasses, soweit dieser aus dem Nachlaß einer anderen Person herrührt, ist Erbeinsetzung und nicht Summenvermächtnis.

§ 2091.

BayObLG. 22. 10. 15, E. 16, 133, OLG. 32, 52, R. 16, Nr. 254. Die Auslegung eines Testaments dahin, daß der Erblasser die Erben nach Stämmen habe einsetzen wollen, indem er die je zu einem Stamme gehörigen unter besonderen Nummern zusammengefaßt hat, entspricht der Auffassung des Lebens. OLG. 5, 343; 16, 258 sprechen nicht dagegen.

§§ 2096 ff.

Kiel 4. 5. 16, SchlHolstAnz. 16, 146. Die Frage, ob der Ersatzerbe im Zweifel auch als Ersatzvermächtnisnehmer des einem Erben zugewiesenen Vorausvermächtnisses anzusehen sei, ist Sache der Auslegung nach dem mutmaßlichen Willen des Erblassers.

Dritter Titel. Einsetzung eines Nacherben.

Vorbemerkung: Die rechtliche Stellung des Ersatznacherben ist im Berichtsjahr Gegenstand eingehender Erörterungen von Wein und Herold (Ziff. II 2, 3 zu § 2108) geworden, die sich namentlich gegen das in jüngster Zeit hervorgetretene Bestreben der Rechtsprechung wenden, die Rechtsstellung des Ersatznacherben mit der eines bedingt eingesetzten Nacherben auf eine Stufe zu stellen (vgl. Ziff. II 1 a. a. O.). Das RG. hat bisher noch nicht Gelegenheit gehabt, zu der Frage Stellung zu nehmen. — Mantey hat es (vgl. Ziff. 1 zu § 2142) unternommen, entgegen RG. 80, 377 der Ansicht Geltung zu verschaffen, daß der Nacherbe die Erbschaft, bevor sie ihm nicht angefallen sei, wirksam nicht annehmen könne, und vertritt ferner die Ansicht, daß der als Nacherbe Eingesetzte, der schon vor der Annahme der Nacherbschaft über diese verfügt habe, im Falle der Ausschlagung der Nacherbschaft dem Dritten gegenüber nach § 162 BGB. haftbar sei, wogegen sich Predari (Ziff. 2 zu § 2142) mit der wohl zutreffenden Begründung wendet, daß in der Ausschlagung der Erbschaft kein Verhalten des Nacherben, das gegen Treu und Glauben i. S. des § 162 verstieße, gefunden werden könne.

§ 2100.

1. RG. 13. 12. 15, R. 16, Nr. 253. Es ist zulässig, einen Nacherben nur für den Fall einzusetzen, daß der Erbe über den ihm zugewandten Erbteil nicht selbst anderweit verfüge. Der Erbe bleibt durch die angeordnete Nacherbschaft so lange in seinem Erbteile beschränkt, als nicht mit seinem Ableben gewiß geworden ist, daß er eine anderweite, die Nacherbfolge beseitigende Verfügung von Todeswegen getroffen hat (JW. 10, 820, R. 10, Nr. 3019).

2. BayObLG. 11. 2. 16, BayRpflZ. 16, 135, R. 16, Nr. 956. In der Anordnung, daß der Erbe den ererbten Nachlaß abzüglich des ihm zugewandten Pflichtteils einem Dritten zu hinterlassen habe, kann (sowohl nach PrALR., als auch nach BGB.) die Anordnung einer Nacherbfolge liegen.

§ 2103.

Jena 22. 1. 14, ThürBl. 62, 277. Die Vermutung des § 2103 kann durch den Beweis eines entgegengesetzten Willens des Erblassers entkräftet werden.

§ 2106.

Hamburg 13. 10. 15, OLG. 32, 55, R. 16, Nr. 80. Die Rechte, die den noch nicht erzeugten Nacherben (§ 2106 Abs. 2) nach §§ 2112ff. zustehen, können im Falle ihrer Beeinträchtigung nur im Rechtswege gegen den Vorerben gewahrt werden. Das VormG. ist nicht in der Lage, durch Verwaltungsanordnungen dem Nacherben Sicherung aus dem Vermögen des Vorerben zu verschaffen.

§ 2108.

I. Rechtsstellung des Vorerben nach Abs. 2.

KG. 29. 5. 13, OLG. 32, 71. Ein entgegenstehender Wille des Erblassers (§ 2108 Abs. 2) vermag zwar die Vererbung der Anwartschaft des Nacherben auszuschließen, kann aber nicht verhindern, daß vermöge des Wegfalls der Nacherbfolge die Erbschaft endgültig dem Vorerben oder dessen Erben verbleibt. Um dies zu erreichen, bedürfte es der Einsetzung eines Ersatznacherben (§§ 2100, 2096).

II. Rechtsstellung des Ersatznacherben.

1. KG. 28. 1. 16, OLG. 32, 87. Der Ersatznacherbe hat schon mit dem Erbfall eine bestimmte Erbanwartschaft, die im Zweifel vererblich ist, erworben (KGJ. 42, 104, JDR. 11, Ziff. 2 zu § 2108). Deshalb ist er auch für befugt zu erachten, die sämtlichen im Gesetz dem Nacherben eingeräumten Rechte, und so besonders auch das Recht aus § 2121 geltend zu machen. Wird er bevormundet und unterliegt das dem Mündel zugewendete Vermögen der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers, so kann sich nur der TV. an den Vorerben wegen Erteilung des Verzeichnisses wenden, während der Vormund sich nur an den TV. wegen Mitteilung eines dem § 2215 entsprechenden Verzeichnisses halten kann.

2. Wein, DNotV. 16, 21. Die rechtliche Stellung des Ersatznacherben. Die Einsetzung des Ersatznacherben ist keine bedingte Nacherbeneinsetzung, vielmehr ist der Wegfall des Erstberechtigten als reine Rechtsbedingung der Ersatzberufung anzusehen. Deshalb mangelt dem Ersatznacherben, solange der Hauptnacherbe noch nicht weggefallen ist, die Aktivlegitimation zur Geltendmachung nacherbenrechtlicher Ansprüche, da seine Anwartschaft, wenn sie auch vererblich ist (RJA. 12, 22, JDR. 11, Ziff. 2 zu § 2108), doch noch ruht. Dies gilt insbesondere von den Ansprüchen aus §§ 2116, 2118, 2121, 2122 Satz 2, 2113, 2117, 2128 BGB. Soweit es sich jedoch um Verfügungen des Vorerben über die in § 2113 und §§ 2117, 2118 BGB. bezeichneten Gegenstände handelt, bedarf es, um diese Verfügungen vollwirksam werden zu lassen, der Zustimmung auch des Ersatznacherben, da es sich insoweit um endgültige, auch für die Zeit der Nacherbfolge geltende Eingriffe in Gegenstände der Erbschaftsmasse handelt. Dies gilt auch für den Fall, daß der Erblasser einen seiner Abkömm-

linge zum Nacherben eingesetzt und, ohne ausdrücklich eine Ersatznacherbfolge angeordnet zu haben, Abkömmlinge hinterlassen hat, die gesetzlich (BGB. § 2069) als Ersatznacherben zu gelten haben.

3. Herold, ZBlFG. 16, 557 nimmt weitergehend an, daß auf den Ersatznacherben lediglich die Anwartschaft in ihrer beim Tode des ersten Nacherben vorliegenden Gestaltung übergeht, ohne daß dadurch irgendwie die von dem ersten Nacherben in Ausübung seines Rechtes vorgenommenen Handlungen, insbesondere auch seine Zustimmung zu Verfügungen des Vorerben, nachträglich beeinflußt werden.

III. BayObLG. 8. 1. 15, JDR. 14, Ziff. 1 zu § 2108, auch BayObLG. 16, 2.

§§ 2112ff.

RG. 21. 1. 16, R. 16, Nr. 831. Der Vorerbe kann nach der Annahme der Erbschaft sich Dritten, insbesondere Nachlaßgläubigern gegenüber seiner Rechtsstellung als Vorerbe rechtsgeschäftlich nicht entledigen, dagegen ist er befugt, dem Nacherben gegenüber auf die Ausübung seines Vorerbrechts zu verzichten und ihm den Nachlaß herauszugeben.

§ 2113.

1. BayObLG. 18. 7. 16, BayRpflZ. 16, 327, R. 16, Nr. 1550, 1551. Von dem Nachweise der Zustimmung des Nacherben kann das Grundbuchamt nur absehen, wenn die Entgeltlichkeit der Verfügung des Vorerben offenkundig oder die Unentgeltlichkeit durch die Sachlage ausgeschlossen (BayObLG. 13, 176, **RG.** 69, 277), oder wenn das Recht des Nacherben im Grundbuch eingetragen ist.

2. Vgl. auch Dresden 1. 4. 16 unten Ziff. 1 zu § 2204.

§ 2136.

Hamburg 19. 6. 16, HansGZ. 16, Beibl. 267, OLG. 34, 287. Als eine Befreiung i. S. des § 2136 ist es anzusehen, wenn das Testament den Vorerben ermächtigt, gewisse Hypotheken ohne Zustimmung oder Mitwirkung der Nacherben löschen zu lassen. In der Einräumung dieser Befugnis liegt zugleich die des geringeren Rechts, einen Teil des für die Hypothek verpfändeten Grundstücks aus der Pfandhaft zu entlassen.

§ 2142.

1. Mantey, GruchotsBeitr. 60, 937, gegen **RG.** 80, 377, JDR. 12 zu § 2142. Der Nacherbe kann die Erbschaft nicht wirksam annehmen, bevor sie ihm nicht angefallen ist. Hat aber der als Nacherbe Eingesetzte über die Nacherbschaft schon vor deren Anfall z. B. durch Verpfändung verfügt, so liegt darin eine Verfügung unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Verfügende auch Nacherbe bleibe, sobald er es geworden sein würde. Schlägt nun der Verfügende nach Anfall der Nacherbschaft die Erbschaft aus, so wirkt die Ausschlagung unverzüglich, wie wenn die Bedingung der Nichtausschlagung, da der Verfügende mittels der Ausschlagung den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhinderte (§ 162 Abs. 1, § 158 Abs. 1 BGB.), eingetreten wäre. Dann liegen aber die Voraussetzungen des § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB. vor. Die Ausschlagung des Verfügenden bewirkt also zwar, daß dieser nicht Erbe wird, aber sie kann die frühere Verpfändung nicht ungeschehen machen. Das in gutem Glauben erworbene Pfandrecht an dem Erbteile bleibt daher gemäß § 161 Abs. 3 bestehen, belastet also nunmehr als Pfandschuld diejenigen, die an Stelle des Ausschlagenden Erben geworden sind.

2. Dagegen Predari a. a. O. 959. Dadurch, daß die Verfügung unter der Bedingung der Nichtausschlagung der Nacherbschaft getroffen wird, wird die Verfügung selbst nicht zu einer bedingten; für die Anwendung des § 162 ist daher kein Raum (**RG.**, GruchotsBeitr. 56, 119). Die Ausschlagung ist keine weitere Verfügung i. S. des § 161, sondern sie ist die Vereitelung der Bedingung, unter der der Nacherbe

verfügt hatte, und diese Vereitelung stand ihm vertragsgemäß zu. Von einem Verhalten des Nacherben, das gegen Treu und Glauben i. S. des § 162 verstieße, kann daher keine Rede sein. Soweit der Nacherbe sich schuldrechtlich gebunden hat, die Nacherbschaft zu behalten, d. i. nicht auszuschlagen, ist eine Verletzung dieser Verpflichtung höchstens geeignet, Schadensersatzansprüche auszulösen.

Vierter Titel. Vermächtnis.

§§ 2147ff.

RG. 25. 2. 16, R. 16, Nr. 1697. Die auf den Todesfall zugunsten Dritter geschlossenen Verträge kommen in ihrem Endziel den Vermächtnissen nahe, haben aber die Eigentümlichkeit, daß der Dritte unmittelbar aus dem Vertrage erwirbt, und daß sich das Zugewendete mit dem Tode des Verfügenden von seinem Nachlasse trennt und nicht zu diesem gehört.

§ 2147.

BayObLG. 13. 10. 15, E. 16, 100, OLG. 32, 59. Allerdings ist unter Vermächtnis die Zuwendung eines Vermögensvorteils zu verstehen, dazu gehört aber auch ein mittelbarer Vorteil. Das Vermächtnis braucht den Bedachten nicht notwendig zu bereichern; die Zuwendung braucht auch nicht unentgeltlich zu sein. Der Erblasser ist (vgl. § 2187) berechtigt, den Vermächtnisnehmer mit einer Auflage oder einem Vermächtnisse bis zur Höhe des Betrags, den er selbst aus dem Vermächtnis erhält, zu belasten (JW. 10, 66).

§§ 2157, 2158.

Stuttgart 9. 6. 16, R. 16, Nr. 1552. Ist mehreren eine Menge vertretbarer Sachen vermacht, so ist es Sache der Auslegung im einzelnen Falle, ob mehrere Einzelvermächtnisse vorliegen oder ein gemeinschaftliches Summenvermächtnis gewollt ist.

§ 2173.

Hamburg 3. 12. 15, OLG. 32, 59 legt eine Anordnung des Erblassers: „Meine Schwester erhält jährlich aus den mir laut Vertrag mit X. zufließenden Gewinnen einen Anteil von 500 M. bis zu ihrem Tode“ dahin aus, daß die Schwester eine Rente von jährlich 500 M. beziehen sollte, selbst wenn in einem Jahre kein Gewinn aus dem Vertrage erzielt werden sollte, sofern nur die insgesamt seit dem Tode des Erblassers erzielten Gewinne zur Deckung der Zahlung von 500 M. jährlich ausreichten.

§ 2174.

1. Dresden 26. 2. 14, SeuffA. 71, 33. Ist die Wirksamkeit der Aussetzung eines Vermächtnisses davon abhängig gemacht, daß der Bedachte keinerlei Ansprüche an den Nachlaß erhebt, so sind im Zweifel darunter nur erbrechtliche Ansprüche zu verstehen, und die Verwirkung tritt nur ein, wenn der Bedachte bewußt gegen den letzten Willen des Erblassers gehandelt hat.

2. **RG.** 5. 10. 16, R. 16, Nr. 2074. Der Beschwerte hat regelmäßig nur während seines Verzugs (§ 288) die Vermächtnissumme mit vier v. H. zu verzinsen.

§ 2189.

Colmar 7. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 307. Hat der Erblasser einzelnen Vermächtnisnehmern bestimmte Summen, den Rest seines Vermögens aber einem Dritten vermacht, so hat, wie anzunehmen, der Erblasser mit dieser Verfügung den Nachlaß nur erschöpfen, nicht aber dem mit dem Rest Bedachten ein Vermächtnis aussetzen wollen im Werte des gesamten Aktivnachlasses abzüglich zwar des Wertes der anderen von ihm angeordneten Vermächtnisse, aber nicht auch des Betrags der sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 2191.

RG. 23. 12. 15, LeipzZ. 16, 1441, R. 16, Nr. 488, 489, WarnE. 16, 88. Mit dem Nachvermächtnis beschwert ist der erste Vermächtnisnehmer; gegen ihn und nicht gegen den Erben ist daher die Klage auf Feststellung des Nachvermächtnisses zu richten. Schlägt der Berufene das Nachvermächtnis aus, so verbleibt es dem Vermächtnisnehmer, es sei denn, daß ein Anwachsungsberechtigter (§ 2158) oder Ersatzbedachter (§ 2190) vorhanden ist.

Sechster Titel. Testamentsvollstrecker.

Vorbemerkung: Über die Bedeutung und (nur verpflichtende, nicht dingliche) Wirkung des von dem Testamentsvollstrecker aufgestellten Teilungsplans verhält sich ein Urt. des RG. v. 6. 10. 16 (Ziff. 2 zu § 2204). Die von einem Erben in Widerspruch mit der Vorschrift des § 2211 über einen Nachlaßgegenstand vorgenommene Verfügung ist nach RG. 87, 432 (Ziff. 2 zu § 2211), nicht, wie in den Fällen der §§ 134, 138 BGB., schlechthin nichtig, sondern nur zurzeit unwirksam und kann dadurch, daß der Testamentsvollstrecker seine Zustimmung erteilt oder sein Recht wegfällt, noch wirksam werden. Zur Ermittlung des Wertes der Nachlaßgegenstände hält das RG. (zu §§ 2215, 2314) den Testamentsvollstrecker nicht für verpflichtet, vielmehr wird nur aus § 2218 in Verbindung mit § 666 seine Verpflichtung hergeleitet, dem Erben bei Aufnahme des Inventars Beihilfe zu leisten und ihm die erforderlichen Nachrichten mitzuteilen. — Der Grundsatz (KGJ. 33 A, 159), daß der Alleinerbe nicht Testamentsvollstrecker sein könne, rechtfertigt nach KGJ. 48, 141 (Ziff. 4 zu § 2218) nicht die Schlußfolgerung, daß der Testamentsvollstrecker nicht zum Vormunde des Alleinerben bestellt werden dürfe.

§ 2197.

RG. 18. 10. 15, LeipzZ. 16, 476. Unwirksam ist die Ernennung eines Testamentsvollstreckers zu dem Zweck, daß dieser das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft in Besitz und Verwaltung nehme.

§ 2200.

BayObLG. 1. 10. 15, JDR. 14 zu § 2200, auch BayObLG. 16, 128, RJA. 15, 22.

§ 2204.

1. a) Dresden 1. 4. 16, LeipzZ. 16, 962. Der Testamentsvollstrecker unterliegt bei Bewirkung der Erbauseinandersetzung auch gegenüber den Nacherben nur der Beschränkung des § 2205 Satz 2 hinsichtlich unentgeltlicher Verfügungen. Er bedarf daher auch dann, wenn Grundstücke zum Nachlasse gehören, keiner Mitwirkung der Nacherben. Durch eine gültige Auseinandersetzung werden Gegenstände, die einem nicht mit Nacherbschaft beschwerten Miterben zugeteilt werden, anwartschaftfrei.

b) Vgl. dazu die Bemerkungen von Kretzschmar, LeipzZ. 16, 963.

2. **RG.** 6. 10. 16, JW. 16, 1586, R. 16, Nr. 2114, WarnE. 16, 471. Die vorgeschriebene Anhörung der Erben (Abs. 2) hat nur den Zweck, den Testamentsvollstrecker zu einer wiederholten Prüfung und geeignetenfalls zu einer Änderung des von ihm gefertigten Auseinandersetzungsplans unter Berücksichtigung der von den Erben erhobenen Ausstellungen zu veranlassen. Der Auseinandersetzungsplan selbst bindet sowohl den Testamentsvollstrecker als auch die Erben erst dann, wenn der TV. endgültig erklärt hat, daß die Auseinandersetzung schlechthin nach Maßgabe des Planes erfolgen solle. Die Planfeststellung hat nur verpflichtende, nicht dingliche Wirkung; sie verpflichtet die Erben, einander die ihnen zugeteilten Nachlaßgegenstände zu übertragen. Der TV. ist kraft seines Amtes berechtigt, diese Verpflichtung trotz eines etwaigen Widerspruchs der Verpflichteten zu erfüllen (§ 2205), er vermag aber die Übertragung auf den berechtigten Erben ohne dessen Mitwirkung nicht zu bewerkstelligen.

§ 2205.

1. Männer, LeipzZ. 16, 783, BayNotZ. 16, 255. Der Testamentsvollstrecker ist gesetzlicher Vertreter des Erben, wenn er auch den Erben nur in Ansehung

des Nachlasses zu vertreten hat. Daß er kraft eigenen Rechtes handelt, hindert nicht, daß er Vertreter des Erben ist. Er ist nicht einem völlig Geschäftsunfähigen zum Vertreter bestellt, sondern es ist eine Geschäftsunfähigkeit bestimmt, die sich nur auf bestimmtes Vermögen (die Erbschaft) und auch nur auf die dingliche Verfügungsmacht bezieht.

2. a) KG. 12. 5. 16, LeipzZ. 16, 865. Zur Leistung des Offenbarungseides wegen der dem Testamentsvollstrecker auferlegten Kosten eines von ihm geführten Rechtsstreits gemäß § 807 ZPO. ist nicht der Erbe, sondern der Testamentsvollstrecker verpflichtet, da § 807 ZPO. das Vermögen im Auge hat, worüber jemand kraft eigenen Rechtes im eigenen Namen, wenn schon im fremden Interesse und mit Wirkung für den wahren Inhaber verfügen könne, diese Verfügungsbefugnis aber dem Testamentsvollstrecker hinsichtlich des Nachlasses zustehe (**RG.** 80, 418).

b) Dagegen Ebert a. a. O. 866. Nach der Ansicht des KG. müßte der Testamentsvollstrecker als gesetzlicher Vertreter des Nachlasses angesehen werden, was unbedingt abzulehnen, auch würde ihm die Inventarpflicht obliegen, obwohl nur der Erbe zu inventarisieren verpflichtet ist (Jäger, Erbenhaftung 15, 19³). Die Kosten gehören zu den Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967), für die der Erbe mit seinem und mit dem ererbten Vermögen haftet.

§ 2211.

1. **RG.** 7. 12. 14, HansGZ. 16, Beibl. 111. Die Verfügungen des Erben über Nachlaßgegenstände im Falle des § 2211 sind nicht schlechthin, sondern nur derart unwirksam, daß sie in entsprechender Anwendung des § 185 Abs. 2 nicht nur durch Genehmigung des Testamentsvollstreckers, sondern auch schon, sofern er nicht eine entgegenstehende Verfügung getroffen hat, durch das bloße Erlöschen seines Verwaltungsrechts wirksam werden, ohne daß es einer besonderen Erklärung des Erben oder gar der Bestätigung i. S. des § 141 bedarf. Vgl. oben Ziff. I 3 zu § 2033.

2. **RG.** 4. 1. 16; 87, 432, JW. 16, 485, LeipzZ. 16, 938, R. 16, Nr. 490 hält die Ansicht (z. B. von Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des BGB. S. 82ff.), daß § 2211 ein gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB. enthalte und die danach unzulässigen Verfügungen des Erben nicht schlechthin, sondern nur dem Testamentsvollstrecker gegenüber unwirksam seien, für bedenklich. Die Motive (5, 236) kennzeichnen die Stellung des Erben dahin, daß ihm, soweit der Machtkreis des TV. reicht, nach der dinglichen Seite die Verfügungsfähigkeit und damit, in dieser Beschränkung, die Geschäftsfähigkeit fehle. Nur soviel wird zugegeben, daß die Verfügung des Erben nicht nichtig ist, wie in den Fällen der §§ 134, 138 BGB., daß sie vielmehr nur zurzeit unwirksam ist und dadurch, daß der TV. seine Zustimmung erteilt oder sein Recht wegfällt, noch wirksam werden kann.

§ 2213.

RG. 15. 2. 15, HansGZ. 16, Beibl. 73. Der Erbschaftsanspruch (§ 2018) kann gegenüber dem Testamentsvollstrecker nicht geltend gemacht werden (**RG.** 81, 151, JDR. 12 zu § 2213).

§ 2214.

RG. 8. 10. 15, LeipzZ. 16, 1473, R. 16, Nr. 256. Steht ein Nachlaß unter der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers, so können persönliche Gläubiger des Erben weder Befriedigung aus einzelnen Nachlaßgegenständen fordern, noch mit Zwangsvollstreckung in sie vorgehen, auch wenn die Vollstreckungsbeschlüsse von dem Testamentsvollstrecker erst bei Beendigung seiner Verwaltung zu befolgende Anordnungen treffen.

§§ 2215, 2314.

RG. 17. 2. 16, JW. 16, 673, LeipzZ. 16, 1237, R. 16, Nr. 832—834. Der Testamentsvollstrecker ist nicht, wie der Erbe im Falle des § 2314, verpflichtet, den Wert

der Nachlaßgegenstände zu ermitteln, auch von der Zuziehung etwaiger Pflichtteilsberechtigter ist im § 2215 keine Rede. Dagegen ist in § 2215 dem TV. die Verpflichtung auferlegt, dem Erben die zur Aufnahme des Inventars sonst erforderliche Beihilfe zu leisten, und in § 2218 (in Verb. mit § 666), dem Erben die erforderlichen Nachrichten mitzuteilen. Erforderlich sind die durch die Sachlage gebotenen Nachrichten, also auch die, die der Erbe nötig hat, um seine Verpflichtung gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten zu erfüllen, also auch dem Erben die erforderlichen Wertangaben zu machen und den Pflichtteilsberechtigten bei der Aufnahme des Inventars zuzuziehen. Ein Verzicht auf Vorlegung eines amtlichen Verzeichnisses kann noch nicht ohne weiteres daraus gefolgert werden, daß die Erben sich in den verflossenen Jahren bei dem ihnen mitgeteilten Privatverzeichnisse beruhigt haben.

§ 2218.

1. BayObLG. 10. 4. 15, JDR. 14, Ziff. 1 zu § 2218, auch BayObLG. 16, 68.

2. Frankfurt 10. 12. 14, JDR. 14, Ziff. 2 zu § 2218, auch FrankfRundsch. 49, 160.

3. **RG.** 8. 10. 15, LeipzZ. 16, 1473. Das den Erben gegen den Testamentsvollstrecker zustehende Recht, nach § 2218 Abs. 2 jährlich Rechnungslegung zu verlangen, ist ein vermögensrechtlicher Anspruch, der bei Pfändung des Erbanteils auf den Pfändungsgläubiger mit übergeht. Einer Erschwerung der Verpflichtung des Testamentsvollstreckers ist durch entsprechende Anwendung des § 433 zu begegnen.

4. Testamentsvollstrecker und Vormund in einer Person. KG. 2. 12. 15, DJZ. 16, 345, NaumburgAK. 16, 23, KGJ. 48, 141. Wenn in KGJ. 33 A, 159; 38 A, 129, JDR. 6 lit. a; 8 zu § 2197, ausgesprochen ist, daß der Alleinerbe nicht Testamentsvollstrecker sein könne, weil für das Rechtsverhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstrecker eine Mehrheit von Personen vorausgesetzt werde, so steht dieser Grundsatz der Bestellung des Testamentsvollstreckers zum Vormunde des Alleinerben nicht entgegen. Da der zur Beschränkung des minderjährigen Erben ernannte TV. in ein Rechtsverhältnis (§ 2218) zu den Erben und nicht zu dessen gesetzlichem Vertreter tritt, kann man nicht sagen, daß dieselbe Person auf beiden Seiten Subjekt dieses Rechtsverhältnisses sei, wenn sich die Ämter des Vormundes und des TV. in einer Person vereinigen. Der TV. wird dadurch, daß er Vormund des Alleinerben ist, nicht gehindert, seine Aufgaben zu erfüllen. Schwierigkeiten aus dieser Doppelstellung liegen auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts und sind z. B. durch die Bestellung eines anderen Vormundes oder eines Pflegers zu lösen.

5. Vgl. oben KG., Ziff. 2 zu § 1793.

§ 2221.

PrOVG. 20. 12. 13, E. (Staatssteuer) 16, 163, JW. 16, 858. Dem Erblasser bleibt es unbenommen, dem Testamentsvollstrecker nicht eine Vergütung, sondern ein Vermächtnis unter der auflösenden Bedingung auszusetzen, daß er das Amt annehme und die Testamentsvollstreckung durchführe. Das Vermächtnis unterliegt daher nur soweit der Einkommensteuer, als die Zinsen das Einkommen erhöhen.

§ 2227.

1. BayObLG. 23. 6. 16, R. 16, Nr. 1553. Zu den Beteiligten, die die Entlassung eines Testamentsvollstreckers zu beantragen berechtigt sind, gehört ein Vater nicht, dem die Nutznießung und Verwaltung an einem den Kindern zugewendeten Erbgut entzogen ist.

2. KG. 15. 4. 15, KGJ. 47, 92, JDR. 14, Ziff. 3 zu § 2227 (Entlassung des Testamentsvollstreckers wegen Kriegsteilnahme), auch JW. 16, 920.

Siebenter Titel. Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Vorbemerkung: Marsson hat (vgl. Ziff. 1 zu § 2238) Widerspruch erhoben gegen die Auffassung RG. 85, 120, die nach abschnittsweiser Vorlesung

eines vorbereiteten Testamentsentwurfes und nach Genehmigung der einzelnen Abschnitte durch den Erblasser die nochmalige zusammenhängende Vorlesung des den Testamentsentwurf enthaltenden Protokolls verlangt, indem dagegen geltend gemacht wird, daß die Erklärung des letzten Willens sich erst mit Genehmigung des Protokolls vollende, diesem Erfordernis aber im gegebenen Falle genügt gewesen sei. — Ein von dem Bürgermeister aufzunehmendes dorfgerichtliches Testament liegt, wie das BayObLG. (Ziff. 1 zu § 2249) entschieden hat, nicht vor, wenn der Bürgermeister zwar in dem Protokoll als „gegenwärtig" mit aufgeführt, das Protokoll selbst aber von dem Pfarrer, der die Erklärungen des Erblassers entgegengenommen hat, aufgenommen ist. — Für die Beteiligten bedauerlich, aber rechtlich nicht zu beanstanden ist die aufrecht erhaltene Meinung des KG. (zu §§ 2259 ff.), daß eröffnete eigenhändige Testamente an die Erben oder Angehörigen des Erblassers nicht zurückgegeben werden dürfen, auch wenn es sich dabei um das letzte Andenken an einen Kriegsgefallenen handelt. Im übrigen wird wegen der die eigenhändigen Militärtestamente betreffenden Rechtsprechung auf den Bericht zu Art. 44 EG. BGB. verwiesen.

§ 2229.

KG. 17. 2. 16, JW. 16, 607, R. 16, 353, Nr. 596, 597. Die Fähigkeit, ein Testament in bestimmter Form zu errichten, braucht nur im Augenblicke der Vollendung der Erklärung vorhanden zu sein. Eine letztwillige Verfügung wird nicht dadurch von selbst gültig, daß der Verfügende die Testierfähigkeit, die ihm bei der Errichtung gefehlt hat, nachträglich erlangt. Eine Bestätigung der Verfügung bedarf zu ihrer Gültigkeit der vorgeschriebenen Testamentsform.

§ 2231.

Eigenhändiges Testament.

Schrifttum; Franke, ThürBl. 63, 95. Das eigenhändige Testament in den Urteilen und Schriften der Jahre 1910—1915. — GesuR. 17, 611 (ungenannter Verf.) erörtert die Nachteile des Privattestaments.

I. Orts- und Zeitangabe.

1. **RG.** (Strafs.) 2. 11. 15, LeipzZ. 16, 246, R. 16, Nr. 355. Die Orts- und Zeitangabe „Potsdam, im Juli 1915" entspricht nicht dem Formerfordernisse des § 2231 Nr. 2. In der fälschlichen Anfertigung eines solches Testaments kann daher nicht ohne weiteres eine schwere Urkundenfälschung im Sinne der §§ 267, 268 Nr. 1 StGB. gefunden werden (vgl. **RG.** (Strafs.) 43, 231).

2. LG. Gießen 11. 10. 16, HessRspr. 17, 215. Ein eigenhändiges Testament, aus dessen Inhalt nur der Wohnort des Erblassers, nicht der Errichtungsort sich ergibt, ist unwirksam.

II. Vordruck.

1. BayObLG. 18. 9. 15, OLG. 32, 65. Unwirksam ist ein eigenhändiges Testament, wenn die Niederschrift überhaupt keine Angabe des Ortes der Errichtung enthält, vielmehr nur das vorgedruckte Datum „München, den . . ." handschriftlich mit dem Datum „1. August 1914" ausgefüllt ist.

2. BayObLG. 26. 5. 16, R. 16, Nr. 1554. Ein eigenhändiges Testament ist unwirksam, wenn die Angabe des Ortes der Errichtung von dem Erblasser nicht eigenhändig geschrieben, sondern der Ortsvordruck eines Briefbogens benutzt ist.

III. Eigenhändigkeit.

1. KG. 30. 12. 14, KGJ. 48, 82. Bei fremder Hilfeleistung ist dem Erfordernisse der Eigenhändigkeit der Schrift in § 2231 Nr. 2 (und § 2242) nur genügt, wenn die Hand des Erblassers bei der mechanischen Herstellung der Schrift trotz Unterstützung oder Mitwirkung des Fremden in der vom Erblasser gewollten Bewegung frei gewesen ist.

2. BayObLG. 18. 9. 15, JDR. 14, Ziff. IIb zu § 2231, auch BayObLG. 16, 116.

IV. Unterzeichnung mit dem Vornamen.

1. a) **RG.** 5. 7. 15 (Gültigkeit eines nur mit dem Vornamen unterzeichneten Testaments) — JDR. 14 Nr. 2b zu § 2231 — auch **RG.** 87, 109, SeuffA. 71, 238, ZBlFG. 16, 665.

b) Dagegen Oppenheimer, HessRspr. 17, 156.

2. KG. 3. 6. 16, JW. 16, 973 verbleibt auch gegenüber den Beanstandungen von Endemann, DJZ. 16, 32 und Herzfelder, JW. 15, 1382 bei der Auffassung KGJ. 48, 85, JDR. 14, Nr. 2c zu § 2231, daß die Unterzeichnung eines in Briefform errichteten Testaments mit dem Vornamen auch dann genügt, wenn sich die Persönlichkeit des Ausstellers aus dem Brieftext nicht ergibt, sofern nur Bedenken gegen die Vollständigkeit der Vollziehung nicht vorliegen.

3. a) Dresden 5. 2. 16, JW. 16, 455, LeipzZ. 16, 563, SächsOLG. 37, 198 hält ein in Briefform errichtetes eigenhändiges (Militär-)Testament für gültig, wenn der Erblasser den Brief nur mit dem Vornamen unterschrieben hat, sein Familienname aber sich aus der auf dem Briefumschlag befindlichen Feldadresse ergibt.

b) Zustimmend Kretschmar, JW. 16, 445 gegen Herzfelder, JW. 15, 1382, JDR. 14, Ziff. V 2e zu § 2231.

4. a) Henschel, DJZ. 16, 985 hält die Unterzeichnung mit dem Vornamen jedenfalls dann nicht für ausreichend, wenn die letztwillige Anordnung sich auf einer Ansichtspostkarte im Anschluß an andere Mitteilungen nicht vermögensrechtlicher Art befindet, da hierin höchstens eine Mitteilung, daß der Absender in der angegebenen Weise letztwillig verfügt habe oder verfügen wolle, gefunden werden könne.

b) Dagegen Koppel, DJZ. 16, 1071.

V. Vgl. auch zu Art. 44 EG. BGB.

§ 2238.

1. Marsson, DJZ. 16, 274 — gegen **RG.** 85, 120, JDR. 13, Ziff. I zu § 2238. (Mündliche Verlautbarung des letzten Willens und Vorlesung des Protokolls als getrennte Akte.) Es besteht kein Bedenken, daß die Erklärung des letzten Willens nach § 2238 (abweichend wie bei der Zeugenaussage, § 396 Abs. 1 ZPO., § 68 Abs. 1 StPO.) durch mündliche Genehmigung einer verlesenen Schrift, insbesondere eines vorbereiteten Protokolls geschehen kann. Läßt man aber dies zu, so muß man auch zulassen, daß diese Erklärung zugleich mit der Genehmigung des Protokolls abgegeben werden kann, wenn die Vorlesung den doppelten Zweck verfolgte, als Unterlage für die Erklärung und als Vorlesung des Protokolls zu dienen. Aus der Logik und dem Gesetz folgt, daß die Erklärung des letzten Willens nicht später als die Genehmigung des Protokolls vollendet werden kann, nicht aber, daß die Erklärung vollendet sein muß, bevor die Vorlesung des Protokolls beginnt. Die Urkundsperson hatte die Frage, ob die Beurkundung richtig erfolgt sei, nach dem Zeitpunkte zu beurteilen, in dem sie das Protokoll abschloß. In diesem Zeitpunkt erwies sich aber die Beurkundung als richtig. Daß die Vorlesung zugleich als protokollarische (§ 2242) vorgenommen war, zeigt der Umstand, daß die Schrift als Protokoll von allen Mitwirkenden vollzogen ist.

2. Abs. 2. LG. Flensburg 10. 7. 16, SchlHolstAnz. 16, 145. „Geschriebenes zu lesen" i. S. des § 2238 vermag nicht nur der nicht, der Geschriebenes überhaupt nicht lesen kann, sondern auch der nicht, der nicht die deutsche Sprache beherrscht, wenn das Schriftstück in deutscher Sprache verfaßt ist.

§ 2239.

1. KG. (3. ZS.) 28. 5. 15, OLG. 32, 64. Gespräche, die zur Feststellung der Geschäftsfähigkeit des Erblassers und zur vorbereitenden Information dienen, gehören nicht zur „Verhandlung" i. S. des § 2239 (vgl. JW. 13, 496). Der Begriff des „Zugegenseins" der mitwirkenden Personen ferner erfordert, daß die Mitwirkenden den Erblasser sowohl zu sehen, als auch zu hören in der Lage sind und dadurch befähigt werden, den Vorgängen der Testamentsaufnahme zu folgen. Dagegen kann nicht gefordert werden, daß der Testamentszeuge den Sinn des mit dem Erblasser geführten Gesprächs in sich aufnimmt, sonst hätte seine vorübergehende Unachtsamkeit die Nichtigkeit des Testaments zur Folge. Vgl. auch unten Ziff. 1 zu § 2242.

2. KG. 10. 6. 15, KGJ. 48, 93, OLG. 33, 8 (hier 1. 10. 15), RJA. 14, 270. Die Unterschrift einer mitwirkenden Person unter dem über die Testamentserrichtung aufgenommenen Protokolle kann, soweit dies überhaupt noch zulässig ist (vgl. KGJ. 38 A, 141, JDR. 8, Ziff. 2 zu § 2242), nur in Gegenwart der übrigen mitwirkenden Personen rechtswirksam nachgeholt werden, denn jede mitwirkende Person hat die durch die anderen Mitwirkenden geschehene Unterzeichnung mit zu bezeugen.

§ 2242.

1. KG. 28. 5. 15, OLG. 32, 64. Unter „Protokoll" im Sinne des § 2242 Abs. 3 ist nicht auch die Unterschrift des Erblassers mitzuverstehen. Deshalb braucht diese Unterschrift den Unterschriften der mitwirkenden Personen nicht räumlich voranzugehen. Die Unterschrift der Mitwirkenden braucht nur den Inhalt der Urkunde, nicht die Unterschrift des Erblassers zu decken (OLG. 10, 311, KGJ. 32 A 94; a. M. RGRKommentar Anm. 5 zu § 2242).

2. Vgl. KG. 30. 12. 14, KGJ. 48, 82 (Schreibunterstützung des Erblassers bei der Testamentserrichtung) oben Ziff. III 1 zu § 2231.

§ 2249.

1. BayObLG. 14. 4. 16, S. 17, 82, R. 16, Nr. 1157. Nur derjenige, der mit dem Erblasser verhandelt und hierüber das Protokoll aufnimmt, ist es, vor dem das Testament errichtet wird, während die übrigen Mitwirkenden nach § 2232 nur als **Kontrollpersonen** (Mot. 5, 266, Prot. 5, 332) und von den Beteiligten noch zugezogene Dritte nur als Vertrauenspersonen in Betracht kommen. Hat daher ausweislich des Protokolls der Pfarrer die Erklärungen des Erblassers entgegengenommen und beurkundet, so liegt ein von dem Bürgermeister aufzunehmendes dorfgerichtliches Testament nicht vor, auch wenn der Bürgermeister als mitanwesend und als „gegenwärtig" mit aufgeführt ist.

2. KG. 1. 7. 15, KGJ. 48, 95, RJA. 14, 278. Der Umstand, daß die eine der beiden vom Gemeindevorsteher zur Testamentserrichtung zugezogenen Personen im Protokolle „Zeuge", die andere „Protokollführer" genannt ist, hindert nicht, beide Personen als Zeugen anzusehen, wenn sich im übrigen nur ihre Zeugeneigenschaft aus dem gesamten Protokollinhalt ergibt. Die Bezeichnung „Protokollführer" weist im Verhältnis zur Bezeichnung „Zeuge" nicht auf ein Weniger, sondern auf ein Mehr der Mitwirkung hin.

3. PrOVG. 23. 9. 15, GesuR. 17, 285, PrVerwBl. 16, 248, R. 16, 108. Die Nichtaufnahme des Vermerkes in einem Nottestament, daß der Erblasser das Protokoll genehmigt habe, enthält objektiv die Unterlassung einer Amtshandlung. Ist dieser Tatbestand gegeben, so ist der deshalb in Preußen erhobene Konflikt (§ 11 EG. z. GVG.) für unbegründet zu erklären.

§ 2255.

1. Zweibrücken 8. 2. 15, OLG. 32, 66. Die Nichtigkeit eines Testaments (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Erblassers) enthält grundsätzlich kein Mehr gegenüber der (z. B. durch Widerruf eintretenden) Unwirksamkeit des Testaments. Die durch Widerruf bedingte Unwirksamkeit kann als aufschiebend bedingte Nichtigkeit angesehen werden (BayRpflZ. 14, 133).

2. Colmar 21. 6. 16, ElsLothNotZ. 16, 285 (294). Eine Verfügung eines eigenhändigen Testaments wird durch die vom Erblasser vorgenommene Durchstreichung widerrufen, wenn er sie hierdurch aufheben wollte, besonders dann, wenn er diese Streichung noch ausdrücklich genehmigt hat. Die gestrichene Verfügung kann nicht wieder aufleben. Vgl. auch zu §§ 2085, 2348.

§§ 2259 ff.

KG. 28. 9. 16, JW. 16, 1432, RJA. 15, 118, verbleibt bei der Ansicht KGJ. 24 B, 5, 11; 36 A, 85; 38 A, 145; 31 A, 363; OLG. 14, 306, daß die Rückgabe eröffneter

eigenhändiger Testamente an Erben oder Angehörige des Erblassers unzulässig ist, auch wenn es sich dabei um das letzte Andenken an Kriegsgefallene handelt.

§ 2260.

1. Wurzel, JW. 16, 1465 empfiehlt für Deutschland die Schaffung einer Zentralstelle für Testamente, ähnlich wie es das Zentral-Testamentskataster in Wien ist.

2. a) Weise, SächsRpflA. 16, 7 bekämpft die Ansicht von Oppermann, SächsRpflA. 14, 305, JDR. 13, Ziff. 1 zu § 2260, wonach in Sachsen die Testamentseröffnung wirksam durch den Gerichtsschreiber vorgenommen und beurkundet werden könne, indem ausgeführt wird, daß § 38a Abs. 1 Nr. 1, 2 AG. z. FGG. sich ausschließlich auf Beurkundungen beziehe, während die Testamentseröffnung eine richterliche Handlung sei, die nur den Gegenstand einer Beurkundung bilde und nur von dem Richter, unbeschadet der Zuziehung eines Gerichtsschreibers, vorgenommen werden könne.

b) Dagegen Fiedler, ZBlFG. 17, 183, weil es sich bei der Testamentseröffnung um Amtshandlungen handle, von deren Vornahme der Gerichtsschreiber nicht ausgeschlossen sei.

3. Hamburg 4. 10. 15, OLG. 32, 67, RJA. 15, 25, R. 16, Nr. 1925. Statt der Testamentsurschrift kann unbedenklich eine beglaubigte Abschrift eröffnet werden, wenn kein Zweifel darüber besteht, daß die Urschrift nicht mehr vorhanden ist und mit ihr die beigebrachte öffentlich beglaubigte Abschrift wörtlich übereinstimmt. KGJ. 27 A, 186, OLG. 9, 415 (KG.) behandelt nicht den hier vorliegenden Fall, sondern stellt die Urschrift nur einer „amtlichen Mitteilung (des Notars) über den Inhalt der Urkunde" gegenüber. Vgl. auch unter Ziff. III 2 zu Art. 214 EG. BGB.

4. Darmstadt 4. 6. 15, JDR. 14, Ziff. 3 zu § 2260 (Eröffnung des Testaments eines Kriegsteilnehmers bei zuverlässiger Mitteilung des Todesfalls) auch KGJ. 48, 245.

§ 2262.

KG. 8. 10. 15, KGJ. 48, 20, RJA. 15, 26. Hat das VormG. die Anregung des Nachlaßgerichts auf Einleitung einer Deszendenzpflegschaft abgelehnt, so steht dem Nachlaßgericht hiergegen kein Beschwerderecht aus dem Grunde zu, weil nach seiner Meinung in dem von ihm eröffneten Testament eine unvertretene oder zukünftige Deszendenz bedacht sei, die von dem sie betreffenden Testamentsinhalte nach § 2262 in Kenntnis gesetzt werden müsse. Das Nachlaßgericht genügt seiner Pflicht aus § 2262, wenn es die Bestellung eines Deszendenzpflegers beim VormG. in Anregung bringt und, wenn ein Pfleger bestellt ist, die Bekanntmachung an diesen bewirkt.

§ 2264.

Hörle, ZBlFG. 16, 473 (Testamentseinsicht und Abschrift) erörtert die Voraussetzungen, unter denen nach § 2264 BGB. Einsichtnahme und Abschrift eines Testaments verlangt werden darf, insbesondere die Anforderungen, die an die Glaubhaftmachung eines rechtlichen Interesses zu stellen sind, den Umfang der Einsichtsnahme und Abschriftserteilung und die Art ihrer Gestattung. Gebilligt wird mit RJA. 12, 205 (KG.), JDR. 12 zu § 2264, die Zulassung photographischer Aufnahme der Urschrift eines Testaments, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen und alle erdenkliche Vorsicht angewandt, insbesondere die Platte nicht dem Photographen belassen, sondern dem Gesuchsteller ausgehändigt oder vernichtet wird.

Achter Titel. Gemeinschaftliches Testament.

Vorbemerkung: Hervorzuheben ist die zur Auslegung des § 2270 ergangene Entscheidung des RG. v. 22. 6. 16 (Ziff. 5 zu § 2270) wegen Feststellung der Voraussetzungen, unter denen die Nichtigkeit oder der Widerruf der von dem einen Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen Anordnung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge hat. Gegen die Annahme der Wechselbezüglichkeit zweier Anordnungen spricht nicht schon ihre Zusammenfassung in einer einheitlichen Verfügung, wie andererseits

Voraussetzung einer solchen Annahme nicht ist, daß die beiderseits Bedachten verschiedene Personen sind. — Das KG. (3. ZS.) will (Ziff. 1 zu § 2271) dem überlebenden Ehegatten das Recht zur Anfechtung des unwiderruflich gewordenen Testamentes nach den §§ 2078 ff. gewähren und jedenfalls die für die Anfechtung von Erbverträgen gegebenen Formvorschriften auf das gemeinschaftliche Testament nicht zur entsprechenden Anwendung bringen.

§§ 2265 ff.

Werneburg, DNotV. 16, 209 behandelt die gegenseitigen Verfügungen von Todeswegen, d. h. solche Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente, in denen jeder Teil bezüglich seines Nachlasses Verfügungen zugunsten des anderen Erblassers trifft. Nach einer Erörterung der Unterscheidungsmerkmale des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrags, wobei der Erbvertrag (nach der sog. Testamentstheorie) als Testament mit hinzugefügtem Widerrufsverzicht angesehen wird, werden die Voraussetzungen und der Inhalt der gegenseitigen Verfügungen von Todeswegen an der Hand der Rechtslehre erörtert.

§ 2265.

RG. 20. 5. 15, JDR. 14 zu § 2265 (Unzulässigkeit der Aufrechterhaltung der von Nichtehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen als Einzeltestamente), auch **RG.** 87, 33, SeuffA. 71, 287.

§ 2266.

Schultheis, ZBlFG. 17, 174. (Die Gültigkeitsdauer der gemeinschaftlichen Dorftestamente.) Das gemeinschaftliche Dorftestament bleibt vollwirksam, wenn der gefährlich erkrankte Erblasser während der in § 2252 vorgesehenen drei Monate stirbt. Waren zufällig beide Erblasser krank, so gilt dasselbe, wenn der Tod auch nur eines Gatten innerhalb der Frist eintritt. Stirbt der zur Errichtungszeit gesunde Gatte während der drei Monate, so bleiben seine Verfügungen wirksam. Aus dem Grundgedanken des § 2252 ist aber auch in dem letzteren Falle die volle Wirksamkeit des Testaments herzuleiten, wenn die Verfügungen korrespektiv sind. Das gleiche gilt von korrespektiven Testamenten in anderer außerordentlicher Form; der Tod eines Gatten innerhalb der Frist hat hier ebenso die volle Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments zur Folge.

§ 2267.

Hamburg 16. 12. 15, OLG. 32, 68, Anm. 1. Die von jedem der Erblasser ganz eigenhändig geschriebenen wörtlich übereinstimmenden Verfügungen sind nicht als zwei Einzeltestamente anzusprechen, vielmehr ist jedenfalls darin, daß die Ehefrau in unmittelbarem Anschluß an ihres Mannes Niederschrift diese eigenhändig wiederholt, datiert und unterschreibt, die in § 2267 geforderte Erklärung zu finden, daß das Testament ihres Mannes auch als das ihrige gelten solle.

§ 2269.

1. Dresden 1. 7. 15, OLG. 32, 68, SächsOLG. 37, 139. Der Dritte, der nach § 2269 als Erbe für den gesamten Nachlaß des zuletzt verstorbenen Ehegatten zu gelten hat, hat demjenigen, der durch die Verfügung des überlebenden Ehegatten von der Erbfolge ausgeschlossen ist, den nach dem Werte der gesamten Verlassenschaft zu berechnenden Pflichtteil (nach §§ 42, 44 sächs. AG. v. 18. Juni 1898 ein Drittel des Nachlasses) zu entrichten.

2. a) Colmar 10. 3. 13, OLG. 32, 83 läßt es dahingestellt, ob in einem Falle, in dem ausdrücklich, wenn auch nur aufschiebend bedingt, eine Nacherbfolge angeordnet ist, § 2269 angewandt werden könnte. Jedenfalls versagt diese Anwendung, wenn der Wille der Eheleute erhellt, das beiderseitige Vermögen über den Tod des Überlebenden hinaus ungeschmälert zu lassen und deshalb dem überlebenden Ehegatten nicht die Stellung

des unbeschränkten Vollerben einzuräumen. Die wechselseitige Einsetzung als „Alleinerbe" schließt die Annahme einer gewollten Nacherbfolge nicht aus.

b) Vgl. auch oben KG. 3. 7. 13, Ziff. IV 1 a zu § 2087.

3. Rostock 18. 10. 15, OLG. 32, 409. Die Auslegungsregel des § 2269 greift erst Platz, wenn der wirkliche Wille des Erblassers nicht ermittelt werden kann.

§§ 2270 ff.

1. **RG.** 24. 6. 15, JDR. 14, Ziff. 3a zu §§ 2270 ff. (Anfechtung eines gemeinschaftlichen Testaments durch den überlebenden Ehegatten), auch **RG.** 87, 95.

2. a) Hamburg 18. 6. 15, OLG. 32, 73. Der Testamentserbe hat bei gemeinschaftlichen Testamenten in entsprechender Anwendung des § 2287 (vgl. **RG.** 58, 64, JDR. 3, Ziff. 1 zu § 2270) das Recht, die Herausgabe des in der Absicht der Beeinträchtigung des anderen Erblassers gemachten Geschenkes zu verlangen. Diese Vorschriften sind auch anwendbar, wenn es sich um eine unter der Form eines anderen Rechtsgeschäfts verschleierte Schenkung handelt (Prot. 5, 391).

b) Ebenso Hamburg 8. 7. 16, HansGZ. 16, Beibl. 291.

3. KG. 20. 5. 15, KGJ. 48, 99. Zu den „anderen Verfügungen" i. S. des § 2270 Abs. 3 gehört auch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung.

4. Colmar 15. 6. 16, ElsLothNotZ. 16, 272, ElsLothJZ. 16, 405, OLG. 34, 312. § 2270 Abs. 2 ist nicht eine Beweisvorschrift, sondern enthält eine Auslegungsregel. Bei Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments, in dem die Ehegatten sich gegenseitig bedacht haben, muß daher zunächst festgestellt werden, ob die Verfügung des einen Ehegatten ohne die des anderen getroffen sein würde. Nur wenn hierüber Zweifel entstehen, ist die in § 2270 angeordnete Auslegungsregel anzuwenden.

5. **RG.** 22. 6. 16; 88, 330, JW. 16, 1276, LeipzZ. 16, 1295, R. 16, Nr. 1556—1558. Das Wesentliche für die Anwendung des § 2270 ist, daß jeder der beiden Ehegatten eine auf seiner Willensentschließung beruhende Anordnung getroffen hat, die ohne die Verfügung des anderen Ehegatten nicht gewollt sein würde. Die Zusammenfassung ihrer Anordnungen in eine sprachlich einheitliche Verfügung kann daran nichts ändern; sie wird z. B. bei einer gegenseitigen Erbeinsetzung der Ehegatten häufig vorkommen. Ebensowenig ist aber auch erforderlich, daß die beiderseits Bedachten verschiedene Personen sind, denn es ist recht wohl denkbar, daß die Ehegatten auch die beiderseitige Bedenkung der nämlichen Person in der gedachten Weise voneinander abhängig machen. So schon nach Gemeinem Recht **RG.** 6, 174.

§ 2271.

1. KG. 10. 11. 14, OLG. 32, 76. Wenn in dem Abschnitt über gemeinschaftliche Testamente Vorschriften über die Anfechtung fehlen, so liegt es näher, die Ergänzung der Lücke in den allgemeinen Vorschriften über die Testamente, als in den Sondervorschriften über den Erbvertrag zu suchen. Deshalb ist, wenn ein solches Testament nach § 2271 Abs. 2 nach dem Tode eines Ehegatten unwiderruflich geworden ist, kein Grund gegeben, dem überlebenden Ehegatten das Anfechtungsrecht aus §§ 2078 ff. zu versagen. Keinesfalls erscheint es geboten, die Form der Anfechtung von Erbverträgen — gerichtliche oder notarielle Beurkundung — auch für die Anfechtung der unwiderruflich gewordenen gemeinschaftlichen Testamente zu verlangen, wenn überhaupt dieses Anfechtungsrecht erst aus § 2281 herzuleiten ist. **RG.** 72, 175 und KGJ. 44 A, 92 beschäftigen sich nur mit dem materiellen Anfechtungsrecht.

2. KG. 20. 5. 15, KGJ. 48, 99. Die bloße Tatsache, daß der überlebende Ehegatte das ihm von dem erstverstorbenen in dem gemeinschaftlichen Testamente Zugewendete ausschlägt, macht die übrigen wechselbezüglichen Verfügungen des erstverstorbenen Ehegatten nicht hinfällig. Der überlebende Ehegatte kann die wechselbezüglichen Verfügungen des verstorbenen Ehegatten beseitigen, indem er seine eigene Verfügung wider-

ruft (§§ 2254—2256), oder ein neues widersprechendes Testament errichtet (§ 2258). Ein solches zum Zwecke des Widerrufs errichtetes Testament äußert seine Wirksamkeit erst nach dem Tode des Überlebenden, da § 2254 nicht bloß die Testamentsform verlangt, sondern den Widerruf auch den übrigen über die Testamentserrichtung, insbesondere auch über die Testamentseröffnung gegebenen Vorschriften unterstellt.

§ 2272.

KG. 12. 5. 15, KGJ. 48, 103, OLG. 32, 74, RJA. 14, 266. Ein gemeinschaftliches Testament kann, auch wenn die Ehe der testierenden Ehegatten infolge Scheidung aufgelöst ist, nur von beiden Ehegatten der aufgelösten Ehe zurückgenommen werden. Unerheblich ist es, wieweit das Testament infolge Auflösung der Ehe unwirksam geworden ist oder nicht (§ 2268 Abs. 1 bzw. Abs. 2).

§ 2273.

Petri, AZivPr. 114, 363. Bei der Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten sind die Vermächtnisnehmer in Kenntnis zu setzen a) von allen sie betreffenden Verfügungen des Verstorbenen und von den übrigen Verfügungen, soweit sie sich nicht sondern lassen, dagegen b) nicht von den Verfügungen des Überlebenden, soweit sie sich sondern lassen, und von den gemeinsamen Verfügungen, sofern sie unter einem eingeräumten Widerrufsrechte stehen.

Vierter Abschnitt. Erbvertrag.

§§ 2278, 2291.

RG. 3. 2. 16, BayRpflZ. 16, 180, LeipzZ 16, 1032, R. 16, Nr. 835, 836. Die für die schuldrechtlichen Verträge gegebenen besonderen Vorschriften der §§ 328—335 sind auf Erbverträge nicht anwendbar. Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen sind nicht schon darum vertragsmäßige Verfügungen von Todeswegen, weil sie in einem Erbvertrage getroffen sind, es ist vielmehr nach dem zu ermittelnden Willen der Vertragschließenden zu entscheiden, ob und inwieweit gegenseitige Bindung oder freie Widerruflichkeit der einzelnen Verfügungen beabsichtigt ist.

§ 2289.

KG. 28. 10. 15, KGJ. 48, 143. Ist der in einem Erbvertrage Bedachte ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling des Erblassers, so kann gemäß § 2289 Abs. 2 der Erblasser die nach § 2338 zulässigen Anordnungen nicht nur in Ansehung des Pflichtteils, sondern in Ansehung der ganzen Zuwendung treffen, um hierdurch die Verwaltung des Bedachten überhaupt auszuschließen.

§ 2290.

Königsberg 26. 10. 15, SeuffA. 71, 165. Ein in besondere amtliche Verwahrung gebrachter Erbvertrag darf weder nach Reichsrecht noch nach preußischem Recht an die Beteiligten herausgegeben, sondern nur zum Zeichen der Wiederaufhebung nach Öffnung des Verschlusses aus der besonderen amtlichen Verwahrung in die gewöhnliche amtliche Verwahrung des Gerichts oder des Notars zurückgegeben werden. Vgl. RJA. 5, 159 (KG.), KGJ. 29, 78.

§ 2293.

Wein, BayRpflZ. 16, 123 behandelt den vorbehaltenen Rücktritt beim (einseitigen und zweiseitigen) Erbvertrag und nimmt zu verschiedenen Streitfragen Stellung.

§ 2302.

RG. 18. 5. 16, R. 16, Nr. 1926. Soll eine Vergütung für zu leistende Dienste erst nach dem Ableben des Dienstherrn gewährt werden, weil dann erst die Leistung der Dienste in vollem Maße erfüllt sei, so liegt es nahe, daß bei den Vertragsberedungen

zunächst nur von einer im Wege letztwilliger Verfügung zu gewährenden Gegenleistung gesprochen wird; der eigentliche Inhalt des Vertrags braucht aber durch solche, mit ihm nur im äußerlichen Zusammenhange stehende Umstände nicht beeinflußt zu werden.

Fünfter Abschnitt. Pflichtteil.

Schrifttum: Leonhard, JheringsJ. 66, 91. Die Entziehungsklausel. Enterbung für den Fall der Testamentsanfechtung. S. Ziff. 1 zu § 2306.

Vorbemerkung: Von Interesse ist die vom RG. bestätigte Entsch. des OLG. Hamburg (Ziff. 1a zu §§ 2325ff.), die eine zum Verlangen nach Ergänzung des Pflichtteils berechtigende Schenkung darin erblickt hat, daß der Erblasser mit seiner mittellosen Ehefrau allgemeine Gütergemeinschaft, fünf Tage später aber Gütertrennung und Aufteilung des Gesamtguts vereinbart hat.

§ 2306.

1. Leonhard, JheringsJ. 66, 72. Die Anordnung des Erblassers, daß der Pflichtteilsberechtigte auf den Pflichtteil beschränkt sein soll, wenn er gegen die Bestimmungen des Testaments verstößt, (cautela Socini) ist nur ein einzelner Anwendungsfall der kassatorischen Klausel (Zuwendung unter der Bedingung, daß sich der Bedachte dem Testament nicht widersetzt). Beides kann daher mit demselben Namen „Entziehungsklausel" bezeichnet werden. In beiden Fällen verfällt die Klausel nicht, wenn der Bedachte lediglich beabsichtigt, den wahren Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß das Testament wegen Irrtums oder Betrugs angefochten wird, ohne Unterschied, ob der Anfechtende siegt oder unterliegt (a. M. Örtmann, ZBlFG. 15, 357ff.).

2. **RG.** 22. 6. 16, JW. 16, 1193. R. 16, Nr. 1735. Hat der Erblasser bestimmt, daß derjenige seiner Erben, der seine letztwillige Verfügung anfechte, auf den Pflichtteil beschränkt sein solle, so tritt diese Wirkung nur ein, wenn ein Erbe aus Ungehorsam und mit Wissen und Willen anficht, nicht aber, wenn ein mit einer Klage gegen die Miterben beauftragter Rechtsanwalt ohne sein Wissen und Willen die Anfechtung erklärt. Beweispflichtig dafür, daß die Anfechtung mit Wissen und Willen des Erben erfolgt sei, sind die übrigen Erben, die die Pflichtteilsbeschränkung geltend machen.

§ 2311.

RG. 31. 5. 16, JW. 16, 1117, WarnE. 16, 324. Bei Erhebung des Pflichtteilsanspruchs kommt der Zeitpunkt des Erbanfalls nur für die Frage in Betracht, zu welchem Werte eine Schenkung bei der Pflichtteilsergänzung in Ansatz zu bringen sei. Für die Feststellung, wieweit die Schenkung reicht, inwieweit die Unentgeltlichkeit und ein auf unentgeltliche Übertragung gerichteter Vertragswille anzunehmen sei (BGB. § 516) sowie für die zu diesem Zwecke zur Ermittlung des Wertverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung erforderliche Berechnung des Wertes kommt es auf die Zeit der Zuwendung an. Vgl. auch Ziff. 3 zu §§ 2325ff.

§ 2314.

1. Josef, ZBlFG. 17, 178 gegen Lurje, ZBlFG. 16, 331, JDR. 14, Ziff. 2 zu § 2314. Nach den richtig verstandenen Bestimmungen der preuß. AGO. ist zu dem Antrag auf Aufnahme einer gerichtlichen Taxe nur der Eigentümer der abzuschätzenden Sache oder derjenige befugt, dem die Verwaltung der Sache zusteht, nicht aber, wer nur ein rechtliches Interesse an der Taxaufnahme hat, wie der Gläubiger des Eigentümers oder, wer mit ihm in Geschäftsverbindung treten will, folglich auch nicht der Pflichtteilsberechtigte. Im übrigen ist auch das Verfahren der Taxaufnahme etwas ganz anderes als das in § 2314 erwähnte bloßer Verzeichnung mit Wertangabe.

2. Josef, WürttZ. 16, 305 — gegen KGJ. 33 A, 93, RJA. 4, 92. § 2314 Satz 3 BGB. will dem Pflichtteilsberechtigten nicht den öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen

die Behörde geben, daß diese ihre Tätigkeit zum Zwecke des Nachlaßverzeichnisses entfalte, sondern nur den privatrechtlichen Anspruch (das „Verlangen") gegen den Erben, daß dieser als der allein Antragsberechtigte die Tätigkeit der Behörde anrufe.

§§ 2325 ff.

1. a) Hamburg 22. 3. 15, OLG. 32, 78 sieht eine Schenkung darin, daß der Erblasser mit seiner im wesentlichen mittellosen Ehefrau einen Ehevertrag, durch den die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart wurde, und fünf Tage später mit ihr einen Vertrag geschlossen hat, nach dessen Inhalt fortan Gütertrennung gelten sollte und das vorhandene Gesamtgut aufgeteilt wurde.

b) Bestätigt von **RG.** 22. 11. 15; 87, 301, ElsLothNotZ. 16, 328, JW. 16, 182, LeipzZ. 16, 223 mit dem Bemerken, daß das im RGKomment. Anm. 5 zu § 516 erwähnte RGUrt. v. 27. 5. 08 nur ausspreche, daß die Begründung der allgemeinen Gütergemeinschaft, auch wenn eine große Verschiedenheit der zusammenhängenden Vermögensmassen bestehe, nicht schon an sich eine Schenkung darstelle; hierdurch werde nicht ausgeschlossen, daß nach den Umständen des besonderen Falles die neben der objektiven Bereicherung zum Zustandekommen einer Schenkung erforderliche Einigung über die Unentgeltlichkeit als gegeben anzunehmen und in der Abschließung des Ehevertrags mehr als eine bloße Regelung ehegüterrechtlicher Beziehungen zu erblicken sei.

c) Zustimmend Landsberg, JW. 16, 182.

2. **RG.** 14. 2. 16, BayRpflZ. 16, 152, JW. 16, 675. Die sich aus einer Schenkung ergebenden rechtlichen Beziehungen zwischen dem einen Erben und seinen Miterben oder zwischen ihm und dem Beschenkten entstehen erst dann, wenn nach der beim Eintritte des Erbfalls vorhandenen Rechtslage die Voraussetzungen eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs entweder gemäß §§ 2325 ff. gegen den Miterben oder gemäß § 2325 gegen den Beschenkten gegeben sind. Zur Begründung der einen solchen Anspruch vorbereitenden Feststellungsklage (ZPO. § 256) genügt daher nicht der Nachweis irgend einer Schenkung, sondern es bedarf ebenso einer Darlegung der Gesamtlage beim Ableben des Erblassers, aus der sich das Vorhandensein eines Rechts auf Pflichtteilsergänzung erkennen läßt, mag auch die Möglichkeit der endgültigen Betragsberechnung etwa mit Rücksicht auf andere unausgetragene Streitpunkte noch nicht gegeben sein.

3. **RG.** 31. 5. 16, JW. 16, 1117, R. 16, Nr. 1736, 1737, WarnE. 16, 324. Grundsätzlich hat der Kläger, der die Pflichtteilsergänzung fordert, die zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen zu beweisen, insbesondere also, daß die Schenkung in der von ihm behaupteten Höhe besteht und der geschenkte Gegenstand den von ihm angegebenen Wert gehabt hat. In den Umfang der Beweispflicht fällt auch der Nachweis, welchen Zustand die geschenkten Gegenstände zur Zeit der Schenkung gehabt haben, welche Gegenstände damals tatsächlich vorhanden waren und im Eigentume des Veräußerers standen.

§ 2332.

1. Rostock 11. 2. 15, MecklZ. 35, 43. Die kurze Verjährung des § 2332 greift nicht Platz, wenn es sich um die Forderung des testamentarisch in Höhe des Pflichtteils zugewendeten Erbteils handelt.

2. BayObLG. 30. 10. 16, R. 16, Nr. 2115. Nach der Erfahrung des täglichen Lebens darf angenommen werden, daß eine Ehefrau von allen die Erbschaft ihres Sohnes betreffenden Verhältnissen durch ihren Mann unterrichtet worden ist. Daß die Kenntnis von der benachteiligenden Verfügung durch deren amtliche Verkündung vermittelt worden sein müsse, verlangt § 2332 nicht (**RG.** 66, 30; 70, 360).

§ 2338.

Vgl. KG. 28. 10. 15 oben zu § 2289 und unten zu § 2364.

Siebenter Abschnitt. Erbverzicht.

§ 2347.

Dresden 29. 1. 15, SächsOLG. 37, 110. Zulässig ist ein teilweiser Erbverzicht, durch den der Pflichtteilsberechtigte sich Beschränkungen hinsichtlich des ihm vom Erblasser zugewendeten Erbteils unterwirft.

§ 2348.

Colmar 21. 6. 16, ElsLothJZ. 16, 407, ElsLothNotZ. 16, 285 (294), OLG. 34, 315. Der in einem gemeinschaftlichen eigenhändigen Testament erklärte Erbverzicht ist mangels Beobachtung der Form des § 2348 nichtig. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 2255.

Achter Abschnitt. Erbschein.

Vorbemerkung: Über die Voraussetzungen und die Berechtigung zur Einziehung eines Erbscheins ist (§ 2361) eine größere Zahl von Entscheidungen ergangen. Das KG. (Ziff. II 2) hält einen Nachlaßgläubiger ohne den Besitz eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Schuldtitels nicht für befugt, die Einziehung eines Erbscheins zu verlangen. In Abweichung von KGJ. 33 A, 100 hält nunmehr das KG. (zu § 2364) es nicht mehr für erforderlich, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers im Erbschein anzugeben, wenn diese Ernennung zur Zeit der Erteilung des Erbscheins nicht mehr in Wirksamkeit ist, mag auch die Wirkungslosigkeit erst nach dem Erbfall eingetreten sein.

§ 2353.

I. Antrag.

1. KG. 20. 1. 16, BreslAK. 16, 47. Der Antragsteller, welcher einen Erbschein wünscht, hat einen bestimmten Vorschlag hinsichtlich des dem Erbschein zu gebenden Inhalts zu machen und einen bestimmten Antrag zu stellen (KGJ. 46 A, 148), nicht aber darf er dem Belieben des Nachlaßrichters anheimstellen, welchen Inhalt dieser dem Erbschein geben will. Ein Antrag, den Erbschein „nach Maßgabe des Testaments" zu erteilen, kann ausnahmsweise dann als ausreichend angesehen werden, wenn hinsichtlich der Auslegung der im Testament enthaltenen Erbeinsetzung jeder Zweifel ausgeschlossen erscheint und der Nachlaßrichter die Überzeugung gewinnt, daß seine Auslegung des Testaments mit der des Antragstellers übereinstimmt.

2. KG. 28. 10. 15, KGJ. 48, 105. Der Umstand, daß einem Erbansprecher ein Erbschein erteilt ist, steht dem Antrag eines anderen Erbansprechers auf Erteilung eines Erbscheins anderen Inhalts nicht entgegen. Der neue Erbschein kann auch schon erteilt werden, bevor der früher erteilte, nunmehr für unrichtig erachtete Erbschein (von Amtswegen) eingezogen ist.

II. Erteilung des Erbscheins.

Colmar 17. 11. 15, ElsLothJZ. 16, 89, ElsLothNotZ. 16, 1, LeipzZ. 16, 181. Die „Erteilung" eines Erbscheins liegt nicht schon darin, daß dessen Text zu den Akten gefertigt und hiervon den Antragstellern Kenntnis gegeben ist, vielmehr bedarf es regelmäßig der Bekanntmachung des Erbscheins gemäß § 16 FGG., die Beteiligten müßten denn auf die Erteilung verzichtet oder anderweite Bekanntgabe und amtliche Aufbewahrung des Erbscheins beantragt haben (OLG. 9, 228). Rechtsirrtümlich ist es, die Erteilung des Erbscheins um deswillen abzulehnen, weil der Nachlaß auf Grund der BRVO. v. 26. 11. 14 unter Zwangsverwaltung gestellt worden sei wegen des Verdachts, die Erbeinsetzung bezwecke nur, die Beteiligung des gesetzlichen Erben, eines französischen Staatsangehörigen, zu verdecken. In Frage kommen kann nur, ob es sich um eine rechtsgültige oder nur zum Schein geschehene und deshalb (§ 118 BGB.) nichtige Erbeinsetzung handelt. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, ob die Voraussetzung für die angeordnete Zwangsverwaltung vorliegt, nicht aber ist die angeordnete Zwangsverwaltung für die Frage des Erbrechts entscheidend.

III. Inhalt des Erbscheins.

KG. 29. 5. 13, OLG. 32, 71. Der Erbschein bezeugt nur die Erbfolge (Gesamtrechtsnachfolge) nach dem Erblasser, besagt aber nichts über den Umfang des Nachlasses. Einschränkende Zusätze in dieser Richtung gehören nicht in den Erbschein. Vgl. auch oben Ziff. I zu § 2108.

IV. Verfügungsbescheinigung nach dem Reichsschuldbuchgesetz.

KG. 23. 9. 15, JW. 15, 1431, OLG. 34, 287, RJA. 15, 19, R. 16, Nr. 2009. Die in § 16 RSchuldbuchG. (Fassung v. 31. 5. 10, RGBl. 840) vorgesehene Verfügungsbescheinigung steht einem Erbscheine nicht gleich, insbesondere genießt sie keinen öffentlichen Glauben, und sie begründet eine Rechtsvermutung nicht. Deshalb finden auch auf das Verfahren die §§ 2353ff. keine Anwendung, vielmehr hat das Nachlaßgericht nur die Vorschrift des § 12 FGG. zu beachten (KGJ. 45 A, 154). Materiellrechtlich sind aber auch hier die Beschränkungen zu beachten, die dem Antragsteller durch das zugrunde liegende Testament auferlegt sind. Ist daher die Witwe nur als Vorerbin eingesetzt, so kann ihr keine unbeschränkte Verfügungsbescheinigung erteilt werden.

V. Landesrecht.

1. Rücker, WürttZ. 16, 107 erörtert, was in § 39 Abs. 6 der württ. Nachlaßverfügung mit den Worten „auf Grund der Teilungsakten" gemeint sei, nämlich der Gegensatz zu dem als Vorbild vorschwebenden Erbscheinsverfahren, bei dem eine wesentliche Grundlage die dem Antragsteller obliegenden Erklärungen und Nachweise bilden.

2. KG. 31. 7. 15, OLG. 32, 80, Anm. 1. Die ergänzende Bescheinigung nach § 9 des preuß. G. v. 12. 3. 1869 hat nur die Identität des Antragstellers mit dem eingesetzten Erben festzustellen, nicht aber auf eine Prüfung der Gültigkeit und des Inhalts des Testaments einzugehen.

§ 2355.

KG. 12. 5. 15, OLG. 32, 80, Anm. 1, SchlHolstAnz. 15, 259. Eine entsprechende Anwendung des § 2354 Nr. 2 bei der Angabe des Namens der Erben nach § 2355 ist geboten, wenn der Kreis der als Erben in Betracht kommenden Personen sich nicht aus dem Testament allein, sondern erst unter Mitberücksichtigung anderer Umstände, wie der Verwandtschaft mit dem Erblasser, ergibt.

§ 2356.

KG. 5. 10. 16, DJZ. 17, 138, JW. 16, 1492. Die Mitteilungen des Zentralnachweisebureaus des Kriegsministeriums sind keine zum Nachweise des Todes ausreichenden öffentlichen Urkunden i. S. des § 2356 Abs. 1 Satz 1, wohl aber können sie im Falle des § 2356 Abs. 1 Satz 2 als „anderes Beweismittel" in Betracht kommen, wenn die Sterbeurkunde nicht oder unverhältnismäßig schwer zu beschaffen ist.

§ 2358.

1. KG. 26. 3. 15, OLG. 32, 80. Das Nachlaßgericht hat seiner Ermittlungspflicht genügt, wenn es jeder Anregung und jeder Ermittlungsmöglichkeit nachgegangen ist. Die Beschaffung des Urkundenmaterials kann es den Beteiligten überlassen (OLG. 8, 298). Die öffentliche Aufforderung des § 2358 Abs. 2 hat nicht die Bedeutung eines Aufgebots oder eine Ausschlußwirkung in materieller oder formeller Hinsicht.

2. BayObLG. 21. 8. 15, OLG. 32, 79, Anm. 1. Das Nachlaßgericht ist an die von den Beteiligten angebotenen Beweise nach keiner Richtung gebunden.

3. KG. 19. 10. 16, DJZ. 17, 244, JW. 16, 1493. In den Fällen, in denen nach § 2358 Abs. 2 eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung von Erbrechten zulässig ist, steht es doch im pflichtmäßigen Ermessen des Nachlaßgerichts, ob es von

dieser Befugnis Gebrauch machen soll. Während des gegenwärtigen Krieges ist eine solche öffentliche Aufforderung unangemessen, wenn als erbberechtigt Deutsche in Betracht kommen, die sich im feindlichen Ausland aufhalten.

§ 2359.

KG. 6. 1. 15, DNotV. 16, 293. Ist das Erbrecht nachgewiesen, so können nicht weitere Nachweise gefordert werden. Führt der Erblasser oder Erbe mehrere Namen, so sind sie sämtlich im Erbschein anzugeben. Die Befugnis zur Führung eines Doppelnamens wird damit nicht anerkannt.

§ 2361.

I. Voraussetzung der Einziehung eines Erbscheins.

1. BayObLG. 7. 2. 16, R. 16, Nr. 963. Auch bei nur teilweiser sachlicher Unrichtigkeit ist der Erbschein, insbesondere auch der gemeinschaftliche, einzuziehen. Nur wenn es sich um Schreibfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten i. S. des § 319 ZPO. handelt, ist eine Berichtigung des Erbscheins zulässig.

2. BayObLG. 10. 7. 14, OLG. 32, 81. Ein Erbschein muß schon dann eingezogen werden, wenn er auch nur in der Angabe einer nach gesetzlicher Vorschrift in ihn aufzunehmenden Beschränkung des Erbrechts (z. B. einer solchen durch Nacherbfolge) unrichtig ist. Gleiches hat hinsichtlich des nach Art. 28 BayÜbergangsG. aufzunehmenden Vermerkes der statutarischen Nutznießung zu gelten. Steht diese Nutznießung dem überlebenden Ehegatten nicht zu, weil er wegen Verschwendung entmündigt ist, so kann der Verwalter des über den Nachlaß eines der Miterben eröffneten Konkurses die Einziehung des Erbscheins betreiben und im Beschwerdewege verfolgen.

3. Hamburg 26. 4. 15, OLG. 32, 81. Ein Erbschein, der unrichtigerweise Testamentsvollstrecker als eingesetzt aufführt, ist nach § 2361 Abs. 1 einzuziehen.

4. KG. 2. 12. 15, KGJ. 48, 112. Der dem Vorerben erteilte Erbschein wird durch den Eintritt des Falles der Nacherbfolge unrichtig und unterliegt dann der Einziehung.

5. KG. 3. 6. 15, KGJ. 48, 107, RJA. 14, 268. Auch ein Erbschein, der das Erbrecht richtig bezeugt, aber nicht beantragt ist, unterliegt der Einziehung, der Antragsberechtigte müßte denn die Einziehung nachträglich ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt haben.

II. Legitimation zu dem Antrag auf Einziehung.

1. KG. 24. 6. 15, KGJ. 48, 111, RJA. 14, 272. Hat einer von mehreren Antragstellern die Erteilung eines Erbscheins, der das Erbrecht richtig bezeugt, genehmigt, so kann ein anderer Antragsteller die Einziehung nicht mehr mit der Begründung verlangen, daß ein Erbschein dieses Inhalts nicht beantragt worden sei. Die Sachlage ist dann dieselbe, wie wenn der eine Antragsteller von vornherein den richtigen Erbschein beantragt hätte.

2. KG. 16. 3. 16, OLG. 33, 153. Ein Nachlaßgläubiger kann ohne den Besitz eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Schuldtitels die Einziehung eines Erbscheins nicht verlangen. Dahingestellt gelassen wird, ob § 792 ZPO. dahin gedeutet werden kann, daß der Gläubiger berechtigt sei, die Einziehung eines Erbscheins zu betreiben, ohne gleichzeitig die Erteilung eines Erbscheins anderen Inhalts nachzusuchen.

III. BayObLG. 27. 7. 15, JDR. 14, Ziff. 2 zu § 2361, auch BayObLG. 16, 108.

§ 2363.

1. KG. 16. 12. 14, OLG. 32, 81. In dem dem Vorerben zu erteilenden Erbschein hat die Angabe der Anteile der Nacherben zu unterbleiben, weil der Zweck des dem Vorerben erteilten Erbscheins nur der ist, die in der Berufung eines Nacherben liegende Beschränkung seiner Rechte kenntlich zu machen.

2. Dresden 11. 11. 16, JW. 16, 1593, OLG. 34, 290. In den Erbschein gehört

nicht eine Angabe darüber, ob und inwieweit der Vorerbe von den ihn nach dem Gesetz treffenden Verpflichtungen gegenüber dem Nacherben befreit ist, sondern nur die von dem Erblasser etwa bestimmte Befreiung des Vorerben von den gesetzlichen Verpflichtungen. Jede weitere Angabe ist nicht nur überflüssig, sondern auch, weil geeignet, Mißverständnisse herbeizuführen, zu vermeiden (vgl. KGJ. 29, 65).

3. Vgl. auch Herold, ZBlFG. 16, 569 oben Ziff. 3 zu § 2069.

§ 2364.

KG. 28. 10. 15, KGJ. 48, 143. Ist die Ernennung eines Testamentsvollstreckers zur Zeit der Erteilung des Erbscheins wirkungslos, so ist sie in dem Erbschein auch dann nicht anzugeben, wenn die Wirkungslosigkeit erst nach dem Erbfall eingetreten ist. Die entgegengesetzte Ansicht KGJ. 33 A, 100, JDR. 6 zu § 2364 wird aufgegeben. Vgl. auch oben zu § 2289.

§ 2365.

RG. (Strafs.) 19. 6. 16, LeipzZ. 16, 1230. Ein Betrug kann dadurch begangen werden, daß der Nachlaßrichter durch einen von einem Dritten über die Erbverhältnisse hervorgerufenen Irrtum zur Versagung der Erteilung eines Erbscheins bestimmt worden ist. Eine Vermögensbeschädigung des Erben liegt in diesem Falle vor, weil die durch §§ 2365—2367 begründeten Befugnisse Bestandteile seines Vermögens sind, die in seiner Person mit dem Erbanfalle zur Entstehung gelangen. Die Versagung des Erbscheins begründet daher eine Schmälerung des Vermögens des Erben, wenn sie auch sein Erbrecht unberührt läßt. Die Möglichkeit, im Beschwerdewege die Erteilung des Erbscheins durchzusetzen, vermag nur den bereits eingetretenen Schaden zu beseitigen.

RG. 29. 6. 16, LeipzZ. 16, 1310, RJA. 15, 14, R. 16, Nr. 1975. Der Fiskus wird in seinem Rechte auf Entrichtung der Erbschaftssteuer (§ 20 FGG.) nicht dadurch beeinträchtigt, daß das Nachlaßgericht den einem Dritten erteilten Erbschein, weil es dessen Unrichtigkeit als festgestellt ansieht, eingezogen hat.

§ 2368.

BayObLG. 20. 5. 15, OLG. 32, 84. Bescheinigungen, die infolge des Wechsels von Testamentsvollstreckern erforderlich werden, sind (nach bayerischem Recht) als gebührenpflichtige TV.-Zeugnisse zu behandeln. RJA. 5, 39 (KG.), JDR. 3; 4 zu § 2368 steht nicht entgegen, da dort nur die Verbindung der neuen Bescheinigung mit der alten empfohlen wird, nicht aber gesagt ist, daß die neue Bescheinigung kein Zeugnis oder kein selbständiges Zeugnis i. S. des § 2368 sei. KGJ. 29 B, 79 trifft auch für das BayGebührenG. zu.

§ 2369.

KG. 13. 1. 16, FrankfRundsch. 49, 256. Nach einem im Inlande verstorbenen Ausländer (Russen) kann nur ein gegenständlich beschränkter Erbschein unter Zugrundelegung des maßgebenden materiellen Auslandsrechts nach den deutschen Verfahrensvorschriften erteilt werden (KGJ. 36 A, 109).

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Art. 2.

RG. 4. 5. 16, R. 16, Nr. 1320. Zur Bildung eines Gewohnheitsrechts genügt nicht die gleichmäßige Übung der Beteiligten, sondern es muß die Überzeugung der Übenden hinzukommen, daß das, was sie üben und befolgen, Recht sei. Allerdings

kann die Übung auch als Beweis für das Vorhandensein dieser Überzeugung verwertet werden.

Art. 6.

BayObLG. 15. 10. 15, R. 16, Nr. 259. Wird von Schweizern die Scheidung vor deutschen Gerichten auf Grund des schweizerischen Rechts begehrt, so begründet die daneben nach Art. 17 erforderliche Würdigung nach deutschem Recht nicht die Zuständigkeit des Reichsgerichts, über die Revision zu entscheiden.

Internationales Privatrecht.

Artt. 7—31.

Schrifttum: Klein, Internationalprivatrechtliche Rundschau (1915), I. Teil. ZVölkR. 10, 141—165. — Neumeyer, Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus. Zweites Stück: Die gemeinrechtliche Entwicklung bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts. München, Berlin u. Leipzig 1916.

1. Meikel, Internationales Privatrecht und der Krieg, BayRpflZ. 16, 172 zählt die Haager Abkommen über das internationale Privatrecht v. 12. 6. 1902 (RGBl. 1904 S. 221, 231, 240) und v. 17. 7. 1905 (RGBl. 12 S. 453, 463, 475; 13 S. 249) zu denjenigen, auf deren Fortbestand der Krieg keinen Einfluß äußere, da auf den in diesen Abkommen geregelten Gebieten kein Gewohnheitsrecht des Inhaltes, daß für die feindlichen Ausländer im Kriege andere Rechtsnormen wie im Frieden gälten, bestünde. Dagegen hält er die deutsch-russische Nachlaßkonvention v. 12. Nov./31. Okt. 1874 (RGBl. 1875 S. 136) als durch den Krieg aufgehoben, desgleichen die internationalen Abkommen über das sog. gewerbliche und geistige Eigentum, soweit nicht auf Grund der übernommenen Verpflichtung der Ausbau der innerstaatlichen Gesetzgebung erfolgt sei.

2. *Über die Methode der Rechtsfindung im internationalen Recht vgl. Klein, ZVölkR. 10, 152—154 [gegen Fischer, JDR. 14, Ziff. 3 zu Artt. 7—31].

3. *Über das intertemporale Recht der örtlichen Anwendungsnormen, vgl. Klein, ZVölkR. 10, 164/5.

4. Rechtsannäherung der Mittelmächte.

a) *Über die Bestrebungen auf Vereinheitlichung des Privatrechts insbesondere nach einem „mitteleuropäischen (Zivil-)Rechtsverbande" vgl. Peter Klein, ZVölkR. 10, 147—149, JLBl. 16, S. 152/3, Schiffer, DJZ. 16, 457 und Franz Klein, DJZ. 16, 649.

b) *Klein, Ein „mitteleuropäischer Zivilrechtsverband", ÖstZBl. 34, 465—467 äußert sich über die Möglichkeit, den Umfang und die Vorteile einer Vereinheitlichung des Privatrechts für die Zentralmächte. — Einigungsgrundlage Entwurf des UngarABGB.

c) *Klein, Zur Frage der deutsch-österreichisch-ungarischen Rechtsannäherung, ÖstZBl. 34, 667—669, lehnt die Vorschläge Meszlénys (DJZ. 1916, 714—716): „Vereinheitlichung des International-Privat- und -Prozeßrechts" als verfrüht ab, weil erst feststehen müsse, ob und inwieweit eine Vereinheitlichung des materiellen Privat- und Prozeßrechts möglich sei, und schlägt „kleine Mittel" vor, schon jetzt den internationalen Rechtsverkehr zwischen den Zentralmächten zu erleichtern.

d) Über „Hindernisse auf dem Wege der Rechtsvereinheitlichung" vgl. *Klein, RuW. 5 234.

e) Jogállam (Der Rechtsstaat). Rechts- und staatswissenschaftliche Zeitschrift. Festnummer. Herausgegeben anläßlich der konstituierenden Versammlung der Ungarischen Waffenbrüderlichen Vereinigung von Baumgarten und Dr. Gyomai. Budapest 1916. — Einen Bericht über die Tagung der deutschen Rechtsabteilung der Reichsdeutschen Waffenbrüderlichen Vereinigung in Berlin am 4. Juni 1916 und die gemeinsame Tagung deutscher, österreichischer und ungarischer Juristen in Budapest vom 10. bis 12. 6. 1916 hat Liebmann, DJZ. 16, 698 erstattet.

5. *Klein, Zum Internationalprivatrecht, ÖstZBl. 34, 284—291 (vgl. auch ZVölkR.

10, 159—163), bekämpft das Urteil des Schweiz. Bundesgerichts vom 25. 2. 1915, Praxis des Bundesgerichts, IV. Jahrg. Nr. 63, nach dem Art. 163 Abs. 3 des SchweizOR. eine „absolut zwingende Norm im privatinternationalen Sinne" sein soll. — Dort a) grundsätzliche Stellungnahme zum Problem des internationalen ordre public, b) Klarstellung des Unterschiedes zwischen dem internationalen und intertemporalen ordre public, c) Kunstsprache des SchweizZGB. (zwingende und nicht zwingende Normen) und privatinternationaler ordre public.

6. *Klein, ÖstZBl. 34, 911—914 bekämpft das Urteil des Schweiz. Bundesgerichts vom 21. 12. 1915, Praxis des Bundesgerichts, V. Jahrg. Nr. 18, S. 47/48, nach dem, wenn statt des zutreffenden ausländischen Rechts mangels Nachweises desselben inländisches Recht angewandt wird, auf die Berufung nicht eingetreten werden kann.

7. *Klein, ÖstZBl. 34, 1002—1005 bespricht das Urteil des Schweiz. Bundesgerichts vom 17. 4. 1916, Praxis des Bundesgerichts V Nr. 97, S. 231—233, und legt unter Heranziehung des Schrifttums und der Rechtsprechung dar, warum der schweizerische Richter die in ausländischen Kriegsdekreten enthaltenen Zahlungsverbote nicht anzuwenden hat.

Art. 7.

1. Dresden 5. 7. 15, SächsOLG. 37, 317. Die Geschäftsfähigkeit eines Österreichers, für den der im Art. 27 aufgestellte Grundsatz der Rückverweisung nicht in Frage kommt, weil sie durch § 4 Abs. 2 ÖstABGB. ausgeschlossen wird, richtet sich nach seinem Heimatrecht, welches übrigens in den hier einschlagenden Vorschriften mit denen des deutschen BGB. im wesentlichen übereinstimmt.

2. **RMilG.** 6. 1. 16, DStrafRZ. 16, 178. Die Geschäftsfähigkeit nichtdeutscher Kriegsfreiwilliger und die Rechtswirksamkeit der von ihnen geschlossenen Dienstverträge sind nach den Gesetzen des Staates, dem sie angehören, zu beurteilen. Stellen diese Gesetze weitergehende Voraussetzungen als die des deutschen Rechts für die Geschäftsfähigkeit auf, so ist, wenn nur die Voraussetzungen der §§ 107ff. BGB. erfüllt sind, die Einstellung der Kriegsfreiwilligen in das Heer rechtswirksam erfolgt. Unanwendbar auf sie ist der § 21a Abs. 1 WehrO.

Art. 10.

*Klein, ÖstZBl. 34, 1070/1071. Eine Aktiengesellschaft belgischen Rechts, mit Sitz in Belgien, hat eine Zweigniederlassung in Deutschland. Die aus Deutschen bestehende Direktion dieser Zweigniederlassung möchte die Zweigniederlassung noch während des Krieges in eine Aktiengesellschaft deutschen Rechts umwandeln. Ob diese Umwandlung möglich ist, entscheidet sich nach belgischem Recht als dem Personalstatut der ausländischen Aktiengesellschaft.

Art. 11.

1. Dresden 9. 12. 15, SächsOLG. 37, 310 geht davon aus, daß wenn eine ausländische Firma einen inländischen Handlungsagenten zur Bereisung der größten Teile Deutschlands, daneben auch der Schweiz angenommen hat, die Parteien die Anwendung des deutschen Rechts ausdrücklich vereinbart haben würden, wenn ihnen beim Vertragsschlusse die Verschiedenheit der beiderseitigen Rechtsgebiete zum Bewußtsein gekommen wäre (**RG.** 68, 205; 73, 388).

2. **RG.** 1. 2. 16, R. 16, Nr. 1322. Die Benutzung eines in englischer Sprache abgefaßten Vordrucks zwingt noch nicht zur Anwendung des englischen Vertragsrechts (**RG.** 82, 308). Das gilt insbesondere von der im Vertrag enthaltenen Schiedsklausel, deren Bedeutung, weil auf dem Gebiete des Prozeßrechts liegend, auch vom Standpunkte des deutschen Prozeßrechts aus beurteilt werden muß.

Artt. 11, 13.

Schrifttum: Schäfer, Über die Gültigkeit von Eheschließungen nach englischem internationalen Privatrecht. Würzburg 1916.

RG. 6. 4. 16; 88, 191, DJZ. 16, 630, JW. 16, 837. Art. 11 Abs. 1 Satz 2 findet auch auf die Eheschließung Anwendung. Art. 13 EG. hat, soweit sein Verhältnis zu Art. 11 Abs. 1 in Frage kommt, lediglich die Bedeutung, daß er die Gesetze bezeichnet, die im Sinne des Art. 11 Abs. 1 Satz 1 für das Rechtsgeschäft der Eheschließung maßgebend sein sollen, ergänzt also den Art. 11 dahin, daß, wenn die Eheschließung nach Art. 11 Abs. 1 Satz 1 gültig sein soll, die Formerfordernisse des Heimatrechts beider Verlobten beobachtet werden müssen. Art. 11 Abs. 1 Satz 2 ist eine selbständige, für alle Rechtsgeschäfte geltende Vorschrift, in deren Bereich Art. 13 Abs. 1 nicht eingreift. Deshalb ist die Gültigkeit einer von einer ehemaligen Deutschen mit einem Türken in Brasilien nach dortigem Recht formgültig geschlossenen Ehe nicht in Frage zu stellen.

Art. 13.

1. Teichmann erörtert WürttZ. 16, 4 aus Anlaß eines Rechtsfalls die Frage der Rechtsgültigkeit einer zwischen Israeliten österreichischer Staatsangehörigkeit in Deutschland rituell geschlossenen Ehe und folgert aus einer amtlichen Äußerung des k. k. JM., daß Österreich eine von seinen Staatsangehörigen in Deutschland eingegangene Ehe jedenfalls dann anerkenne, wenn die Form der Eheschließung den deutschen, aber auch dann, wenn sie den österreichischen Formvorschriften entspricht. Eine Trauung nach israelitischem Religionsgebrauch entspricht nicht den deutschen Vorschriften, weil bei ihr der Standesbeamte nicht mitwirkt, dagegen ist es wohl möglich, daß die österreichischen Formvorschriften gewahrt sind. (Es werden dann die wesentlichen Förmlichkeiten näher erörtert.)

2. a) Blanckmeister, R. 16, 525 untersucht die Möglichkeiten, unter denen die für minderjährige Ausländer zur Eheschließung erforderliche Einwilligung ihrer Gewalthaber während des gegenwärtigen Krieges ersetzt werden könne. Empfohlen wird die Bestellung eines Vormundes oder Pflegers im Inlande, der an Stelle der wegen Ruhens ihrer Gewalt behinderten Eltern die Einwilligung erkläre, oder die Volljährigkeitserklärung des Minderjährigen.

b) Dagegen ist Josef, R. 16, 601 der Ansicht, daß das deutsche VormG. jede Tätigkeit zur Ermöglichung einer solchen Eheschließung ablehnen müsse.

3. Darüber, wieweit das Ehehindernis des Katholizismus (österr. ABGB. § 111) als absolut zwingend im privatinternationalen Sinne anzusehen ist, vgl. die Angaben bei *Klein, ZVölkR. 10, 157/158.

4. Vgl. auch unten zu Art. 198.

Art. 14.

München 4. 12. 15, OLG. 32, 31. Die persönlichen Rechtsbeziehungen der in Deutschland wohnenden ausländischen Ehegatten, zu denen die gegenseitige Unterhaltspflicht gehört, sind jedenfalls dann, wenn beide Ehegatten dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen, nach dem Rechte ihres Heimatstaats zu beurteilen. Das österr. Recht enthält hinsichtlich des internationalen Privatrechts keine erschöpfenden Bestimmungen und verquickt, soweit es die Personalstatuten gelten läßt (§§ 4, 34 ABGB.), den Wohnsitz und die Staatsangehörigkeit in unklarer Weise (Krainz-Ehrenzweig 1, 76). Die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung vertreten den Standpunkt, daß die Unterhaltspflicht sich nach dem jeweiligen Wohnsitze des Mannes richtet.

Art. 17.

1. Gerber, ThürBl. 62, 257. Nach österreichischem wie nach deutschem Rechte sind die deutschen Gerichte für die Ehescheidung von Österreichern nicht zuständig.

Scheiden sie trotzdem, so ist das Urteil in Österreich unwirksam, in Deutschland aber hat es Rechtskraft.

2. Hamburg 1. 2. 16, HansGZ. 16, Beibl. 148, OLG. 33, 88, SeuffA. 71, 295. Deutsche Gerichte können nicht auf Ehescheidung erkennen, wenn der Ehemann zur Zeit der Klageerhebung österreichischer Katholik war (§ 111 österr. ABGB.). Auf beständige Trennung von Tisch und Bett dürfen sie auch dann nicht erkennen, wenn nach deutschem Rechte die Scheidung der Ehe gerechtfertigt und nach dem Rechte des Staates, dem der Mann zur Zeit der Klagerhebung angehört, beständige Trennung von Tisch und Bett zulässig sein würde (**RG.** 55, 345). Auch eine Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575 BGB.) kann nicht durchdringen, da sie voraussetzt, daß nach österr. Recht die Scheidung zulässig ist (Art. 17 Abs. 4 EG. BGB.).

3. LG. III Berlin 26. 5. 15, Standesa. 16, 203, StB. 16, 241. In Kentucky (Amerika) ist für Scheidungsurteile zwischen diesem Staate und dem Deutschen Reiche die Gegenseitigkeit verbürgt.

4. Im Gegensatz zu Hachenburg, DJZ. 16, 787 verneint *Klein, NiemeyersZ. 26, 632—634 die Frage, ob zurzeit eine Änderung der Vorschriften des geltenden Rechts über die Ehescheidung deutscher Frauen, die mit Ausländern verheiratet sind, geboten sei.

Art. 19.

1. KG. 26. 3. 15, OLG. 33, 361. Die österr. Teilnovelle v. 12. 10. 14 hat in §§ 7, 142 Abs. 2 bestimmt, daß das Gericht die unter der Herrschaft des älteren Rechts geschlossenen privaten Erziehungsverträge der Eltern „bei geänderten Verhältnissen" insoweit ändern könne, als dies im Interesse der Kinder notwendig ist. Was hier von Erziehungsverträgen gesagt ist, muß mindestens in entsprechender Anwendung auch für Verkehrsregelungsverträge gelten. Daneben bleibt die schon nach älterem österr. Recht begründete Möglichkeit bestehen, eine vom Vertrag abweichende gerichtliche Regelung deshalb zu erreichen, weil die Geltendmachung des Vertrags eine mißbräuchliche Verletzung der Kindesinteressen bedeute.

2. Josef, SächsRpflA. 16, 415 gegen Klein, ÖstZBl. 33, 795, JDR. 14, Ziff. 1 zu Art. 19 mit Bezug auf **RG.** 81, 373, JDR. 13, Ziff. 1 zu Art. 19: a) Der Grundsatz des § 1635 BGB. beruht auf dem sittlichen Empfinden des deutschen Volkes. Klagt also ein Ausländer, der im Auslande geschieden und für den schuldigen Teil erklärt ist, in seiner Eigenschaft als Inhaber der elterlichen Gewalt gegen die im Inlande lebende Mutter auf Herausgabe des Kindes, so hat das deutsche Prozeßgericht, obwohl auf das Verhältnis zwischen dem Kläger und dem Kinde nach Art. 19 das ausländische Recht anzuwenden ist, auf Grund des § 1635 BGB. als einer zwingenden Vorschrift des zwischenstaatlichen Privatrechts die Klage in allen Fällen abzuweisen, ohne Rücksicht darauf, ob das ausländische Recht die gleiche Vorschrift enthält und ob die verklagte Mutter die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. b) Stützt im gedachten Falle der Vater den Herausgabeanspruch auf einen zwischen ihm und der Mutter vor der Scheidung geschlossenen Vertrag, durch den zum voraus die Sorge für die Person des Kindes geregelt ist, so hat das deutsche Prozeßgericht die Rechtsgültigkeit dieses Vertrags ebenso zu beurteilen, als wenn er von inländischen Eheleuten geschlossen wäre, also nur dann zu verneinen, wenn er dem § 138 BGB. widerstreitet. c) Da ein vom ausländischen Prozeßgericht erlassenes Urteil nach § 328 ZPO. grundsätzlich das deutsche Gericht nicht bindet, so bindet eine von einer anderen ausländischen Behörde über ein Privatrechtsverhältnis getroffene Entscheidung die deutschen Gerichte noch viel weniger. Das deutsche Gericht kann also in dem oben gedachten Falle, wenn eine geistliche Behörde des Auslandes entsprechend dem ausländischen Recht eine Entscheidung über die Sorge für die Person des Kindes getroffen hat, im Rechtsstreit über die Herausgabe des Kindes eine der der ausländischen Behörde entgegengesetzte Entscheidung erlassen.

Artt. 19, 20.

KG. 7. 5. 15, KGJ. 48, 10, R. 16, 477. Der Vormund eines in Altpreußen wohnhaften Mündels österreichischer Staatsangehörigkeit ist nicht in der Lage, für den Mündel mit rechtlicher Wirkung den Austritt aus der Kirche zu erklären.

Art. 23.

1. Stuttgart 10. 12. 15, R. 16, Nr. 261. Der im Staate New York von der dortigen Behörde für einen minderjährigen New Yorker Bürger bestellte Vormund ist nicht befugt, den Mündel hinsichtlich des im Auslande befindlichen unbeweglichen oder beweglichen Vermögens zu vertreten. Vgl. OLG. 24, 50 (Darmstadt), württ. JMAnw. v. 11. 6. 01, ABl. 43, § 22 Nr. 1 und § 23 Nr. 5. Der abweichenden Ansicht OLG. 5, 100 (KG.) wird nicht beigetreten.

2. KG. 23. 12. 15, JW. 16, 1428, RJA. 15, 28, R. 16, Nr. 1922. Die deutsch-russische Nachlaßkonvention v. 12. 11. 1874 (RGBl. 1875, 136) hat so offenbar für ihre Durchführung geordnete völkerrechtliche und diplomatische Beziehungen zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland zur Voraussetzung, daß sie unbedenklich für die Dauer des Kriegszustandes und des Fehlens dieser Beziehungen als außer Wirksamkeit getreten erachtet werden muß.

Art. 24.

Schack, ThürBl. 63, 29 erörtert aus Anlaß eines praktischen Falles die Frage, nach welchem Rechte der Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes zu beurteilen ist, wenn ein im Geltungsbereiche des code civil verstorbener Franzose im Jahre 1900 einem Deutschen Grundstücke und andere Vermögensstücke in Deutschland geschenkt hat und seine Pflichtteilsberechtigten Herausgabe der Schenkungen wegen Verletzung des Pflichtteils (droit de réserve) fordern. Verf. kommt zu dem Ergebnis, daß nicht das Statut des Erblassers, sondern das für den Beschenkten maßgebliche Heimatrecht entscheide, nämlich das Recht der belegenen Sache, soweit es sich um Grundstücke handle (**RG. 78, 49**), im übrigen das Einzelstatut des Beschenkten nach den Regeln des internationalen Obligationenrechts.

Art. 25.

1. München 23. 10. 15, OLG. 32, 50. Nach § 1253 österr. ABGB. kann ein Ehegatte durch Ehevertrag auf das Testierrecht nicht gänzlich verzichten, vielmehr bleibt ein Viertel des Nachlasses der freien letzten Anordnung vorbehalten und fällt, falls der Erblasser keine letztwillige Verfügung getroffen hat, den gesetzlichen Erben zu. Diese können von dem Miterben Auskunft über den Nachlaß nach § 260 BGB. fordern, wenn der Erblasser österr. Staatsangehörigkeit in Deutschland seinen letzten Wohnsitz gehabt hat. Art. XLII EG. zur österr. ZPO. über die Vorlage eines Nachlaßverzeichnisses und die Leistung des Offenbarungseids enthält nur eine prozeßrechtliche Vorschrift und findet deshalb in dem Verfahren vor deutschen Gerichten keine Anwendung.

2. KG. 7. 12. 16, JW. 16, 1593. Das nach § 73 Abs. 3 FGG. zuständige inländische Gericht darf sich der Eröffnung eines Ausländertestamentes jedenfalls dann nicht entziehen, wenn nach dem Heimatrechte des Erblassers (z. B. dem Rechte der Vereinigten Staaten von Nordamerika) auch nur für einen Teil des Nachlasses ein Erbgang nach deutschem Rechte stattfindet.

Artt. 25, 27.

Krieger, BayNotZ. 16, 201. In den Fällen, in denen ein österreichischer Staatsangehöriger in Deutschland belegene Grundstücke hinterläßt, ist — gleichgültig, ob er im Deutschen Reiche oder in Österreich zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz gehabt hat — für die Erbfolge in jene Grundstücke das Recht der belegenen Sache, also das deutsche Erbrecht, als Erbstatut anzuwenden.

Art. 28.

1. Colmar 30. 11. 14, OLG. 32, 88. Art. 3[2] code civil unterwirft die in Frankreich gelegenen Liegenschaften dem französischen Recht. Hieraus ist zu folgern, daß für eine im Ausland (z. B. Deutschland) gelegene Liegenschaft das Recht des Landes, in dem sie sich befindet, (z. B. das deutsche Recht) maßgebend ist. Dieser Teil des Nachlasses bildet eine besondere, von dem sonstigen Nachlaß unabhängige Vermögensmasse. Der einem Miterben hieran zustehende Anteil kann gemäß §§ 857, 859 ZPO. gepfändet werden, wobei die Miterben als Drittschuldner anzusehen sind.

2. BayObLG. 19. 6. 13, OLG. 32, 88. War der Erblasser Mitglied des hohen Adels und österreichischer Staatsangehöriger, so ist nach den Kollisionsnormen des deutschen und österr. Privatrechts für die Erbfolge und Nachlaßbehandlung des beweglichen Nachlasses das Recht des Heimatstaats, in Ansehung des in Deutschland befindlichen unbeweglichen Vermögens aber das Recht der belegenen Sache anzuwenden (§ 300 österr. ABGB.; §§ 21—23 österr. Patent v. 9. 8. 1854; Artt. 27, 28 EGBGB.). Zu denselben Ergebnissen müßte man gelangen, wenn der Erblasser sowohl die österreichische, als auch die deutsche Staatsangehörigkeit besessen hätte.

Art. 29.

Dresden 16. 6. 14, SächsOLG. 37, 92. Das Staatsdepartement der Vereinigten Staaten Nordamerikas behandelt denjenigen nicht als Staatsbürger, der unter Umgehung des Gesetzes die Bürgerrechtsurkunde erlangt hat. Ein solcher hat also die amerikanische Staatsangehörigkeit nicht erworben.

Art. 30.

1. KG. 5. 1. 16, DJZ. 16, 733. Die zum Zwecke der wirtschaftlichen Schädigung Deutschlands erlassenen Vorschriften feindlicher Staaten dürfen von den deutschen Gerichten nicht berücksichtigt werden.

2. Über die Verschiedenheiten zwischen internationalem und intertemporalem ordre public s. Klein, ÖstZBl. 34, 287.

3. Über das Verhältnis der Vorbehaltsklausel zur Retorsionsbestimmung *Klein, ZVölkR. 10, 163.

4. * Art. 30 EG. z. BGB. steht der Anwendung des § 64 ÖstABGB. nicht entgegen. Klein, ÖstZBl. 34, 622.

5. Klein, ÖstZBl. 34, 284—291 bespricht kritisch das Urteil des Schweiz. Bundesgerichts vom 25. 2. 1915, Praxis IV Nr. 63. Er bekämpft die Auffassung, nach der Art. 163 Abs. 3 des SchweizOR. aus Gründen des internationalen ordre public stets anzuwenden sei, auch wenn sich das Schuldverhältnis im übrigen nach ausländischem Recht beurteile.

6. *Klein, ÖstZBl. 34, 909—911 bespricht die Entscheidung des Schweiz. Bundesgerichts vom 30. 3. 1916, Praxis des Bundesgerichts, V. Jahrg. Nr. 95, S. 227—229, nach der Artt. 715, 717 des SchweizZGB. absolut zwingende Normen im privatinternationalen Sinne sein sollen, und legt dar, wann und warum sich der Eigentumsvorbehalt nach schweizerischem Rechte beurteilt, auch wenn der Kauf ausländischem (deutschen) Recht untersteht.

Art. 31.

1. *Art. 308 SchweizZGB. ist keine Bestimmung zwingender Natur im Sinne der Vorbehaltsklausel. — Entscheidung des Schweiz. Bundesgerichts vom 15. 9. 1915, Praxis des Bundesgerichts, IV. Jahrg. Nr. 189, S. 450—452; Klein, ZVölkR. 10, 158/9.

2. *ÖstABGB. § 163 ist keine zwingende Norm im Sinne der Vorbehaltsklausel. — Entsch. d. österr. OGH. vom 2. 3. 1915, ÖstZBl. 33, 597/8; Klein, ZVölkR. 10, 157.

Zweiter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen.

Art. 41.

a) BayObLG. 18. 2. 16, R. 16, Nr. 1020. Indem § 19 StaatsangehG. v. 22. 7. 1913 der Staatsanwaltschaft aus öffentlich-rechtlichen Gründen eine weitgehende Mitwirkung und insbesondere das Recht der unbeschränkten weiteren Beschwerde einräumt, bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß das VormG. bei seiner Entscheidung nicht bloß das Wohl des Mündels, sondern auch das des Staates und des Deutschen Reichs zu beachten hat. Die Genehmigung ist daher zu versagen, wenn der Verdacht besteht, daß die Entlassung in der Absicht, die Erfüllung der Wehrpflicht zu umgehen, nachgesucht wurde.

b) Ebenso Stuttgart 12. 1. 17, R. 17, Nr. 493, wo ferner bemerkt wird: Die Beschwerde wird erst mit der Aushändigung der Entlassungsurkunde unzulässig, nachdem dadurch staatsrechtlich ein endgültiger Zustand geschaffen worden ist.

Art. 44.

Vorbemerkung: Infolge des fortwütenden Krieges hat die Vorschrift des § 44 RMilG., dessen Anwendung der folgende Bericht zum Gegenstande hat, erhöhte Bedeutung gefunden. Einer Orts- oder Zeitangabe bedürfen die eigenhändigen Militärtestamente nicht; die Angabe „Geschrieben im Felde“ genügt (vgl. unten Ziff. II 2, 3).

I. Voraussetzung der Errichtung eines Militärtestamentes.

1. Delius, R. 16, 368. Werden immobile Truppen z. B. als Besatzung im feindlichen Gebiete verwendet, so besitzen sie nicht das Vorrecht des § 44 RMilG. Verlassen des Standortes liegt nur vor beim Aufbruch gegen den Feind, nicht aber, wenn nur die Unterkunft innerhalb Deutschlands gewechselt ist. Mobile Formationen, deren Verbleiben in der Heimat von vornherein in Aussicht genommen ist, haben das Vorrecht des § 44 nicht. Das Vorrecht geht nicht verloren beim Durchtransport durch Deutschland auf einen anderen Kriegsschauplatz oder beim Heimatsurlaub.

2. Stuttgart 3. 8. 15, R. 16, 203, Nr. 473. Vor dem Verlassen des Standquartiers, auch wenn der Truppenteil schon marschbereit gesetzt ist, besteht nicht das Bedürfnis und daher auch nicht die Befugnis zur Errichtung einer privilegierten militärischen Verfügung.

II. Form.

1. Dresden 5. 2. 16, R. 16, 360, Nr. 679, SächsOLG. 37, 198. Ein eigenhändiges Militärtestament in Briefform ist gültig, wenn der Brief nur mit dem Vornamen unterschrieben, der Familienname aber auf dem Briefumschlag beim Absendervermerk angegeben ist (vgl. KGJ. 38, 138, **RG.** R. 08, Nr. 2022; 15, Nr. 2057).

2. a) KG. 30. 9. 15, BreslAK. 16, 9. Zur Errichtung eines privilegierten Militärtestamentes nach § 44 Ziff. 2a RMilG. bedarf es der Ortsangabe nicht.

b) Es genügt daher die Angabe „Geschrieben im Felde“, Meikel, JW. 16, 373, Francke, R. 16, 159, Thiesing, DJZ. 16, 429 gegen Rentner, DJZ. 16, 329.

3. KG. 17. 2. 16, JW. 16, 607, OLG. 32, 321 hat ein von einem Minderjährigen eigenhändig ge- und unterschriebenes Testament für gültig erklärt, welches bis auf die ursprünglich offen gelassene, erst nach dem Verlassen des Standquartiers von dem Erblasser hinzugefügte Zeitgabe vor dem Verlassen des Standquartiers niedergeschrieben worden ist, weil es den Anforderungen des § 44 RMilG. v. 2. 5. 1874 entspreche. Hiernach wird auch ein Minderjähriger für befugt erachtet, ein eigenhändiges privilegiertes Militärtestament zu errichten, zu dessen Wirksamkeit es der Orts- und Zeitangabe nicht bedürfe. Aus der nachträglichen Hinzufügung der zunächst offen gelassenen Zeitangabe in Verbindung mit den Eingangsworten des Testaments: „Ich . . . bisher Musketier . . . habe mein Standquartier verlassen usw.“ wird der Wille

des Erblassers gefolgert, das Testament erst durch die Hinzufügung der Zeitangabe zum Abschluß zu bringen (vgl. KGJ. 37 A, 121).

Dritter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Art. 58.

Schrifttum: Bornhak, ArchÖffR. 34, 287. Beiträge zur deutschen Hausgesetzgebung. I. Die Bedeutung der Constitutio Achillea von 1473. II. Die Formen des Erlasses von Hausgesetzen. III. Die Verbindlichkeit von Hausgesetzen für souveräne Nebenlinien. — Dickel, Forstzivilrecht 64 über Siegelrecht aus der hess. und preuß. Praxis.

1. BayObLG. 30. 11. 14, OLG. 32, 89. Die Zugehörigkeit zu einer standesherrlichen Familie kann wie der hohe Adel überhaupt nur durch Zeugung im Mannesstamme fortgepflanzt werden (Heffter, Sonderrechte 20, 213, Kohler, Privatfürstenrecht 227). Ein Übergang der durch Art. 14 der deutschen Bundesakte eingeräumten, die Standesherrlichkeit bildenden Vorzüge und Rechte auf eine andere Familie ist ausgeschlossen.

2. BayObLG. 19. 11. 15, BayRpflZ. 16, 16. Eine nicht standesherrliche Familie kann nicht als Inhaber eines standesherrlichen Familienfideikommisses im Grundbuch eingetragen werden.

3. BayObLG. 4. 7. 16, LeipzZ. 16, 1447, R. 16, Nr. 1988. Das Gemeine deutsche Recht ist bei der Regelung der Familienverhältnisse nicht über das Gesamthandverhältnis hinaus und in Anlehnung an das altdeutsche Wart- und Beispruchsrecht nur zu einer familienrechtlichen Gebundenheit des Grundbesitzes gelangt. Dementsprechend versagt das Gemeine Recht der Familie sowohl als solcher als auch in ihrem Verhältnis zum Familienfideikommiß und zur Familienstiftung die Zuerkennung einer selbständigen Rechtspersönlichkeit. Eine Ausnahme gilt nur bei dem hohen Adel, wie denn auch in Artt. 57, 58 EG. BGB. die juristische Persönlichkeit der Familie als solcher nur für das hochadelige Haus anerkannt ist (RG 61, 33, BayObLG. (alte Samml.) 5, 6).

Art. 59.

Schrifttum: Dickel, Forstzivilrecht 988 über Lehnrecht, Stammgüter, Familienfideikommisse; 995 über den Fruchtbegriff bei Familienfideikommissen.

I. Fideikommisse.

A. Nach Gemeinem Recht.

RG 4. 12. 15, R. 16, 225. Im gemeinen deutschen Recht gab es fideicommissa absoluta mit vom Erblasser bestimmter fester (Individual-) Erbfolgeordnung und fideicommissa conditionalia, bei denen die Bindung an die Familie durch ausschließliche Vererbung der Fideikommißgüter im Mannesstamm und das Verbot der Veräußerung an Familienfremde erreicht wurde, im übrigen aber der Fideikommißinhaber zu Verfügungen unter Lebenden und von Todeswegen berechtigt war, soweit dadurch das Fideikommißgut nicht den Agnaten entzogen wurde. Der Möglichkeit einer gleichzeitigen Nachfolge mehrerer Fideikommißbesitzer (Kondominat) ist in §§ 141, 142 II 4 preuß. ALR. nur insofern entgegengetreten, als ihre Neugründung verboten ist.

B. In Preußen.

KG. 8. 7. 15, KGJ. 48, 222. Der Fideikommißbesitzer, der aus seinem Allodialvermögen eine auf dem Fideikommißgrundstück als Fideikommißschuld lastende Hypothek bezahlt, erwirbt dadurch keine Eigentümergrundschuld, denn der Fideikommißbesitzer ist nur Unter- (nutzbarer) Eigentümer des Fideikommißgrundstücks, nicht wirklicher Eigentümer im Sinne des § 1163 BGB. Bei der Eintragung des Fideikommißguts auf den Namen des jeweiligen Fideikommißbesitzers handelt es sich lediglich um eine Formvorschrift, die nicht geeignet und bestimmt ist, das materielle Recht zu ändern.

C. In Bayern.

1. BayObLG. 19. 11. 15, E. 16, 148, DJZ. 16, 824, R. 16, 112. Ist eine standesherrliche Familie im Mannesstamm erloschen, so kann der Erbe des standesherrlichen Fideikommisses nicht als dessen Inhaber in das Grundbuch eingetragen werden, solange dort noch die Eigenschaft des Gutes als eines standesherrlichen Fideikommisses vermerkt ist. Eine gegenteilige Eintragung ist nach § 54 GBO. von Amtswegen zu löschen, weil der Kreis der standesherrlichen Familien gesetzlich geschlossen ist.

2. BayObLG. 3. 12. 15, E. 16, 151, R. 16, 176. Soll nach der Stiftungsurkunde eine Testamentsexekutorie vorbehaltlich des Rechtswegs über alle Anstände hinsichtlich des letzten Willens des Stifters entscheiden, so ist es nicht zu beanstanden, wenn diese die Nutzungen in der für Ledige bestimmten Höhe einem im Felde stehenden Offizier mit der Begründung belassen hat, daß er während des Krieges der Heiratsbedingung nicht nachkommen könne.

3. BayObLG. 28. 1. 16, E. 17, 14, R. 16, 228. Anwärter i. S. des § 77 FidEdikt sind auch durch nachfolgende Ehe Legitimierte. Bestreitet ein Beteiligter diese Eigenschaft, so entscheidet über den Streit das Prozeßgericht. Veräußerung i. S. des § 44 FidEdikt ist auch der freiwillige Umtausch von Wertpapieren in solche anderer, wenn auch mündelsicherer Gattung.

4. BayObLG. 17. 3. 16, E. 17, 62, R. 16, 260. Das Fideikommißgericht kann, unbeschadet der Beschreitung des Klagewegs, den Fideikommißinhaber zur Aufstellung eines neuen, den gegenwärtigen Stand darstellenden Verzeichnisses anhalten, wenn das vorhandene Inventar wegen der Länge der Zeit dem dermaligen Stande nicht entspricht. — Die in §§ 8 und 43 FidEd. erwähnten Verzeichnisse stimmen unter sich im wesentlichen überein, sind aber von der „umständlichen Verzeichnung" nach § 24 Ed. grundsätzlich verschieden. Letztere liegt auch dem Stifter ob, während er von der Verzeichnungspflicht nach § 8 gemäß § 4 G. v. 11. 2. 1825 befreit ist. — Zufolge seiner allgemeinen Stellung ist das Fideikommißgericht auch zur Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Inhaber und den Anwärtern über pflegliche Behandlung und Klarstellung des Bestandes des Fideikommisses berufen; anders bei Ersatzansprüchen wegen Vernachlässigung.

5. BayObLG. 28. 1. 16, OLG. 32, 336. Der Umtausch von Pfandbriefen in mündelsichere Staatspapiere stellt sich als eine Veränderung der Substanz des Fideikommisses dar, zu der es nach bay. Fideikommißrecht der Zustimmung der Anwärter bedarf.

6. BayObLG. 30. 5. 16, E. 17, 116, R. 16, 523. Die Sicherung des für ein Fideikommiß bestimmten Vermögens gehört nicht zur Zuständigkeit des Fideikommißgerichts. Die pflegschaftsähnliche Verwaltung nach § 10 Abs. 2 FidEd. unterliegt als Ausnahmemaßregel keiner Ausdehnung auf ähnliche Fälle.

7. BayObLG. 26. 5. 16, E. 17, 111, R. 16, 523. Wird eine bewegliche Sache als Fideikommißzubehör beansprucht, so muß mindestens eine stillschweigende Verfügung seitens eines der Fideikommißinhaber auf Zuweisung an das Fideikommiß nachgewiesen sein, falls die Zugehörigkeit sich nicht aus der Stiftungsurkunde oder dem Inventar ergibt. Die Aufstellung einer wertvollen Heiligenfigur in der Schloßkapelle genügt hierfür allein nicht, sofern nicht zugleich die Absicht dauernder Belassung erhellt, z. B. als Ersatz einer weggenommenen Figur.

8. BayObLG. 11. 11. 14; 15, 660 behandelt den Begriff der „Apanage" im Sinne des bay. Fideikommißrechts.

D. In Mecklenburg.

Rostock 18. 5. 16, MecklZ. 35, 51. Die Fideikommißpflegschaft des meckl. Rechts (§ 136 meckl. AusfVO. z. BGB.) ist, etwa abgesehen von dem Falle der Ungewißheit des Berechtigten, eine Realpflegschaft. Der Fideikommißpfleger ist daher in Ansehung der

Verwaltung des Gutes nicht als Rechtsnachfolger des Fideikommißbesitzers anzusehen und daher auch nicht zur Leistung der von dem Fideikommißbesitzer vor Eintritt der Pflegschaft veräußerten, noch nicht übereigneten Guterzeugnisse verpflichtet.

II. Lehen.

1. **RG.** 7. 10. 15, JDR. 14, Ziff. II zu Art. 59 (Lehnsabfindung als dingliches Recht), auch **RG.** 87, 169.

2. v. Friesen, SächsRpflA. 16, 95. Zur Entstehung der das Lehnswesen im Königreich Sachsen betreffenden Deklaration mit G. v. 22. 5. 1872. Geschichtliche Darstellung der Vorgänge, die zu dem Erlasse der Dekl. und des G. v. 22. 5. 1872, „einer nur halben Maßregel", geführt haben.

III. Stammgut.

Karlsruhe 12. 2. 13, BadRpr. 16, 163. In Baden sind letztwillige Verfügungen des Stammgutsbesitzers nicht nur hinsichtlich des liegenschaftlichen Stammgutsvermögens (vgl. §§ 94 bis 96 BGB.), sondern auch bezüglich derjenigen beweglichen Sachen, auf die sich zufolge des Art. 36 § 2 Abs. 2 Bad. AG. z. BGB. die Stammgutseigenschaft erstreckt, zufolge § 2171 BGB. schlechthin unwirksam.

Art. 63.

Carlebach, BadNotZ. 16, 56 bespricht die grundbuchmäßige Darstellung eines Neckarfährrechts, das als Erbbestand nach kurpfälzischem Landrecht begründet ist.

Art. 64.

1. Über Anerbenrecht in Preußen Dickel, Forstzivilrecht 126.

2. BraunschwZ. 16. 11. 15, BraunschwZ. 16, 18. Bei der verfrühten Erbfolge ist deren Gegenstand bei der Berechnung des Pflichtteils in die Erbmasse einzuwerfen, auch wenn es vom Erblasser nicht ausdrücklich angeordnet ist. — Der Ertragswert eines Hofes kommt nur insoweit in Frage, als er Gegenstand des Anerbenrechts ist. Dies ist nicht der Fall hinsichtlich des Mehrwertes, der sich daraus ergibt, daß auf dem Hofe ein Gewerbe betrieben wird. § 2325 findet auf Hofübergabeverträge keine Anwendung.

Art. 65.

Wasserrecht.

Schrifttum: Schultheß, Das internationale Wasserrecht. Zürich 1916.

A. Gemeines Recht.

1. **RG.** 19. 6. 15, HansGZ. 16, Beibl. 185. Der gemeinrechtliche Rechtssatz, daß das vom Wasser (nicht nur vorübergehend) verlassene Bett eines öffentlichen Flusses den Eigentümern der angrenzenden Uferstücke als Eigentum zufalle, bezieht sich nicht nur auf den Fall, wo der Fluß das Bett in seiner ganzen Breite verlassen, sondern auch auf den Fall, wo sich das Flußbett dadurch, daß das Wasser vom Ufer (dauernd) zurückgewichen ist, nur verengert hat; auch macht es keinen Unterschied, ob der rechtserzeugende Vorgang von selbst, d. h. unabhängig von Menschenwerk, eingetreten, oder ob er künstlich herbeigeführt oder gefördert ist (vgl. Braunschweig u. Celle bei SeuffA. 35, Nr. 186 u. 70, Nr. 2, Hesse, JheringsJ. 7, 199).

2. **RG.** 12. 7. 16; 88, 383, R. 16, Nr. 1626. Nach Gemeinem Recht ist der Grundeigentümer auch beim Bestehen einer Wasserbezugsgerechtigkeit berechtigt, frei über die unterirdischen Wasseradern auf seinem Grundstücke zu verfügen ohne Rücksicht darauf, ob er durch seine Maßnahme, insbesondere durch Brunnenbohrungen, dem Berechtigten den Wasserzufluß entzieht. Nur eine lediglich in der Absicht der Kränkung vorgenommene Verfügung ist ihm verwehrt (**RG.** 16, 233; 26, 226; 35, 172; 64, 26, GruchotsBeitr. 57, 991; 58, 685, JW. 15, 409, Nr. 19). Mit der Dienstbarkeit belastet ist nur die Quelle, das zutage tretende Wasser, nicht die unterirdische Wasserader, die der freien Verfügung unterliegt.

3. Frankfurt 18. 5. 16, FrankfRundsch. 50, 36. Nach Gemeinem Recht war der Grundstückseigentümer befugt, über das auf seinem Grundstücke vorhandene unter- und oberirdische Wasser frei zu verfügen. Die Entziehung unterirdischen Wassers war auch nach dem preuß. Privatflußgesetz v. 28. 2. 1843 zulässig, dagegen ließ dieses (§ 16b) ein Widerspruchsrecht gegen Anlagen zu, die ein Uferbesitzer zur Benutzung des Wassers machte, wenn dadurch einem Dritten das zu seinem Betriebe in dem damaligen Umfange notwendige Wasser entzogen wurde.

B. Preußen.

Schrifttum: Bochalli, Das Eigentum am Wasserlauf, PrVerwBl. 37, 673. — Derselbe, Der Gemeingebrauch an den Wasserläufen, PrVerwBl. 38, 22. — Dickel, Forstzivilrecht 1085 (Meer, Strand, Preuß. WasserG.) mit besonderer Berücksichtigung des Jagdrechts und Stellungnahme zu der Streitfrage des Jagdrechts auf den Haffen (S. 1093, 1094). — Zusammenstellungen von Entsch. des preuß. Landeswasseramts in PrVerwBl. 36, Nr. 45, 49, und von Herrmann in JW. 16, 511.

I. Bisheriges Recht.

1. **RG.** 15. 12. 15, R. 16, 223. Aus dem Eigentumsrecht an einer Landung folgt noch nicht ohne weiteres der Anspruch auf den Besitz und die Nutzung, vielmehr besteht dieser Anspruch erst, wenn den wasserrechtlichen Vorschriften genügt, insbesondere die Festsetzung des dem Staate zu erstattenden Betrags (§ 6 StrombauG., § 140 Abs. 3 WasserG.) herbeigeführt und diese Entschädigung bezahlt ist.

2. **RG.** 12. 1. 16, LeipzZ. 16, 808, R. 16, 223. Eine Anschwemmung von Erdreich, sobald sie sich bei mittlerem Wasserstand über den Wasserspiegel erhebt (StriethArch. 71, 239, **RG.** 80, 393, GruchotsBeitr. 52, 1216), ist eine Anlandung im Sinne des § 225 I 9 preuß. ALR., auch wenn sie noch schlammig und deshalb nicht betretbar ist.

II. Wassergesetz v. 4. 7. 13.

1. Allgemeines.

a) Landeswasseramt 27. 6. 10, JW. 17, 247, PrVerwBl. 37, 806. Für die Eintragung des Eigentums an Grundstücken ist das Wasserbuch nicht bestimmt. Dieses steht nur den Benutzungsrechten der in § 46 WasserG. bezeichneten Art und den Zwangsrechten nach §§ 331 bis 333 des Ges. offen.

b) α. Landeswasseramt 14. 12. 15, AÖffR. 35, 459, JW. 16, 441. Als preußisches Landesgesetz beschränkt das Wassergesetz v. 7. 4. 13 seine Geltung auf den Preußischen Staat und die diesem angehörigen Gewässer und Gewässerteile. Deshalb kann das Recht, gemäß § 50 a. a. O. einer Verleihung zu widersprechen, nur auf solche Tatbestände gegründet werden, die in den preußischen Hoheitsbereich fallen, nicht aber auf solche, nach denen die behaupteten Schäden des zu verleihenden Nutzungsrechts erst außerhalb Preußens sich geltend machen.

β. Herrmann, JW. 16, 441 folgert daraus, daß den nichtpreußischen Grundeigentümern, ebenso wie das Recht auf Erhebung von Widersprüchen, auch die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen gemäß §§ 51 ff. WasserG. versagt bleiben müsse, und auch Entschädigungsansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB. nicht hergeleitet werden könnten, da zwar zahlreiche Bestimmungen des WasserG. Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. seien, aber nur Interessenten im Geltungsbereiche des preuß. WasserG. schützten.

c) Landeswasseramt 2. 4. 16, JW. 16, 1033. Nichtpreußische Gemeinden und Behörden sind nicht befugt, in Preußen gegen die Verleihung eines Rechts, das die Leitung von Abwässern in öffentliche Flüsse zum Gegenstande hat, Widerspruch zu erheben.

2. Zu einzelnen Bestimmungen des Wassergesetzes.

a) **§ 9. RG.** 9. 5. 16, R. 16, 517, WarnE. 16, 255. § 9 Abs. 1 des WasserG. hat nicht den Zweck und nicht den Inhalt, den Gemeingebrauch an Wasserläufen erster Ordnung von dem bisherigen Inhalt eines früheren anderweiten Eigentums abhängig

zu machen, im Gegenteil ist gerade die absolute Geltung der Bestimmungen über den Gemeingebrauch an natürlichen Wasserläufen erster Ordnung beabsichtigt und in § 25 Abs. 1 (anders in § 25 Abs. 2 und 3) zum Ausdruck gebracht. Die Worte „mit dem bisherigen Inhalt" in § 9 Abs. 1 sollen nur dazu dienen, die Beschränkungen des bisherigen Eigentums gegenüber dem volleren Inhalte des nunmehrigen Wasserlaufeigentums aufrecht zu erhalten.

b) § 12 α. **RG** 9. 6. 15 (Begriff der „Anlandungen" i. S. des preuß. Wassergesetzes) — JDR. 14, Ziff. II 3 zu Art. 65) — auch **RG.** 87, 26.

β. **RG.** 25. 3. 16, R. 16, 479, WarnE. 16, 238. § 12 des preuß. WasserG. verweist keineswegs die Streitigkeiten zwischen dem Eigentümer des Wasserlaufs und den Eigentümern der Ufergrundstücke, die sich auf die Grenzen ihres Eigentums beziehen, vor die Wasserpolizeibehörde und vor die Verwaltungsgerichte. Er schreibt das in ihm behandelte Verfahren zur Festlegung der Uferlinie auch keineswegs zwingend vor. Ob eine solche Festlegung für die Abgrenzung des Eigentums am Wasserlauf und des Eigentums der Anlieger maßgeblich ist, wird dahingestellt gelassen.

c) **§ 115.** PrOVerwG. 28. 3. 16, PrVerwBl. 38, 157. Die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Räumung eines Grabens ist unabhängig davon, ob ein Wasserlauf unter Schau gestellt ist oder nicht. Für die Frage der gesetzlichen Räumungspflicht ist es ohne Belang, von wem, aus welchem Grunde und zu welchem Zwecke ein Graben, der den Grundstücken verschiedener Eigentümer zur Vorflut dient, angelegt worden ist.

d) **§ 182.** Landeswasseramt 3. 3. 16, PrVerwBl. 37, 462. Landespolizeiliche Genehmigungen zur Herstellung oder zur Benutzung von Anlagen in Wasserläufen begründen keine Privatrechte, die in das Wasserbuch eingetragen werden können. Unter den Zwangsrechten, die nach § 182 WasserG. in das Wasserbuch eingetragen werden können, sind nur solche zu verstehen, die nach dem Inkrafttreten des WasserG. in einem Verfahren gemäß § 340 WG. festgestellt sind.

e) **§§ 186—188.** Landeswasseramt 7. 7. 16, PrVerwBl. 38, 72. Die vorläufige Abweisung eines Antrags, der auf Eintragung von Rechten in das Wasserbuch gerichtet ist, entspricht nicht den Bestimmungen des WasserG. (§§ 186—188). Anträge auf Eintragung von Benutzungsrechten haben das beanspruchte Recht nach Art, Inhalt und Umfang zu bezeichnen. Anträge, die der notwendigen Bestimmtheit ermangeln, sind als offenbar unbegründet zurückzuweisen.

f) **§ 200.** Frankfurt 18. 5. 16, FrankfRundsch. 50, 36 (42). Die Veränderung des Wasserstandes i. S. der §§ 200 Abs. 1 u. 42 Nr. 2 WasserG. umfaßt auch die Entziehung des Wassers, a. M. Holtz-Kreutz, Anm. 10 § 200 (wollen §§ 42, 43 WasserG. anwenden).

g) **§ 324.** PrOVG. 23. 5, 16, SchlHolstAnz. 16, 138. Der in bezug auf das Deich- und Sielwesen in den schlesw.-holst. Marschdistrikten bisher geltende, auf Gesetz und Gewohnheit beruhende Rechtszustand ist durch das WasserG. nicht beseitigt, sondern aufrecht erhalten worden. Über die Zugehörigkeit zum Deichverband ist daher das Verwaltungsstreitverfahren nach den Vorschriften des Wassergesetzes nicht gegeben. Die Schleusen-, Wettern- und Wasserlösungsverbände in Schleswig-Holstein sind zwar nicht ohne weiteres Deichverbände i. S. der §§ 294ff. WasserG., sondern selbständige öffentlich-rechtliche Genossenschaften innerhalb des Deichverbandes, sie stehen aber in innigster unlösbarer Verbindung mit dem Deichverbande und fallen daher nicht unter das WasserG.

h) **§ 332.** LWasserA. 27. 6. 16, PrVerwBl. 38, 42. Der Anspruch des § 332 WG. richtet sich gegen jedes einzelne Grundstück; der Mangel des einen Anspruchs bedingt noch nicht die Zurückweisung des anderen.

i) **§ 379.** Frankfurt 18. 5. 16, FrankfRundsch. 50, 36 (44). § 379 Abs. 4 Nr. b WasserG. ist nicht anwendbar, wenn weder die Wassergewinnungsanlage eine Erweiterung des Be-

triebs erfahren, noch zum Nachteile des Geschädigten der Zustand, wie er vor dem Inkrafttreten des WasserG. bestand, sich verschlechtert hat.

C. Bayern. Wassergesetz v. 23. 3. 07.

a) **Art. 19.** *α.* BayVGH. 5. 11. 15, R. 16, 176. Die Frage, ob im Einzelfalle Rücksichten des Gemeinwohls vorliegen, die gemäß Art. 19 Abs. 2 des WasserG. Anlaß geben können, die Erlaubnis zur Zutageförderung oder Ableitung von Grund- oder Quellwasser zu versagen oder ihre Erteilung an Bedingungen zu knüpfen, ist von der Verwaltungsbehörde von Amtswegen zu prüfen. Doch ist auch den Vertretern von Gemeinwesen, die berufen sind, die Interessen der an der Wasserleitung beteiligten Personen oder Unternehmungen als Träger des Gemeinwohls zu schützen, unverwehrt, diese Interessen durch die Berufung auf das Gemeinwohl im verwaltungsrechtlichen Verfahren (Art. 177b) zur Geltung zu bringen und im Beschwerdewege zu verfolgen. Rücksichten des Gemeinwohls sind im allgemeinen anzunehmen, wenn öffentliche Mißstände oder schwere Beeinträchtigung oder Vernichtung einer Menge wertvoller Einzelinteressen verhütet werden soll.

β. BayVGH. 17. 3. 16, R. 16, 483. Art. 19 des WasserG. findet auf Grundstücke nicht Anwendung, über die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes in bezug auf ihr Quell- und Grundwasser durch in Ausführung begriffene Förderungs- und Ableitungsanlagen tatsächlich bereits verfügt gewesen war. Die Anwendbarkeit des Art. 19 auf einzelne Teile des Unternehmens ist zu verneinen.

b) **Art. 44ff.** *α.* BayVGH. 9. 6. 16, R. 16, 611. Die Ermächtigung nach Art. 45 Abs. 1 Ziff. 2 u. Abs. 2 des WasserG. kann auch erteilt werden, wenn im Falle der Entstehung eines Nachteils entsprechende Entschädigung gewährt wird. Der beteiligte Besitzer eines fremden Grundstücks (Art. 45 Abs. 1 Ziff. 2) hat einen Rechtsanspruch darauf, daß die Ermächtigung zu der beabsichtigten Wasserbenutzung versagt wird, wenn die Voraussetzungen zu einer Abweichung von den Bestimmungen in Abs. 1 Ziff. 1 u. 2 des Art. 45 WasserG. nicht gegeben sind.

β. BayVGH. 7. 7. 16, R. 16, 651. Die Verwaltungsbehörde ist nicht verhindert, gelegentlich des Genehmigungsverfahrens durch Auferlegung geeigneter Bedingungen im Interesse der Allgemeinheit die Förderung einer vernünftigen Wasserwirtschaft zu betreiben. Der VerwGH. hat im Streitfalle nur zu entscheiden, ob die bei Erteilung der Erlaubnis auferlegten Bedingungen nicht mit dem Gesetz im Widerspruche stehen.

c) **Artt. 112, 136.** BayVGH. 28. 4. 16, R. 16, 570. Die Voraussetzung des Art. 112 WasserG. liegt vor, wenn das Unternehmen infolge der Nichtbeiziehung wesentlich verteuert würde oder seine wirtschaftlichen Erfolge in besonderem Maße beeinträchtigt würden. — Von einer nutzbringenden Wirkung im Sinne des Art. 136 WasserG. kann nur gesprochen werden, wenn der dem Grundstücke nach der einen Richtung zugehende Nutzen den diesem etwa in einer anderen Richtung zugehenden Schaden überwiegt.

Art. 204. BayObLG. 1. 7. 16 (Straff.), BayRpflZ. 16, 360. Die Strafandrohung des Art. 204 Ziff. 1 WasserG. verbietet nur dem Eigentümer des niedriger liegenden Grundstücks, den Abfluß des Wassers in natürlicher oder in nicht belästigender größerer Stärke zu hindern, trifft also nicht die Hinderung des Wasserabflusses, zu dessen Herbeiführung der Eigentümer des höher liegenden Grundstücks nach Art. 17 Abs. 1 nicht befugt war. Die Anwendung der §§ 858ff. BGB. ist durch Art. 17 nicht ausgeschlossen.

D. Sachsen. Gesetz v. 12. 3. 09.

Dresden 30. 12. 13, SächsOLG. 36, 362. Das frühere sächsische Wasserrecht hat erst mit dem 1. 1. 1910, dem Inkrafttreten des WasserG. v. 12. 3. 1909, zu gelten aufgehört. (Die weiteren Erörterungen betreffen die Unzulässigkeit des Rechtswegs nach dem G. v. 12. 3. 09, auch wenn die im Rechtswege verfolgten Ansprüche vor dem 1. 1. 10 entstanden sind.)

Art. 67.

Bergrecht.

Schrifttum: Krusch, Gerichts- und Verwaltungsgeologie. Die Bedeutung der Geologie in der Rechtsprechung und Verwaltung. Stuttgart 1916. — Ungeheuer, ZBergR. 57, 240. Die geschichtliche Entwicklung der luxemburgischen Berggesetzgebung.

A. Preußen.

Schrifttum: Dickel, Forstzivilrecht 825 erachtet den § 105 preußABergG. über die Beschränkung der Grunderwerbsfähigkeit der Bergbeamten für aufgehoben, da es sich in ihm nicht um Bergrecht, sondern um die Integrität der Bergbeamten handle. — Müller-Erzbach, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands. 1. Hälfte. Stuttgart 1916. — Werneburg, ZBergR. 57, 58. Die hypothekarische Haftung des Bergschädenanspruchs. — Derselbe, ZBergR. 57, 168. Der Kausalzusammenhang zwischen dem Bergwerksbetrieb und dem Schaden gemäß § 148 ABergG. und §§ 823 ff. BGB.

I. Leistung der Entschädigung.

1. **RG.** 20. 3. 15, JDR. 14, Ziff. II 6, auch ZBergR. 57, 70.

2. **RG.** 18. 3. 16, JW. 16, 849, R. 16, 480, ZBergR. 57, 277. Der Umstand, daß die bergbaulichen Einwirkungen an das durch Risse beschädigte Gebäude nicht herangereicht haben würden, wenn nicht andere Umstände die Standfestigkeit des Grund und Bodens ungünstig beeinflußt hätten, ist für die Frage des ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem Schaden und den bergbaulichen Einwirkungen unerheblich.

3. **RG.** 30. 9. 16, LeipzZ. 16, 1545, WarnE. 16, 490. Daß der Ersatzanspruch aus § 148 AllgBergG. nur bei einem den Grundbesitzer treffenden groben Verschulden ausgeschlossen wird, hat das RG. in Auslegung des § 150 a. a. O. in ständiger Rechtsprechung angenommen. Dem Grundbesitzer, der zwar mit den allgemeinen bergbaulichen Gefahren rechnet oder rechnen muß, nicht aber auch mit der Gefährdungsursache, aus der demnächst wirklich der Schaden erwächst, steht die Vorschrift des § 150 nicht entgegen.

4. **RG. 4.** 10. 16, R. 17, 51, WarnE. 16, 492. Eine absolute Bausicherheit gibt es bei Grundstücken, unter denen oder in deren Nähe der Bergbau umgeht, nicht. Nur dann steht dem Bergwerksbesitzer der Einwand aus § 150 AllgBergG. zur Seite, wenn im Einzelfalle dem Grundstücke besondere Gefahren gedroht haben, und sie der Grundbesitzer aus grobem Verschulden unbeachtet gelassen hat.

II. Gläubiger der Entschädigung. Rechte der Realgläubiger.

1. Hamm 14. 4. 16, OLG. 33, 202. Gläubiger des Anspruchs aus § 148 ABergG. ist — mit der für Hypothekarier durch § 148 Abs. 2 vorgesehenen Maßgabe — jeder, der durch die Beschädigung von Grundstücken in seinen wie immer gearteten Rechten verletzt wird.

2. Düsseldorf 19. 11. 15, LeipzZ. 16, 632. Wenn dem Eigentümer eines hypothekarisch belasteten Grundstücks Ersatz wegen Bergschadens zu leisten ist, finden nach Art. 37 Nr. XI PrAG. z. BGB., Art. 67 Abs. 2, 52, 53 EG. z. BGB. die Vorschriften des § 1128 entsprechende Anwendung. Der Hypothekengläubiger steht dem Gläubiger gleich, dem die Forderung verpfändet ist, ohne daß es einer Beschlagnahme bedarf. Der Bergbautreibende kann daher nur an den Grundstückseigentümer und den Hypothekengläubiger gemeinschaftlich leisten. Klagt der Eigentümer auf Zahlung an sich, so ist seine Klage wegen ungenügender Legitimation abzuweisen, wenn nicht die Zustimmung des Hypothekengläubigers beigebracht wird oder der Fall des § 1128 BGB. vorliegt. Ist die Verurteilung mit der Maßgabe erfolgt, daß der Beklagte erst zu zahlen braucht, wenn der Schaden dem Hypothekengläubiger angezeigt und seit dem Empfange der Anzeige ein Monat verstrichen ist, ohne daß der Hypothekengläubiger Widerspruch erhoben habe, so hat der Kläger den Eintritt dieser Voraussetzung nach § 726 ZPO. nachzuweisen.

3. Werneburg, DNotV. 16, 6 erörtert an der Hand der Rechtslehre und Rechtsprechung die Rechte der Realgläubiger am Bergschadenersatz, die den Rechten des Hypothekengläubigers an der Versicherungsforderung bei der Gebäudeversicherung entsprechen. Im Gegensatze zu Ludowieg, JW. 09, 94 — JDR. 8, Ziff. I zu Artt. 52, 53 EG. — wird mit RG. 69, 247 die Ansicht gebilligt, daß im Falle der Zwangsversteigerung des beschädigten Grundstücks der Entschädigungsanspruch aus § 148 AllgBergG. mit dem Zuschlag auf den Ersteher des Grundstücks übergeht und nicht etwa dem Subhastaten verbleibt. Empfohlen wird dem Bergwerksbesitzer, im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks die Entschädigungssumme nach § 372 BGB. zu hinterlegen.

III. Gewerkschaften.

1. Fleischauer, ZBergR. 57, 236 bekämpft die in dem bergrechtlichen Schrifttum vertretene Ansicht, daß das über eine Gewerkenversammlung aufgenommene notarielle Protokoll die Verfügungsfähigkeit der Beteiligten feststellen und ferner negativ hervorheben müsse, daß gegen die Geschäftsfähigkeit der erschienenen Gewerken nichts einzuwenden gewesen sei.

2. Fleischauer, GruchotsBeitr. 60, 628 (Die Repräsentantenwahl bei Gründung der Gewerkschaft) bekämpft ein Urteil des RG. v. 20. 3. 15, ZBergR. 56, 534: Zur Entstehung einer Gewerkschaft ist der Übergang des Bergwerkseigentums auf sie erforderlich; hierzu bedarf es in allen Fällen der rechtsgeschäftlichen Übertragung durch Auflassung und Eintragung im Grundbuche. Vorher gefaßte Beschlüsse über die Errichtung einer Satzung und über die Bestellung eines Repräsentanten oder Grubenvorstandes sind keine Gewerkschaftsbeschlüsse und entbehren der rechtlichen Wirksamkeit.

3. RG. 27. 3. 15, ZBergR. 57, 77. Hat eine Gewerkschaft bei dem auf Grund eines Gewerkschaftsbeschlusses erfolgten Verkauf ihres Bergwerksvermögens einen Kaufpreis erlangt, der den vollen Wert des Unternehmens nicht nur erreicht, sondern sogar noch übersteigt, so ist der Fall, daß der Gewerkschaftsbeschluß nicht zum Besten der Gewerkschaft gereicht (§ 115 ABergG.), nicht gegeben. Der einzelne Gewerke kann daher in solchem Falle bei klageweiser Anfechtung des Beschlusses nicht oder nicht ohne weiteres geltend machen, daß der Käufer des Unternehmens zu noch vorteilhafteren Bedingungen gekauft haben würde.

4. a) *α.* RG. 5. 1. 16, BankA. 15, 199, GruchotsBeitr. 60, 679, JW. 16, 494, R. 16, Nr. 1321, ZBergR. 57, 213. Daß bei Gesellschaften die Staatszugehörigkeit sich nach dem Sitze der Gesellschaft bestimmt, ist ein feststehender Grundsatz des internationalen Privatrechts. Für gewerkschaftliche Gesellschaften besteht keine Ausnahme, etwa nach der Richtung, daß der Ort entscheide, wo das Bergwerk sich befindet. Die Staatshoheit des Bergwerksstaats erstreckt sich auf die auswärtige Gesellschaft nicht. Deshalb ermangelt eine nach gothaischem Rechte mit bergamtlicher Bestätigung errichtete Gewerkschaft der Rechtspersönlichkeit, wenn sie nach Inhalt der Satzung in Dortmund, also außerhalb des gothaischen Staates ihren Sitz haben soll. Sie erlangt die Rechtsfähigkeit auch nicht dadurch, daß sie nachträglich ihren Sitz nach Gotha verlegt.

β. Dazu die Bemerkungen von Isay, JW. 16, 494, der es rechtlich nicht für unzulässig erachtet, daß die von einem Staate mit juristischer Persönlichkeit beliehene Gewerkschaft in einem anderen Staate als rechtsfähig anerkannt wird.

b) RG. 22. 1. 16, E. 88, 53, BankA. 15, 200, JW. 16, 593, LeipzZ. 16, 464, R. 16, Nr. 491, ZBergR. 57, 215. Eine Gewerkschaft, die nachträglich ihren Sitz aus dem Verleihungsstaate herausverlegt, hört damit auf, als rechtsfähige Gewerkschaft zu bestehen.

5. RG. 20. 5. 16, R. 16, 480. Die §§ 135—142 ABergG. enthalten Bestimmungen nachgiebigen Rechts.

6. KG. (Strafs.) 15. 2. 16, ZBergR. 57, 283. Unter einer „Gefahr" i. S. des § 198 ABergG. ist ein Zustand, ein Ereignis oder eine Handlung zu verstehen, wovon eine nach-

teilige Einwirkung in bezug auf die dem Schutze der Bergpolizei unterstellten Interessen, also insbesondere die Sicherheit der Baue, der Gesundheit und des Lebens der Arbeiter zu besorgen ist. Als eine solche Gefahr ist der Betrieb einer unterirdischen elektrischen Eisenbahn nicht anzusehen. Ist für diesen Betrieb ein Betriebsplan eingereicht und werden von der Bergbehörde ohne Erhebung eines Einspruchs gegen den Betriebsplan für den Betrieb der Bahn besondere Bedingungen vorgeschrieben und diese vom Bergwerksbesitzer ohne Widerspruch angenommen, so sind die Bedingungen als Bestandteil des Betriebsplanes i. S. des § 67 ABergG. anzusehen.

B. Anhalt.

RG. 8. 7. 16, R. 16, Nr. 1775, WarnE. 16, 383. § 137 Anhalt. BergG. begründet, wie der gleichlautende § 148 preuß. ABergG., nur eine Verpflichtung zum Ersatze des Schadens, der „dem Grundeigentum oder seinen Zubehörungen" zugefügt ist, nicht aber zum Ersatze sonstigen Vermögensschadens.

C. Braunschweig.

1. **RG.** 23. 9. 16, LeipzZ. 16, 1545, R. 16, 652. Zum Betriebe des Bergwerkes i. S. des § 152 braunschw. BergG. (entsprechend § 148 preuß. BergG.) gehört nur die auf Gewinnung und Förderung, nicht auch die auf Aufbewahrung, Bearbeitung, Beförderung und Verwertung des Minerals gerichtete Tätigkeit, demnach auch die Ableitung der Grubenwässer, insofern dadurch die Gewinnung und Förderung des Minerals ermöglicht oder erleichtert wird, nicht dagegen der Betrieb einer mit dem Bergwerk verbundenen Fabrik oder die Ableitung der Abwässer aus dieser Fabrik (vgl. GruchotsBeitr. 55, 1170). Die Schadensersatzpflicht nach § 152 setzt keinerlei Verschulden des Bergwerksbesitzers voraus. Sie erstreckt sich zwar nicht auf einen bloßen Vermögensschaden; andererseits aber erfordert die Beschädigung des Grundeigentums nicht eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit des Grundstücks, sondern kann auch in einer bloßen Minderung seiner Tauglichkeit oder seines Wertes bestehen.

2. Braunschweig 10. 3. 16, BraunschwZ. 16, 87. Zur Ausbeutung eines Steinbruchs kann eine Gewerkschaft nicht gebildet werden.

D. Elsaß-Lothringen.

RG 18. 12. 15, LeipzZ. 16, 464, R. 16, 232, ZBergR. 57, 203. Wird dem Bergbauberechtigten die Ausübung seiner Gerechtsame für einen bestimmten räumlichen Bezirk, z. B. durch die Errichtung von Festungswerken, gänzlich entzogen, so liegt eine „Beeinträchtigung" des Bergwerkseigentums vor, die gemäß § 40a elslothr AG. z. BGB. einen Anspruch auf Entschädigung begründet. Bei Bemessung der Entschädigung ist jedoch zu berücksichtigen, daß durch die Untersagung des Bergbaus insoweit ein Schaden nicht entstanden ist, als dadurch zugleich die Entstehung eines Schadens verhütet worden ist, den der Bergwerksunternehmer durch seinen Bergwerksbetrieb dem im Eigentum des Militärfiskus stehenden Festungswerke zugefügt hätte.

Art. 68.

Darmstadt 3. 11. 11, HessRspr. 16, 303. Durch Art. 68 sind nur solche gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Vorschriften aufrecht erhalten, welche Gewinnungsrechte der dort umschriebenen Art für gewisse territoriale Gebiete gestatten, also nur landesrechtliche Sondervorschriften. Der Vorbehalt bezieht sich also nicht auf allgemeine Rechtssätze des Gemeinen Rechts, wie diejenigen über die irregulären Personalservituten, wonach der Inhalt einer Grunddienstbarkeit als eine persönliche Dienstbarkeit bestellt werden konnte, die vererblich und veräußerlich war, und der Kreis der persönlichen Dienstbarkeiten unter Anerkennung der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit erweitert wurde. Im Großherzogtum Hessen haben vor dem Inkrafttreten des BGB. keine Vor-

schriften bestanden, die vererbliche und veräußerliche Gewinnungsrechte des bezeichneten Art, z. B. das Recht, Schwerspat eines Grundstücks auszubeuten, gestattet hätten.

Art. 69.

A. Jagdrecht.

I. Preußen (JagdO. v. 15. 7. 07).

1. Jagdbezirke. a) PrOVerwG. 17. 5. 15, E. 69, 354. Die Eigentümer mehrerer zusammenhängender Grundstücke, die einzeln weniger als 75 ha, zusammen aber mindestens 75 ha groß sind, können sich einen Eigenjagdbezirk dadurch schaffen, daß sie sich wechselseitig je ein Tausendstel ihrer Grundstücke zum Eigentum übertragen. Vorausgesetzt wird hierbei, daß die Eigentumsübertragung nicht zum Schein, sondern ernstlich vorgenommen ist. Bedenken gegen die Ernstlichkeit können daraus entnommen werden, daß der Grundbuchrichter nach der Eintragung des Eigentumsüberganges einen Widerspruch gegen die Richtigkeit gemäß § 54 GBO. im Grundbuch eingetragen hat.

b) PrOVerwG. 11. 10. 15, PrVerwBl. 37, 216, R. 16, 110. Bei der Feststellung, ob die Umschließung mindestens 90 v. H. beträgt (§ 7 Abs. 5 JagdO.), müssen die dem umschließenden Walde bereits angeschlossenen Flächen mitberücksichtigt werden. Waldenklaven können aus Grundstücken bestehen, die verschiedenen Gemeindebezirken angehören.

c) PrOVerwG. 17. 1. 16, PrVerwBl. 37, 649, R. 16, 478. Ein benachbarter Jagdbezirk i. S. des § 12 Abs. 2 JagdO. muß nicht notwendig ein angrenzender sein. Bei Festsetzung des Pachtpreises nach § 12 Abs. 2 ist neben den Pachtpreisen benachbarter Jagdbezirke auch die Jagdergiebigkeit dieser Bezirke an sich und im Verhältnis zur Ergiebigkeit der Anschlußfläche zu berücksichtigen.

d) PrOVerwG. 23. 9. 15, PrVerwBl. 37, 250, R. 16, 109. Der Fiskus ist infolge der Nutzungsrechte, die ihm an einem zum gemeinschaftlichen Jagdbezirke gehörigen öffentlichen Flusse zustehen, Jagdgenosse im Sinne der §§ 16, 25 der JagdO. Dieser Grundsatz gilt auch für Schleswig-Holstein.

e) PrOVerwG. 6. 7. 14, DJZ. 16, 445. Zu den Grundflächen i. S. des § 4 JagdO. gehören nicht nur Land-, sondern auch Wasserflächen. Aus beiden kann ein Eigenjagdbezirk gebildet werden, wenn sie wenigstens 75 ha umfassen und land- oder forstwirtschaftlich benutzbar sind.

2. Jagdpacht. a) **RG.** 25, 6. 15, JDR. 14, Ziff. A I B 3a zu Art. 69 (Form der Jagdpachtverträge), auch **RG.** 87, 196.

b) PrOVerwG. 14. 12. 14, E. 69, 346. Bei freihändiger Verpachtung können die Person des neuen Pächters in die Bekanntmachung über die Art der Verpachtung und die Höhe des Pachtzinses in die Pachtbedingungen aufgenommen werden. Ist beides durch das in § 21 Abs. 3 u. 4 JagdO. vorgeschriebene Verfahren festgestellt, so kann es nicht mehr im Wege des Einspruchs angefochten werden.

c) KG. (Strafs.) 28. 9. 15, LeipzZ. 16, 90. Wer sich nur in der Begleitung eines Jagdpächters befindet und eine schriftliche Erlaubnis des anderen Jagdpächters nicht bei sich hat, ist nach § 75 JagdO. zu bestrafen (KGJ. 8, 213).

d) PrOVerwG. 16. 12. 15, PrVerwBl. 37, 520, R. 16, 478. Auch dann, wenn ein Jagdpachtvertrag in dem Beschlußverfahren gemäß § 23 Abs. 2 JagdO. aufgehoben worden ist, steht dem Jagdpächter noch die in § 24 Abs. 2 a. a. O. gegebene Klage im Verwaltungsstreitverfahren zu. Ist der gegen den Abschluß des Jagdpachtvertrags erhobene Einspruch in dem Beschlußverfahren gemäß § 23 Abs. 2 a. a. O. für begründet erachtet worden, so ist für das Verwaltungsstreitverfahren materiell (wegen Fortfalls des Jagdpachtvertrags) kein Raum.

e) PrOVerwG. 18. 11. 15, PrVerwBl. 37, 440, R. 16, 256. Liegt ein unanfechtbar gewordener Verteilungsplan vor, so kann der Jagdvorsteher mit der Klage

aus § 25 Abs. 4 der JagdO. nicht zur Aufstellung eines anderweitigen Verteilungsplans genötigt werden. Die Klage aus § 25 Abs. 4 schließt die aus § 71 aus.

3. Wildschadenersatz. a) PrOVerwG. 29. 4. 15, R. 16, 226. Ist Wildschaden durch Schwarzwild verursacht, so hindert der Umstand, daß der Geschädigte im Zivilprozeß Ansprüche aus § 64 Abs. 1 JagdO. geltend machen kann, nicht die Erhebung selbständiger Wildschadenansprüche gemäß §§ 51ff.

b) PrOVerwG. 25. 10. 15, R. 16, 225. Lehnt die Ortspolizei die Ermittelung und Schätzung eines behaupteten Wildschadens wegen Versäumung der Anmeldefrist ab, so steht ein solcher Bescheid einem Vorbescheid i. S. des § 59 JagdO. gleich (vgl. OVG. 36, 360).

c) PrOVerwG. 19. 8. 16, R. 16, 648. Kommt es in dem zur Ermittlung des Schadens festgesetzten Ortstermine zu einer Einigung zwischen den Beteiligten über die Höhe des Schadens, so braucht der Vergleich nicht schriftlich festgelegt zu werden, ist vielmehr in mündlicher Form gültig. Der Vergleich schließt ein weiteres Verfahren vor den Verwaltungsgerichten aus.

4. Dickel, Forstzivilrecht 1040 erachtet als Gegenstand des Jagdrechts im Gegensatze zu der Rspr. des Reichsgerichts, unter Berufung auf das OLG. Jena, das schädelechte Geweih eines eingegangenen Hirsches, das schädelechte Gehirn eines eingegangenen Rehbocks, auch wenn das Tier im übrigen vollständig verwest ist (1047). Bei der Streitfrage der Teilbarkeit des Jagdausübungsrechts unterscheidet er zwischen räumlicher Teilung und Teilung nach Wildgattungen. Das Jagdrecht sieht er als Eigentumsinhalt (nicht als Realrecht) an, aus dieser Auffassung zieht er zahlreiche Folgerungen für Anwendung des BGB. über Nutzungen und Früchte. Er behandelt den Jagdpachtvertrag als Vertrag über das Grundstück und wendet §§ 571ff. auf ihn an, spricht das Wilderergut dem Jagdherrn kraft Fruchtrechts zu.

II. Bayern.

BayVGH. 7. 6. 16, R. 16, 611. Bei einem Streit über Verweigerung der Ausstellung von Jagdkarten beschränkt sich die Zuständigkeit des VerwGerichtshofs auf die Entscheidung der Frage, ob die den Streitgegenstand bildende Jagdkartenverweigerung gesetzlich zulässig sei, nicht aber auf die Frage, ob genügender Anlaß bestanden habe, von der gesetzlichen Verweigerungsbefugnis Gebrauch zu machen (Art. 18 Ziff. 18 VerwGG., Art. 19 JagdG.).

III. Hessen.

a) LG. Mainz 7. 6. 15, HessRspr. 17, 140. Im Großherzogtum Hessen ist das Jagdrecht derart geregelt, daß die Ausübung der Jagd zwar ein mit dem Grundeigentume verbundenes Recht ist, daß aber regelmäßig die einzelnen Grundstückseigentümer das Jagdrecht nicht persönlich ohne weiteres ausüben dürfen, sondern durch die Gemeinde, und zwar auf dem Wege der Versteigerung. Ist durch eine Verfügung der einzelnen Grundeigentümer die Ausübung der Jagd unmöglich gemacht worden, so ist für den dadurch dem Jagdpächter erwachsenen Schaden die Gemeinde nicht verantwortlich.

b) A. M. Marx a. a. O. S. 141, da die Gemeinde Repräsentantin der Verpächtergemeinschaft sei.

B. Fischerei.

I. Preußen.

Vorbemerkung: Am 11. 5. 16 ist in Preußen ein für alle Landesteile bestimmtes Fischereigesetz (GS. 55) ergangen; der Zeitpunkt seines Inkrafttretens wird (§ 135) durch Kgl. VO. bestimmt werden. Aufgehoben werden u. a. das Fischereigesetz v. 30. 5. 1874 (GS. 197) und das Ges. v. 30. 3. 1880 (GS. 228), die §§ 170—192 I 9, §§ 72—78 II 15 preußALR., § 134 Abs. 1 Ges. über die allg. Landesverw. v. 30. 7. 1883 und §§ 98—102 ZuständigkeitsG. v. 1. 8. 1883.

Schrifttum: A. Kommentare von Delius und Herrmann (1916).
B. Abhandlungen.

1. a) Delius, PrVerwBl. 37, 268 bespricht den am 4. 1. 16 dem Herrenhause zugegangenen Entwurf eines neuen preußischen Fischereigesetzes, desgl. 37, 385 die im Herrenhause beschlossenen Änderungen.

b) Lippmann, DJZ. 16, 954. Das neue preußische Fischereigesetz.

c) Wenzel, PrVerwBl. 37, 342. Zur Frage der Fischereiberechtigung im Fischereigesetzentwurf § 7 Abs. 2.

2. a) Die wesentlichen Neuerungen des Gesetzes (Feststellung der Fischereirechte durch Eintragung in das Wasserbuch, Uferbetretungsrecht, Zwangsgenossenschaften, Strafvorschriften, Zuständigkeit des Landeswasseramtes) erörtert Herrmann, JW. 16, 891.

b) Einen kurzen Abriß des Fischereirechts nach dem G. v. 11. 5. 16 gibt Dickel, Forstzivilrecht 1072.

C. Rechtsprechung.

1. RG. 4. 10. 15, R. 16, 51. Der Schutz des 43 des FischereiG. v. 30. 5. 1874 erstreckt sich auch auf das durch Besitzübertragung und Ausübung auch gegenüber Dritten wirksam gewordene Aneignungsrecht des Fischereipächters. Für das Verschulden nach § 43 wird nicht mehr erfordert, als die Erkenntnis, daß trotz der Kläranlagen die Zuführung der Abwässer der Fischerei schädlich sein könne.

2. RG. 6. 10. 16, R. 17, 52, WarnE. 16, 494. Die Fischerei in der Elbe, einem öffentlichen Strome, ist an sich staatliches Regal (ALR. II 15 § 73); es kann aber ein Fischereirecht durch Privileg erworben sein. Wer das Bestehen eines Mitfischereirechts behauptet, hat dies zu beweisen.

3. Vgl. auch unten Ziff. III zu Art. 109.

Artt. 70—72.

Dickel, Forstzivilrecht 1066ff. (Übersicht über die Gebietsteile, für welche die einzelnen Vorbehalte in Preußen Bedeutung haben). S. 1072 wird gegen Delius der Standpunkt vertreten, daß die Regelung der Haftung für Kaninchenschaden im ehemaligen Kurhessen, weil die Kaninchen nicht mehr jagdbar sind, durch Vorbehalt nicht gedeckt sei, daß also die Vorschriften des kurhessischen JagdG. insoweit beseitigt seien.

Art. 77.

A. Deutsches Reich (G. v. 22. 5. 10).

1. RG. 3. 12. 15, JDR. 14, Ziff. 2b zu Art. 77, auch E. 87, 347, LeipzZ. 16, 805.

2. Hamburg 17. 4. 16, LeipzZ. 16, 965 hält die Haftung des Reichs nach dem RG. v. 22. 5. 10 für denkbar, wenn ein auf einem als Prise aufgebrachten ausländischen Schiffe befindlicher deutscher Prisenoffizier in Verletzung einer Amtspflicht einem anderen Schiffe z. B. durch Zusammenstoß beider Schiffe Schaden zugefügt hat.

3. Werneburg, DJZ. 16, 290 behandelt die Haftung des (Reichs-)Militärfiskus in der Richtung nach innen (gegenüber seinen Organen oder Angehörigen) und nach außen (gegenüber Dritten) aus rein privatrechtlichen Akten und aus Akten der staatlichen Militärhoheit an der Hand der Gesetzgebung und Rechtsprechung.

4. Delius, LeipzZ. 16, 911 (Haftung für Beschädigung durch Beamte und Militärpersonen während des Krieges). Das RG. v. 22. 5. 10 bezieht sich nicht auf Schäden, welche bayrische Militärpersonen und Militärbeamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt verursachen, für solche Schäden haftet vielmehr nach §§ 60ff. bay. AusfG. z. BGB. v. 9. 6. 1899 der bayr. Staat. Dies gilt auch von den bayr. Militärbefehlshabern. Wird das Deutsche Reich in Anspruch genommen, so ist die Erhebung eines Konflikts (nach Art des preuß. G. v. 13. 2. 1854) nicht zulässig. Wird eine preußische Militärperson zivilrechtlich in Anspruch genommen in einem Falle, wo das Reich nicht haftbar ist, z. B. bei Ersatzklagen von Ausländern, so kann die Erhebung des Konflikts

in Frage kommen. Handeln Zivilverwaltungsbeamte des Reichs oder der Bundesstaaten auf Anordnung oder im Auftrage des Militärbefehlshabers (§ 4 preuß. G. v. 4. 6. 1851), so haftet für den dadurch verursachten Schaden das Deutsche Reich. Ob die schädigende Handlung der Beamten und Militärpersonen innerhalb oder außerhalb des Deutschen Reichs stattgefunden hat, und ob Inländer oder Ausländer die Geschädigten sind, ist gleichgültig. Die Haftung für Schäden, die die Zivilbeamten in den besetzten feindlichen Gebieten anrichten, richtet sich nach dem Landesrecht des besetzten Gebiets, in Polen z. B. nach art. 1384 code civil.

B. Preußen (G. v. 1. 8. 09 und 14. 5. 14).

I. Haftung des Staates.

1. RG. 19. 11. 15; 87, 294, JW. 16, 191, LeipzZ. 16, 545. Der Staat haftet für das Versehen eines Gerichtsvollziehers, das darin liegt, daß er es unterlassen hat, dem auf den Erlös zwangsversteigerter Sachen Ansprüche erhebenden Vermieter vor der Auszahlung des Erlöses eine angemessene Zeit zur Beibringung eines Einstellungsbeschlusses zu lassen.

2. RG. 21. 12. 15; 87, 412. Haftung für Zustellungsversehen eines Gerichtsvollziehers.

3. RG. 14. 12. 15, LeipzZ. 16, 816 behandelt die Haftung des preußischen Staates für den Schaden, den bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks ein beteiligter Beamter durch verschuldete Versagung des Zuschlags herbeigeführt hat.

4. RG. 7. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 501, LeipzZ. 16, 755, R. 16, Nr. 243, 306. Ein Standesbeamter, der gegenüber einem Mündel die ihm nach §§ 48—50 FGG. obliegenden Anzeigepflichten verletzt, haftet dem Mündel nach § 839 BGB., und an seine Stelle tritt die Haftung des Staates nach § 1 des preuß. G. v. 1. 8. 09. Die Anzeigen sollen den Vormundschaftsrichter über das Anwachsen der eine Vormundschaft erfordernden Fälle auf dem laufenden halten; sie sind für die Anordnung der Vormundschaft und für die Interessen des Mündels der unentbehrliche Anstoß und der erste Schutz.

5. a) RG. 21. 12. 15; 87, 419, JW. 16, 436. Der preußische Staat haftet für den Schaden, den seine Polizeibeamten durch Verletzung ihrer amtlichen Schweigepflicht (KabO. v. 21. 11. 1835 und § 88 II 10 preuß. ALR.; vgl. RG. 35, 403, RG. (Strafs.) 28, 424; 41, 4) verursacht haben.

b) RG. 21. 3. 16; 88, 171, JW. 16, 848, 1416, 416, LeipzZ. 16, 1228. Der Beamte hat die Schweigepflicht nicht bloß im Interesse des inneren Dienstes auszuüben, sondern sie liegt ihm auch denen gegenüber ob, die ein Interesse an ihrer Erfüllung haben und denen durch ihre Verletzung Schaden zugefügt werden kann. Sofern dem Polizeibeamten die behauptete Amtspflichtverletzung zur Last fällt, geschieht sie auch in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt.

c) Vgl. dazu die Bemerkungen von Delius, GesuR. 17, 601.

6. RG. 23. 5. 16; 88, 256, JW. 16, 1416, LeipzZ. 16, 1229, R. 16, 422. Die Ausnahmebestimmung in § 1 Abs. 3 preuß. G. v. 1. 8. 09 kommt nur zur Anwendung, wenn dem Beamten ein unmittelbarer Anspruch gegen die Beteiligten auf die Gebühren zusteht, nicht aber, wenn nur der Staat (oder der Kommunalverband) den Gebühren-anspruch gegen die Beteiligten hat und der Beamte sich nur an jene halten kann, wie dies im Verwaltungszwangsverfahren in Ansehung der Gebühren des Vollziehungsbeamten der Fall ist (§ 55 preuß. VO. v. 15. 11. 1899).

II. Haftung der Gemeinde.

1. Cassel 3. 12. 15, SeuffA. 71, 102. § 4 des preuß. G. v. 1. 8. 09 findet keine Anwendung auf Verletzungen der Amtspflicht, die der Landrat als Vorsitzender des Kreisausschusses in Angelegenheiten der Selbstverwaltung begeht. Für den hierdurch entstandenen Schaden haftet nicht der Kreiskommunalverband, sondern der Staat.

2. RG. 21. 1. 16: 88, 51, JW. 16, 753, LeipzZ. 16, 1427, R. 16, 171. In Preußen haftet die Gemeinde für Versehen des Schiedsmanns. Dieser erhält keine Gebühr als Vergütung für die amtliche Tätigkeit im ganzen oder für gewisse Amtshandlungen. Schreibgebühren und Auslagenersatz hat er zu beanspruchen, damit er durch seine unentgeltliche Tätigkeit nicht auch noch einen unmittelbaren Vermögensnachteil erleide.

3. RG. 28. 1. 16, R. 16, Nr. 1122. Ein Volksschullehrer ist von der Haftung für den Schaden, den sein Schüler bei einem von ihm geleiteten Spiel einem Vorübergehenden durch einen Ballwurf zugefügt hat, durch das G. v. 1. 8. 09 nicht befreit.

4. Meene, R. 16, 471. Für Amtspflichtverletzungen städtischer Oberlehrer haftet nach wie vor die Gemeinde auf Grund des § 4 des preuß. G. v. 1. 8. 09. Das gleiche gilt für die kommunalen mittleren und Fachschulen.

C. Bayern.

BayVGH. 28. 6. 16, R. 16, 651. Die Aufnahme von Darlehen für die Gemeinde, sei es in der Form der Ausstellung oder Begebung von Wechseln oder in anderer Weise ist keine Tätigkeit, bei der die Gemeinde durch ihre Vertretungsorgane dem anderen Teile obrigkeitlich in Ausübung von Hoheitsrechten oder Machtbefugnissen entgegentritt und ihm gegenüber ihren rechtlich überwiegenden Willen zur Geltung bringt, d. i. in Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt sich befindet.

D. Hamburg.

1. Hamburg 27. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 161, R. 16, Nr. 240. Wird eine Person auf der Straße infolge einer von den Staatsbehörden angeordneten und von Militärpersonen ausgeführten Sprengung verletzt, so handelt es sich um einen Schaden, der bei Ausübung der Militärhoheit entstanden ist und bei dem die mit der Beaufsichtigung betraut gewesenen Offiziere als Staatsbeamte im Sinne des Art. 77 in Betracht kommen können (RG. 54, 198; 55, 172; 72, 349).

2. Hartmann, HansGZ. 16, Beibl. 101 (Zur Frage der Haftung des hamburgischen Staates für seine Beamten) bespricht RG. in HansGZ. 15, Beibl. 250 und das Urteil v. 27. 11. 15, vorstehend zu 1.

E. Elsaß-Lothringen.

1. Colmar 2. 1. 15, ElsLothJZ. 16, 21. Eine Schulschwester, wenn sie auch im übrigen als Kongregationsmitglied der Dienstaufsicht ihrer Kongregation und des Bischofs unterstellt bleibt, ist doch insoweit, als sie als Lehrerin für die Erteilung des Unterrichts an der Elementarschule einer Gemeinde tätig wird, auch Beamtin dieser Gemeinde. Für den durch ihre Fahrlässigkeit erwachsenen Schaden hat daher nach § 40 elslothr. AG. BGB. die Gemeinde aufzukommen.

2. RG. 12. 7. 16, LeipzZ. 16, 1431. Eine Verpflichtung des Geschäftsherrn (commettant) zum Ersatze des durch die schädigende Handlung des Angestellten (préposé) verursachten sog. immateriellen Schadens ist aus art. 1384 code civil nicht herzuleiten. Der Geschädigte hat daher nach art. 1394 c. c. keinen Anspruch auf Schmerzensgeld gegen den preußischen Staat wegen der ihm durch Polizeibeamte zugefügten Mißhandlung. Die preußische Landesgesetzgebung hat die Ersatzpflicht in ihrer bisherigen Ausdehnung, also unter Beschränkung auf materiellen Schaden aufrecht erhalten.

Art. 80.

BayVGH. 17. 11. 15, R. 16, 229. Auf die Beziehungen des Pfründenbesitzers zum Pfründevermögen wegen der baulichen Unterhaltung der Pfründegebäude sind die Bestimmungen des BGB. über den Nießbrauch zur entsprechenden Anwendung zu bringen, unter aushilfsweiser Heranziehung der VO. v. 28. 2. 1851, die Benutzung und Unterhaltung der Staatsgebäude betreffend. Hiernach fallen unter die gewöhnliche Unterhaltung der Sache nicht außergewöhnliche Ausbesserungen oder Erneuerungen.

Art. 86.

1. KG. 6. 10. 14, OLG. 32, 89. Gelten die durch die staatliche Genehmigung begründeten Rechte als im Augenblicke des Erbfalls entstanden, so gilt das gleiche von den Pflichten, von deren Erfüllung die Genehmigung abhängig gemacht worden ist und die somit lediglich einen Teil der Genehmigung bilden.

2. **RG.** 24. 6. 16; 88, 335, R. 16, Nr. 1559. Eine genehmigungspflichtige, aber noch nicht genehmigte Zuwendung ist nicht nichtig, sondern begründet einen Schwebezustand, der dem von rechtsgeschäftlichen Bedingungen ähnlich ist (**RG.** 75, 406; 76, 385). Während dieses Schwebezustandes besteht jedenfalls ein Rechtsverhältnis, das nicht nur Feststellungsklagen (JW. 98, 639, Nr. 4, **RG.** 75, 406), sondern auch die Eintragung von Hypotheken ermöglicht.

Art. 96.

1. Stuttgart 11. 11. 15, R. 16, Nr. 104, WürttJ. 28, 67. Altenteilsforderungen sind regelmäßig pfändbar; nur das Wohnungsrecht kann nach württ. Recht nicht gepfändet werden (Art. 10 G. v. 2. 12. 04, RGBl. 401).

2. **RG.** 28. 6. 16, R. 16, 649. Die an Stelle der Naturalleistung unter Umständen zu gewährende Geldleistung (Art. 15 § 8 preuß. AG. BGB.) stellt sich als Schadensersatz dar und ist daher unter dem Gesichtspunkt einer Ersatzleistung zu beurteilen (**RG.** 70, 173). Auch wenn bereits die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Ersatzanspruchs vorliegen, ist der Berechtigte nicht gehindert, zunächst noch die Naturalleistung zu verlangen. Das demnächst über den Ersatzanspruch ergehende Urteil führt nicht zu einer Entscheidung des früheren bereits abgeschlossenen Rechtsstreits über die Naturalleistung, sondern stellt nur fest, daß der früher geltend gemachte Hauptanspruch weggefallen ist, und setzt an dessen Stelle den Ersatzanspruch.

Art. 103.

1. Kayser, PrVerwBl. 37, 378. § 1613 BGB. findet auf den dem Armenverband gegen den Unterstützten und seine alimentationspflichtigen Verwandten zustehenden Erstattungsanspruch keine Anwendung, mag man in § 62 UWG. eine gesetzliche Zession sehen und diese auch in § 68 UWG. hineintragen, oder mag man (mit demselben Verf. in PrVerwBl. 36, 503) durch § 68 einen von dem Anspruche des Unterstützten losgelösten selbständigen Anspruch begründet ansehen.

2. Hamburg 25. 2. 15, SeuffA. 71, 29. Durch Scheidung der Ehe erlischt die Stellung des Mannes als Familienoberhauptes im Sinne des brem. G. v. 21. 6. 11 betr. den armenpolizeilichen Arbeitszwang.

Art. 105.

1. a) **RG.** 10. 11. 15, JW. 16, 143, R. 16, 48, WarnE. 16, 44. Beruht das Recht, die Eisenbahn mit einem Wege zu kreuzen, auf einer Separation, so besteht eine Entschädigungspflicht der Eisenbahn im Falle der Erschwerung der durch die Separation begründeten dauernden Dienstbarkeit. Ob die Verneinung einer Entschädigungspflicht wegen Beseitigung einer auf Grund des § 14 EnteignG. angeordneten Einrichtung, wie **RG.** 84, 113 annimmt, begründet ist, erscheint dem V. ZS. bedenklich.

b) Vgl. auch Ziff. VII zu Art. 109.

2. Colmar 23. 12. 14, ElsLothJZ. 16, 15. Auch nach Art. 22 des elsloth. EisenbahnpolizeiG. v. 15. 7. 1845 haften die Konzessionsinhaber oder Pächter der Bahn für den durch eine Betriebshandlung verursachten Schaden dann jedenfalls nicht, wenn die Betriebsbeamten die im Bahnbetrieb erforderliche Sorgfalt beobachtet haben.

3. Zu § 25 des preuß. EisenbahnG. v. 3. 11. 1838 spricht Dickel, Forstzivilrecht 622 ff. aus: Das Reichsgericht und mit ihm die übrige Rechtsprechung begründe die Haftung des Eisenbahnherrn für Funkenflug zutreffend mit der Haftung im Falle des Handelns auf eigene Gefahr, ohne daß eine Gesetzesvorschrift das ausspricht; von diesem

Standpunkte sei es nicht folgerecht, den § 25 noch für aufrecht erhalten anzusehen; § 25 sei in der Hauptsache aufgehoben und insoweit überflüssig, aber auch insofern nachteilig, als er die Haftung auf die im Eigentum stehenden Sachen beschränke; sei § 25 nicht mehr in Geltung, so hafte der Eisenbahnherr den Jagdherrn auch für Verletzung des jagdbaren Wildes in freier Wildbahn. Über Haftung für das im Wildpark überfahrene Wild vgl. S. 624 und 1064ff.

Art. 109.

Schrifttum: Kraft, GruchotsBeitr. 60, 268. Die Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe der Staatshoheit.

I. Allgemeines.

Kraft a. a. O. 279. Der Rechtsweg ist ausgeschlossen für den Anspruch auf Beseitigung staatshoheitlicher Einrichtungen oder Aufhebung bzw. Unterlassung staatshoheitlicher Maßnahmen, die in Privatrechte eingreifen. Der Rechtsweg ist zulässig für den Anspruch auf Abstellung oder tunlichste Einschränkung der durch die Ausübung des betreffenden Staatshoheitsrechts nicht notwendig bedingten Begleit- und Folgeerscheinungen, die in Privatrechte eingreifen. Der Rechtsweg ist in vollem Umfange zulässig für den Anspruch auf Entschädigung, soweit nicht Sondergesetze Abweichendes bestimmen.

II. Schatz- und Gräberfunde.

Holz (Schatz- und Gräberfunde), LeipzZ. 16, 362 empfiehlt im Anschluß an einen Aufsatz von Pick in der „Museumskunde" Bd. 11 Heft 3 eine Änderung des § 8 des preuß. AusgrabungsG. v. 26. 3. 14 dahin, daß an die Stelle des „gemeinen Wertes" die „vollständige Entschädigung" zu treten hätte und die Bemessung der Entschädigung einer Behörde oder Person, am besten dem Sachverständigen der Enteignungsbehörde zu übertragen wäre.

III. Eingriff in Fischereirechte.

1. **RG.** 28. 9. 15, LeipzZ. 16, 1492, R. 16, 51 verbleibt bei der Auffassung **RG.** 54, 260 über die Entschädigungspflicht des Staates im Falle des Eingriffs in die an öffentlichen Flüssen bestehenden Fischereirechte durch die im öffentlichen Interesse an den Flüssen getroffenen Maßregeln (Regulierungen, Buhnenbau usw.).

2. **RG.** 12. 10. 15, LeipzZ. 16, 1475, R. 16, 50. Die zum Wohle des gemeinen Wesens abgenötigte Aufopferung besonderer Rechte und Vorteile, wie § 75 der Einl. zum preuß. ALR. voraussetzt, liegt auch vor, wenn eine wasserrechtliche Zwangsgenossenschaft, die (§ 65 G. v. 1. 4. 1879) den gemeinen Zwecken der Landeskultur dient, durch ihre hierzu satzungsgemäß und mit staatlicher Genehmigung vorgenommenen Maßregeln der Flußregulierung die Fischereierträge eines Fischereiberechtigten mindert. Der Anspruch entsteht in der Person des unmittelbar Geschädigten (z. B. des Pächters). Unerheblich ist, ob dieser der Genossenschaft als Mitglied angehört, oder daß die Fischereiberechtigung durch die Pachtdauer zeitlich begrenzt ist.

IV. Bergpolizeiliche Verfügungen.

RG. 18. 9. 15; 87, 391, R. 16, 226 (hier 18. 12. 15). Soweit eine bergpolizeiliche Verfügung auf dem Gebiete des allgemeinen Polizeirechts erlassen ist, ist ein Entschädigungsanspruch ausgeschlossen. Soweit dagegen die Anordnung sich als ein außergewöhnlicher Eingriff in die regelmäßige und an sich erlaubte Art der Ausübung des Bergwerkseigentums darstellt, wird ein aus den allgemeinen Landesgesetzen herzuleitender Entschädigungsanspruch durch ihre Eigenschaft als bergpolizeiliche Anordnung nicht ausgeschlossen (**RG.** 72, 85).

V. Jagdregulativ.

Rostock 14. 10. 15, MecklZ. 34, 159 verneint das Bestehen eines Entschädigungsanspruchs der zur Jagdausübung befugten Bürger gegen eine Stadtgemeinde, der darauf gegründet war, daß ein landesherrlich bestätigtes Jagdregulativ fortan die Ausübung des Jagdrechts von der Lösung einer Jagdkarte abhängig gemacht habe. Es wird aus dem Inhalte des Regulativs gefolgert, daß eine Änderung des bisherigen Verhältnisses beabsichtigt ist, ohne Rücksicht darauf, daß die Rechte der bereits im Besitze des Bürgerrechts befindlichen Einwohner durch die Lösung einer Jagdkarte verletzt werden.

VI. Kriegsleistungen.

RG. 6. 12. 15, WarnE. 16, 63. Einen Eingriff in das Privatrecht zum gemeinen Wohl nach Art der Enteignung enthält die Wegnahme von Pferden und Fahrzeugen für den Kriegsbedarf durch den Staat (das Reich) nach Maßgabe des Kriegsleistungsgesetzes v. 13. 6. 1873. Aus dessen §§ 25, 33 ist zu entnehmen, daß für die Festsetzung der Höhe der Vergütung der Rechtsweg ausgeschlossen sein soll.

VII. Einziehung von Eisenbahnübergängen.

RG. 17. 12. 15, R. 16, 226. Der **RG.** 84, 113 ausgesprochene Satz, daß Eisenbahnübergänge, die bei der Enteignung gemäß § 14 EnteignG. hergestellt sind, aus Gründen des Eisenbahnbetriebs wieder eingezogen werden können, ohne daß die Wegeberechtigten zu entschädigen seien, gilt nicht bei unmittelbarer Anwendung des § 75 Einleitung zum preuß. ALR., wenn das Wegerecht außerhalb einer Enteignung auf privatrechtlicher Grundlage (Vertrag) zum Ersatz eines anderen wohlerworbenen Wegerechts von der Eisenbahnverwaltung als Gegenleistung eingeräumt worden ist.

VIII. Enteignung.

A. Preußen.

1. Verpflichtung eines Dritten zur Mitwirkung bei der Enteignung.

Kiel 22. 2. 16, SchlHolstAnz. 16, 125. Der Grundstückseigentümer hat kein Recht, von einem Dritten die Einleitung des Enteignungsverfahrens zu verlangen, der Dritte hat jedoch seine Mitwirkung zur Einleitung des Enteignungsverfahrens zu leihen, wenn tatsächlich die Entziehung des Grundeigentums ohne ein die Interessen des Eigentümers sicherndes Verfahren geschehen ist (**RG.** 50, 7). Dabei wird aber vorausgesetzt, daß, auch wenn gemäß § 16 EnteignG. eine Einigung der Beteiligten über den Gegenstand der Abtretung erfolgt ist, eine die Entziehung oder Beschränkung des Grundeigentums ermöglichende Kgl. VO. ergangen ist.

2. Bemessung der Entschädigung.

a) **RG.** 11. 4. 16, R. 16, 424. Für die Bemessung des Wertes eines enteigneten Grundstücks ist der Zeitpunkt der Enteignung (genauer: der Zeitpunkt der Zustellung des Entschädigungsfeststellungsbeschlusses) maßgebend, aber für die Beantwortung der Frage, in welcher Eigenschaft das Grundstück zu bewerten sei, muß die Fluchtlinienfestsetzung und die dadurch begründete Unbebaubarkeit hinweggedacht werden.

b) **RG.** 22. 9. 16, R. 16, 648. Steht dem Entschädigungsberechtigten ein Rentenbezugsrecht zu, so ist der durch die Enteignung herbeigeführte Verlust des Rechtes bei Bemessung der Enteignungsentschädigung in Rechnung zu stellen.

c) **RG.** 18. 4. 16, JW. 16, 913, R. 16, 478. Für den Fall dauernder Beschränkung des Eigentums ist (§ 12 EnteignG.) die Entschädigung nach denselben Grundsätzen zu bestimmen, wie die Entziehung des Eigentums und zwar hat sie, entsprechend der für den Fall der Enteignung eines Teiles des Grundbesitzes desselben Eigentümers in § 8 Abs. 2 gegebenen Vorschrift, den Minderwert, der für den Grundbesitz durch die dauernde Belastung entsteht, zu umfassen. Kann der Minderwert durch neue Einrichtungen,

die auf dem Grundstücke getroffen werden und üblich und dem Eigentümer zuzumuten sind, ausgeglichen werden, so ist es gerechtfertigt, die Wertminderung nach den Kosten dieser neuen Einrichtungen zu schätzen.

3. Bewertung als Bauland.

a) Frankfurt 5. 6. 16, PrVerwBl. 38, 74. Bei einem Grundstücke, das als werdendes Bauland zu vergüten ist, ist die Berücksichtigung der gegenwärtigen Benutzungsart nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Wenn und soweit im freien Grundstücksverkehr bei einem Verkaufe von Grundstücken, die als werdendes Bauland anzusehen sind, neben dieser Eigenschaft noch andere Eigenschaften als wertsteigernd angesehen werden, sei es, daß sie auf der künftigen Verwertbarkeit oder auf der gegenwärtigen Benutzungsart beruhen, so müssen sie auch im Enteignungsverfahren Berücksichtigung finden.

b) **RG.** 4. 1. 16, R. 16, 174. Der Wert, den ein einem Bauunternehmer gehöriges Grundstück durch die von ihm selbst hergestellte Bebauung für ihn erhält, steigt in dem Maße, in dem es ihm gelingt, die Baukosten zu verringern. Hierin ist der auch die Vergütung für seine persönliche Leistung bildende Unternehmergewinn, wenn man ihn so bezeichnen will, enthalten. Dagegen haben persönliche Vorteile, die der Unternehmer dadurch erlangen konnte, daß er sich von den bei seinen Bauten beschäftigten Handwerkern ebenfalls die Zuweisung von Arbeiten zusichern ließ, mit dem Grundstückswerte nichts zu tun.

c) **RG.** 11. 1. 16, R. 16, 174. Es ist nicht angängig, eine ländliche Bebauungsmöglichkeit für ein Grundstück zu fingieren, das zur Zeit der Enteignung längst nicht mehr außerhalb der Ortschaft an der Chaussee, sondern infolge der Einziehung der Chaussee in das städtische Straßengebiet an einer Ortsstraße lag.

d) **RG.** 8. 2. 16, GruchotsBeitr. 60, 873, R. 16, 257. Einem Grundstück, das erst nach Vereinigung mit dem Nachbargrundstück eines anderen Eigentümers bebauungsfähig ist, kommt Baustellenwert nicht zu, wenn solche Vereinigung als unsicher und lediglich vom subjektiven Belieben der Eigentümer abhängig zu denken ist (**RG.** 30, 294). Dem Enteigneten steht wegen solcher Lasten, welche die Straßenanlieger ohne Unterschied, ob sie von einer Enteignung betroffen sind oder nicht, zu tragen haben, eine Entschädigung überhaupt nicht zu.

4. Teilenteignung.

RG. 20. 6. 16, R. 16, 515. Bei Teilenteignungen ist der Wert des abgetretenen Teilstücks regelmäßig in dem Unterschiede des Wertes des ganzen Grundstücks und dem des Restgrundstücks unter Zugrundelegung der höchsten Ausnutzungsfähigkeit der Grundflächen zur Zeit der Enteignung zu finden. Kann jedoch das abzutretende Teilstück sowohl als auch das Restgrundstück für sich selbständig wirtschaftlich genutzt werden, und führt der Fortfall des Teilstücks eine Wertsverminderung für das Restgrundstück nicht herbei, so ist es nicht ausgeschlossen, den Wert des Teilstücks unmittelbar und ständig aus seiner Ertragsfähigkeit, ohne Rücksicht auf jene Unterschiedsberechnung festzustellen. Auch dann, wenn die Grundflächen durch die bisherige Art der tatsächlichen Benutzung nicht voll ausgenutzt sind, kann der Eigentümer verlangen, daß die Entschädigung nach der höchsten Ausnutzungsfähigkeit bemessen wird. Der Eigentümer kann freilich auch beanspruchen, daß der Entschädigungsfeststellung die tatsächliche Benutzung, die auch den individuellen Grundstückswert umfaßt, zugrunde gelegt wird. Auf eine frühere, endgültig beseitigte Fluchtlinie darf bei Bewertung des Grundstücks, wenn es zur Durchführung der neuen Fluchtlinie zur Enteignung kommt, nicht zurückgegriffen werden.

5. **RG.** 7. 3. 16, JW. 16, 753. Die sechsmonatige Ausschlußfrist des § 30 EnteignG. ist keine Notfrist i. S. des § 207 ZPO. Sie wird daher nicht schon durch Einreichung der Klage gewahrt.

6. Eger, GruchotsBeitr. 60, 295. Eine Klage auf Zahlung der Entschädi-

gung ist zulässig, aber erst, wenn die Entschädigung endgültig festgestellt ist und der Unternehmer mit der Zahlung zögert. Ob und wann eine Zögerung vorliegt, ist Tatfrage.

B. Elsaß-Lothringen.

a) Colmar 9. 7. 15, RheinZ. 8, 169 (Mitteilung von Mock), ElsLothJZ. 16, 54. Die französisch-rechtlichen Vorschriften des ZwangsenteignungsG. v. 3. 5. 1841, wonach die Festsetzung der Enteignungsentschädigung einer Geschworenenbank zusteht, bestehen noch gegenüber den Reichsjustizgesetzen zu Recht.

b) Dagegen **RG.** 9. 11. 15, ElsLothJZ. 16, 61, JW. 16, 327. Die Vorschriften des G. v. 3. 5. 1841 in Verb. mit dem elsloth. G. v. 20. 6. 1887 haben durch die Reichsgesetzgebung ihre Bedeutung verloren. Die Geschworenenbank hat nicht nur die Natur einer im Rahmen des ordentlichen gerichtlichen Verfahrens tätigen Sachverständigenkommission, sondern ihre Einrichtung besteht in einer anderweiten, den Vorschriften des GVG. widersprechenden Regelung der Gerichtsbarkeit.

c) Dagegen Hartmann, ElsLothJZ. 16, 214.

Art. 111.

1. BayObLG. 22. 3. 15, JDR. 14 zu Art. 111, auch BayObLG. 16, 48.

2. Dickel, Forstzivilrecht 815ff. gibt eine eingehende Darstellung über „Wald- und Nachbarrecht" unter Berücksichtigung der Akten des Landwirtschaftsministeriums, insbesondere des Gutachtens von Danckelmann. Auch die wirtschaftlichen Bedürfnisfragen werden dargelegt. — S. 1018ff. das Forstrecht (Beschränkung des Waldeigentums im allgemeinen und insbesondere in Preußen, Gemeinde- und Anstaltswaldungen, Privatwald, Schutzwald und Genossenwald, Teilungsbeschränkungen, Gesetz über gemeinschaftliche Holzungen, Bondenholzungen in Schleswig-Holstein, Aufforstungspflicht und Einfluß der Wassergesetzgebung, auch nach außerpreuß. Recht, Waldbrandversicherung).

Art. 113.

Schrifttum: v. Bezold, BlAdmPr. 65, 209. Das pfälzische Recht der Gemeindewege. — Dickel, Forstzivilrecht S. 998ff.

I. Wirkung der Auseinandersetzung.

1. **RG.** 13. 11. 15, GruchotsBeitr. 60, 518, R. 16, 49. Die §§ 141, 147ff. GemeinheitsteilungsO. v. 7. 6. 1821 beruhen auf dem Grundsatze der Surrogation, kraft dessen das einem Beteiligten als Abfindung zugewiesene Grundstück in allen rechtlichen Beziehungen an die Stelle desjenigen Grundstücks tritt, für welches es eine Abfindung bilden soll. Der Eigentumserwerb desjenigen, dem das Grundstück zugewiesen wird, tritt deshalb nur unter der Voraussetzung ein, daß er wirklich Eigentümer desjenigen Grundstücks oder Berechtigter desjenigen Rechtes war, zu dessen Ablösung die Zuweisung erfolgt ist. War dies nicht der Fall, so wird das Abfindungsgrundstück Eigentum desjenigen, dem die Abfindung gebührt, und dieser kann es von demjenigen, dem es zugewiesen ist, vindizieren.

2. **RG.** 19. 1. 16, R. 16, 224. Die Anteilsberechtigung an den im Prozesse für gewisse Grundstücke ausgeworfenen gemeinsamen Flächen und Anlagen bildet einen Bestandteil des berechtigten Grundstücks und geht auf dessen jedesmaligen Besitzer über.

3. **RG.** 12. 7. 16, R. 16, 516. Eine Gerechtigkeit, die weder im Teilungsrezeß noch im Nachverfahren vorbehalten ist, erlischt, auch wenn beim belasteten Grundstück im Zusammenlegungsverfahren (§ 56 GemeinheitsteilungsO. v. 7. 6. 1821) ein Eigentumswechsel nicht stattgefunden hat, vorausgesetzt, daß der Dienstbarkeitsberechtigte vorschriftsmäßig, nicht etwa bloß durch Aufgebot zugezogen worden ist.

II. Gemeinschaftliche Angelegenheiten (preuß. G. v. 2. 4. 1887).

1. **RG.** 18. 11. 15, R. 16, 50. Zu den „gemeinschaftlichen durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründeten Angelegenheiten" im Sinne des preuß. G. v. 2. 4. 87

sind auch solche zu rechnen, welche schon vor der Auseinandersetzung bestanden und im Auseinandersetzungsverfahren ausdrücklich als für die zugezogenen Beteiligten gemeinschaftlich verbleibende festgestellt sind, nicht aber auch solche, welche von der Auseinandersetzung völlig unberührt geblieben sind.

2. KG. 10. 6. 15, KGJ. 48, 199. Auch auf die Eigentumsrechte an den unter der Herrschaft des BGB. in einem Auseinandersetzungsverfahren gebildeten gemeinschaftlichen Zweck-(Interessenten-)Grundstücken finden gemäß Art. 113 EG. die für eine deutschrechtliche Gesamthandsgemeinschaft geltenden Vorschriften Anwendung, soweit nicht zweifelsfrei Miteigentum nach Bruchteilen begründet worden ist. Bei Interessentengrundstücken, insbesondere solchen, welche auf Grund der preußischen Rentengutsgesetzgebung zu beurteilen sind, können „die jeweiligen Eigentümer" anderer Grundstücke als Gesamthandsgläubiger kraft rezeßmäßiger Gemeinschaft eingetragen werden, falls die namentliche Bezeichnung nicht tunlich ist, und zwar auch dann, wenn die Interessenten keine gemeinschaftliche Vertretung nach Maßgabe des preuß. G. v. 2. 4. 1887 (GS. 105) haben.

III. Verfahren.

Naumburg 5. 7. 15, JDR. 14, Ziff. IV zu Art. 113 (Abgabe der Sache an die Auseinandersetzungsbehörde, wenn ein Rechtsstreit anhängig gemacht ist, für den die Auseinandersetzungsbehörde im Zusammenlegungsverfahren zuständig ist), auch ThürBl. 62, 307.

Artt. 113, 115.

Obermeyer, LeipzZ. 16, 919 hält eine Ergänzung der landesrechtlichen Vorschriften, die, wie in Preußen die §§ 3, 6, 91 AblösG. v. 2. 3. 1850 und in Bayern Art. 85 AG. z. BGB. die Bestellung von Reallasten nur beschränkt zulassen, dahin für geboten, daß das Recht auf Bezug elektrischen Stromes als Reallast begründet werden dürfe, da infolge der hierdurch begründeten dinglichen Sicherung des Berechtigten dieser sich leichter bereit finden würde, auf die ihm statt der elektrischen Kraft zu Gebote stehenden Wasserkräfte zugunsten umfassenderer Wasserkraftanlagen zu verzichten.

Art. 114.

Jena 13. 7. 14, ThürBl. 62, 300. Der sog. Gottesschilling in Saalfeld (S.-Koburg), eine Besitzwechselabgabe an die Kirchenkasse, ist eine Verkehrssteuer, keine Reallast. Bei Streitigkeiten über die Abgabepflicht ist der Rechtsweg unzulässig.

Art. 119.

BayObLG. 8. 9. 15, E. 16, 111 läßt es dahingestellt, ob der Eigentümer eines einheitlichen Grundstücks dieses zum Zwecke der gesonderten Belastung eines realen Stückes in der Weise teilen könne, daß er die als Bestandteil dazu gehörende, mit Wasser bedeckte Fläche des anstoßenden Fluß- oder Bachbetts abtrennt und zu einem selbständigen Grundstück erhebt, oder ob die in Art. 21 des bay. WasserG. dem Anliegergewässer beigelegte Bestandteilseigenschaft eine selbständige Eintragung in das Grundbuch ausschließt.

Art. 120.

BayObLG. 10. 3. 16, BayRpflZ. 16, 184, R. 16, 260. Der Umstand, daß der Nachbar zufolge eigenartiger Bebauungsverhältnisse zum Erwerbe des abzuschließenden Trennstücks genötigt werden kann, steht der Ausstellung des Unschädlichkeitszeugnisses (Art. 1 des bay. G. v. 15. 6. 1898) nicht entgegen, wenn der Wert des Trennstücks für den Eigentümer im Verhältnis zum Restbesitz gering ist. Maßgebend ist nur, in welchem Umfange durch die Veräußerung des Trennstücks die Sicherheit des dinglich Berechtigten gemindert wird. — Gegen den Nießbraucher kann ein solches Zeugnis nicht erteilt werden; der Nießbrauch steht aber der Erteilung des Zeugnisses nicht im Wege.

Art. 134.

Vgl. oben Ziff. III zu § 1631 BGB.

Art. 135.

Vgl. oben zu § 1666 BGB. unter B.

Vierter Abschnitt. Übergangsvorschriften.

Art. 163.

BayObLG. 27. 11. 14, JDR. 14 zu Art. 163 (dort 23. 11. 14) — bayerische priv. Schützengesellschaften betr. —, auch BayObLG. 15, 673.

Art. 164.

Jena 11. 7. 12, ThürBl. 62, 297. Die sog. „Gütergemeinden", d. h. Gemeinschaften der Waldeigentümer und Nutzungsberechtigten, besaßen nach Meiningischem Privatrecht keine volle Rechtspersönlichkeit, sondern höchstens die aktive und passive Parteifähigkeit (Art. 1 § 3 AG. z. BGB., Art. 23 und 37 des GrundG. v. 23. 8. 1829, Art. 25 des Kompetenzedikts v. 16. 6. 1829). Erst auf Grund des G. v. 15. 3. 10 können sie zu einer Waldgenossenschaft und damit zu einer juristischen Person erklärt werden.

Art. 167.

RG. 7. 6. 16, JW. 16, 1191, LeipzZ. 16, 1175. In **RG.** 64, 214, JDR. 5, Ziff. II 2a zu § 857 ZPO., ist die Ansicht gebilligt, daß die Satzungen der landschaftlichen Kreditanstalten objektive, jedermann bindende Rechtsnormen und durch Art. 167 aufrecht erhalten worden sind (Art. 21 pr. AG. z. BGB.). Es kann jedoch nicht angenommen werden, daß die Auslegung der Satzungen der ostpreuß. Landschaft der Revision zugänglich ist, da der Bezirk der Landschaft zwar nach § 3 LandschO. v. 7. 12. 1891 außer der Provinz Ostpreußen auch zwei zu Westpreußen gehörige Erbhauptämter umfaßt, damit aber die Voraussetzung der KaisVO. v. 28. 9. 1879 nicht erfüllt ist.

Art. 169.

1. BayObLG. 5. 6. 16, R. 16, Nr. 1560. Art. 169 begreift in Ansehung der Verjährung auch die früher entstandenen Schuldverhältnisse in sich, und es ist nicht die Absicht des Art. 170, den für die Verjährung aller Ansprüche geltenden Art. 169 einzuschränken (**RG.** 79, 268). Gegenüber § 425 Abs. 1 und 2 BGB. hat daher die Vorschrift des § 576 I 9 preuß. ALR. zurückzutreten.

2. Karlsruhe 9. 6. 15, BadRpr. 16, 56. Die Frist für die Verjährung der auf Vernichtung oder Umstoßung einer unter der Herrschaft das bad. LR. (Art. 1304) abgeschlossenen Teilungsvertrags gerichteten Klage (10 Jahre) ist nach altem Recht zu berechnen.

Art. 170.

1. BayObLG. 7. 7. 16, R. 16, 522. Nach bay. LR. konnte auf Einhaltung der gewillkürten Schriftform formlos verzichtet werden.

2. BayObLG. 26. 10. 14; E. 15, 627. Die Rechtswirksamkeit eines vor 1900 geschlossenen Kaufvertrags und die Rechtswirksamkeit der auf Grund seiner in der Zeit vor der Anlegung des Grundbuchs eingetragenen und abgetretenen Hypothek ist nach dem früheren Recht zu beurteilen. Auch nach Gemeinem Rechte sind Bordellkaufverträge nichtig. Die Nichtigkeit ergreift auch die Kaufpreisforderung und die dafür bestellte Hypothek.

3. BayObLG. 21. 2. 16, LeipzZ. 16, 825, R. 16, Nr. 968. Auf einen nach dem 1. 1. 1900 über ein Grundstück geschlossenen Vertrag findet, weil er ein schuldrechtlicher ist, § 313 BGB. auch dann Anwendung, wenn das Grundbuch für das veräußerte Grundstück noch nicht als angelegt anzusehen ist.

4. BayObLG. 21. 1. 16, BayRpflZ. 16, 114, DJZ. 16, 997, LeipzZ. 16, 824, R. 16, Nr. 699. Das Ablösungsrecht nach §§ 268, 1150 BGB. greift auch dann Platz, wenn das Schuldverhältnis, um dessen Ablösung es sich handelt, vor dem Jahre 1900 entstanden ist, denn es handelt sich um einen neuen Tatbestand, der auf die Umwandlung oder Ablösung des bisherigen Schuldverhältnisses abzielt.

5. BayObLG. 31. 12. 15, R. 16, 176 u. Nr. 549. Schenkungen unter Brautleuten bedurften nach bay. LR. Teil I Kap. 6 §§ 17 Nr. 4, 18 auch bei Beträgen über 1000 Gulden nicht der notariellen Form. Das Mitgiftversprechen des Vaters der Braut gegenüber dem Bräutigam ist weder ein Ehevertrag noch eine Schenkung und deshalb auch bei einem Betrage von über 1000 Gulden formlos gültig.

6. **RG.** 9. 12. 15, LeipzZ. 16, 677. Auf einen Bereicherungsanspruch, der sich darauf stützt, daß der mit einer Leistung bezweckte Erfolg nicht eingetreten sei, ist neues Recht anzuwenden, wenn sich die Frage, ob der Erfolg eingetreten sei oder nicht, erst unter neuem Recht entschieden hat.

Artt. 173, 181.

RG. 6. 5. 16, WarnE. 16, 264. Die Anwendbarkeit der §§ 921, 922 BGB. auf eine vor dem Inkrafttreten des BGB. vorhanden gewesene, dem Vorteil zweier Nachbargrundstücke dienende Grenzeinrichtung („Reihe") ergibt sich aus den Artt. 173, 181 (vgl. **RG.** 53, 310).

Art. 181.

1. BayObLG. 21. 2. 16, R. 16, 259. Nach dem vor 1900 geltenden BayLR. war der Eigentums- und Besitzwechsel in Ansehung eines noch nicht vermessenen Teiles einer Plannummer nicht ausgeschlossen. Die Vermessung zum Zwecke der Umschreibung in den öffentlichen Büchern konnte dem Abschlusse des schuldrechtlichen Vertrags auch nachfolgen.

2. Frankfurt 18. 5. 16, FrankfRundsch. 50, 48. Nach Gemeinem Recht konnte eine Reallast durch unvordenkliche Verjährung erworben werden, und zwar auch, wenn sie einen öffentlich-rechtlichen Charakter hatte. Insbesondere konnten unständige Realrechte, die nur von Zeit zu Zeit bei besonderen Gelegenheiten ausgeübt wurden, nach Nassauischem Recht auf diese Weise erworben werden.

Art. 183.

Dickel, Forstzivilrecht 791 unter Rechtsvergleichung der deutschen Landesgesetze. Er erachtet den § 288 ALR. I, 9 für die Übergangsverhältnisse als aufrecht erhalten, obwohl § 288 nicht Sondervorschrift für Wälder sei; Art. 183 halte auch die allgemeinen Vorschriften für die Übergangsverhältnisse aufrecht.

Art. 184.

1. **RG.** 17. 12. 15, R. 16, 226. Wegerechte am Eisenbahnkörper, soweit ihre Ausübung mit dessen Zweckbestimmung vereinbar ist, können, wie durch Vertrag, so auch durch Ersitzung erworben werden.

2. Frankfurt 3. 3. 16, FrankfRundsch. 50, 33 behandelt den Erwerb eines Kellerrechts als gemeinrechtlicher Prädialservitut durch Ersitzung in der Zeit vor dem 1. 1. 1900.

Art. 189.

I. Eigentumserwerb.

1. Dresden 1. 3. 15, SächsOLG. 37, 119. Auch an solchen Grundstücken, zu deren Eigentumserwerb es nach dem vor dem Inkrafttreten des sächs. BGB. geltenden Rechte der Eintragung im Grundbuche nicht bedurfte, konnte seit dem Inkrafttreten des sächs. BGB. Eigentum nur durch Eintragung des Erwerbers auf einem für das Grundstück angelegten Grundbuchblatt, nicht aber mehr durch Ersitzung erworben werden.

2. Colmar 2. 2. 16, ElsLothJZ. 16, 210, OLG. 32, 408. Auf einen Eigentumsübergang, der sich im Wege der Abtretung eines Erbteils gemäß § 2033 Abs. 1 BGB. vollzieht, erstreckt sich der Vorbehalt des Art. 189 ebensowenig wie auf den, der mit der Erbfolge selbst eintritt.

II. Übertragung von Rechten an Grundstücken.

Frankfurt 2. 12. 15, FrankfRundsch. 49, 269. Nach Nassauischem Privatrecht stand die Unzulässigkeit einer selbständigen Übertragung des Pfandrechts der Übertragung des persönlichen Forderungsrechts, welches getrennt von jenem für sich als selbständiges Recht fortbestehen konnte, nicht entgegen. § 26 des Nassauischen Pfandgesetzes vom 15. 5. 1851 macht ausdrücklich nur die Wirksamkeit der Übertragung des Pfandrechts, nicht aber auch zugleich die Wirksamkeit der gleichzeitigen Übertragung der Forderung von der Beurkundung in den Anlagen des Stockbuchs abhängig.

III. Aufhebung von Rechten an Grundstücken (Abs. 3).

1. a) **RG.** 6. 11. 15, GruchotsBeitr. 60, 674, JW. 16, 121, LeipzZ. 16, 608, WarnE. 16, 26. Unter „Aufhebung" im Sinne des Art. 189 Abs. 3 ist nicht nur die rechtsgeschäftliche, sondern auch die kraft Gesetzes z. B. durch Nichtgebrauch, Ersitzung der Freiheit des Eigentums oder Konfusion eintretende, zu verstehen. Deshalb findet § 889 BGB. keine Anwendung auf die unter früherem Recht entstandenen, nicht eingetragener Grunddienstbarkeiten.

b) Zustimmend Heymann, JW. 16, 121 (zu Nr. 8).

2. a) Silberschmidt, RheinZ. 8, 157, gegen Foltz, BayRpflZ. 15, 161, JDR. 14 B zu Art. 189: Art. 189 Abs. 3 bezieht sich auch auf die in Sicherungshypotheken umgewandelten Vorzugsrechte und Hypotheken des französischen Rechts, wenn sie vor der Anlegung des Grundbuchs entstanden sind. Ob sie vor dem 1. 1. 00 nach französischem Rechte bestanden haben oder diesem Rechte fremd waren, kommt nicht in Frage. Bisheriges Recht i. S. des Art. 189 ist nicht mehr der code civil, sondern Art. 1 und 23 des G. über das Liegenschaftsrecht der Pfalz.

b) Demgegenüber verteidigt Foltz, BayRpflZ. 16, 174 seine bisherige Auffassung und will eine Aufhebung der Sicherungshypothek, abgesehen von der Gefahr, die ihr infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs durch die Nichteintragung entstehe, nur für den Fall des Erlöschens der Forderung (BGB. § 1184 Abs. 1) zulassen.

Art. 192.

1. BayObLG. 12. 3. 15, JDR. 14, Ziff. 2 zu Art. 192, auch BayObLG. 16, 47.

2. **RG.** 20. 10. 15, R. 16, Nr. 82, WarnE. 16, 27. Solange das Grundbuch nicht angelegt ist, gilt in Bayern der Grundsatz des bisherigen bayerischen Rechts, daß die Entstehung der Hypothek von dem Bestehen der ihr zugrunde liegenden Forderung abhängt. Dies gilt auch, wenn die Hypothek erst nach 1900 vor der Grundbuchanlegung bestellt ist, der Bestellung aber ein nach § 313 BGB. (wegen Nichtwahrung der Form) unwirksamer Kaufvertrag zugrunde liegt. Eine hiernach bestellte Kaufpreishypothek ist nichtig.

Art. 198.

Mendelssohn-Bartholdy, BlVerglR. 15, 226 (nach JW. 16, 773). Eine im Jahre 1888 zwischen einem Protestanten und einer sich als Protestantin ausgebenden Katholikin vor dem zuständigen protestantischen Geistlichen geschlossene, nach englischem Rechte zu beurteilende Ehe ist trotz der von der Braut über ihre Konfession gemachten falschen Angabe nicht nichtig, selbst wenn beide Ehegatten die Unrichtigkeit dieser Angabe gekannt haben.

Art. 200.

I. Gemeines Recht.

1. Hamburg 10. 2. 16, HansGZ. 16, 135. **RG.** 6, 166 hat für den Geltungsbereich des Gemeinen Rechts nur als im Zweifel geltend den Satz aufgestellt, daß das den Einkindschaftskindern vertragsmäßig eingeräumte Erbrecht durch die Einkindschaftseltern nicht verkürzt werden könne. Der Einkindschaftsvertrag kann bestimmen, daß die eingekindschafteten Kinder nicht mehr Rechte haben sollen als die leiblichen Kinder.

2. BayObLG. 30. 10. 16, R. 16, Nr. 2136—2140. Der in § 1624 ausgesprochene Grundsatz liegt dem Gemeinen Rechte fern, vielmehr gilt ein Heiratsgutsversprechen auch dann nicht als Schenkung, wenn ein gesetzlicher Anspruch darauf nicht bestand. Das Heiratsgut kann auch erst nach der Heirat, selbst erst nach dem Tode des Bedachten fällig werden, sofern nur durch die Zuwendung der Zweck des Heiratsguts erfüllt wird. — Die Bestimmung eines Ehevertrags, wonach die künftige Errungenschaft der Ehefrau allein zufallen soll, ist wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. Die Nichtigkeit eines Teiles des Vertrags macht nicht den ganzen Vertrag nichtig. Eine Gesamtnachfolge in das gesamte Vermögen kann durch den Ehevertrag nicht begründet werden. In Ansehung der Forderungen genügt jedoch zur Übertragung die im Vertrage zum Ausdruck gebrachte Erklärung.

II. Preußen.

1. a) LG. Frankfurt a. O. 21. 9. 16, KGBl. 16, 87. Hat ein Nachlaßgläubiger gegen die Erben einen vollstreckbaren Schuldtitel erwirkt, so kann er nach Erwirkung eines Erbscheins (§ 792 ZPO.) das Wahlrecht des überlebenden Ehegatten nach Märkischem Provinzialrecht, entweder Halbteilung des Gesamtvermögens beider Ehegatten zu verlangen oder das eigene Vermögen zurückzunehmen und den Nachlaß den Nachlaßgläubigern und Miterben zu überlassen, ausüben, jedoch erst nach Ablauf einer zuvor dem Ehegatten durch das Nachlaßgericht gesetzten Frist.

b) Zustimmend Steffen a. a. O. S. 88.

2. Frankfurt 16. 3. 16, FrankfRundsch. 50, 57 (68). Die Errungenschaft des Nassauischen Rechtes ist keine selbständige Vermögensmasse mit ideellen Anteilen der Ehegatten an den einzelnen in der Ehe erworbenen Gegenständen, vielmehr besteht Miteigentum zur gesamten Hand. Dieses Verhältnis dauert auch während der Leibzucht fort (FrankfRundsch. 08, 229; 11, 132), und zwar auch hinsichtlich der Nachlaßsachen, die zum Sondergute des verstorbenen Ehegatten gehören, da sie möglicherweise dem überlebenden Ehegatten zum Ausgleich seiner Ersatzansprüche ganz oder teilweise zu überweisen sind. Will daher einer von mehreren Eigentumserben über seinen vorläufigen Anteil an Sondergutsgrundstücken des verstorbenen parens verfügen, so bedarf er hierzu der Zustimmung und Mitwirkung des Leibzüchters.

3. **RG.** 10. 7. 16, WarnE. 16, 370. Die Frage, ob das Recht auf den Bezug einer Lebensversicherungssumme, wenn in dem Versicherungsvertrage ein Begünstigter nicht genannt ist, zum Gesamtgute der Errungenschaft oder zum Vermögen des Versicherungsnehmers gehört, war im Gemeinen Recht streitig. Nach Nassauischem Rechte wurde das Bezugsrecht, da die Versicherungssumme erst nach dem Tode des Versicherungsnehmers zu zahlen sei, zum eingebrachten Gute des Versicherungsnehmers gerechnet, selbst wenn die während der Ehe gezahlten Prämien aus Mitteln der Errungenschaft geleistet waren. Dieser Grundsatz ist auch für das Anwendungsgebiet des Katzenelbogener Landrechts anzuerkennen.

4. Frankfurt 22. 2. 16, FrankfRundsch. 50, 23 erörtert die Haftung des überlebenden Ehegatten für die „Schulden, so er hat machen helfen", in der Rechtsentwicklung der in Betracht kommenden Gebietsteile des Solmser Rechts, insbesondere der Hessen-Darmstädtischen und Nassauischen Gebietsteile.

5. LG. Kiel 25. 5. 16, SchlHolstAnz. 16, 149. Das Recht der Witwe nach Jütischem

Low, mit ihren Kindern in ungeteilten Gütern sitzen zu bleiben, begründet keine fortgesetzte Gütergemeinschaft, wie sie das BGB. kennt; es kann daher auch kein Zeugnis gemäß Art. 66 preuß. AG. z. BGB. in Verb. mit § 1507 BGB. erteilt werden.

6. LG. Kiel 7. 6. 16, SchleswHolstAnz. 16, 129. Das Recht der väterlichen Aussage nach Jütisch Low ist keine erbrechtliche Wirkung des Güterstandes, sondern lediglich eine im Vormundschaftsrecht (im weiteren Sinne) wurzelnde Erbteilungsvorschrift, nach der der Vater durch einseitige Erklärung den mütterlichen Erbteil der Kinder festsetzen und die Kinder mit diesem einseitig festgesetzten abfinden darf, und als solche beim Inkrafttreten des BGB. nicht aufrecht erhalten.

III. Bayern.

1. BayObLG. 11. 12. 14, JDR. 14, Ziff. II 1 zu Art. 200, auch BayObLG. 15, 704 (Begründung von „Rezeptivgut" der Frau nach bayr. LR.).

2. BayObLG. 18. 12. 14, JDR. 14, Ziff. II 2 zu Art. 200, auch BayObLG. 15, 718 (Ausgleichung des Ehegewinns beim übergeleiteten gesetzlichen Güterstande des bayr. LR.).

3. München 31. 5. 15, SeuffA. 71, 162. Nach Art. 83, 94 bay. Überg. Vorschr. ist mit dem 1. 1. 00 an die Stelle der Errungenschaftsgemeinschaft nach bayr. LR. der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung nach den Vorschriften des BGB. in Verbindung mit einem Anspruch auf Ausgleichung des Ehegewinns getreten, der selbst in dem Falle gegeben ist, daß der überlebende Ehegatte nach Art. 84 jenes G. die im BGB. bestimmte, die gesetzliche Erbfolge ausschlägt. Der Ausgleichungsanspruch vertritt den Anteil an der Errungenschaft der aufgehobenen Errungenschaftsgemeinschaft und ist seinem Wesen und seinen Wirkungen nach nichts anderes als der schon durch die Errungenschaftsgemeinschaft des bayr. LR. begründete gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzungsanspruch (bayr. LR. 1 c. VI § 22 n. 3—5, IV c. 8 § 7). Als vermögensrechtlicher Anspruch gehört er zu dem Vermögen der Frau und ist seit dem Inkrafttreten des BGB. als eingebrachtes Gut der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen.

4. LG. Aschaffenburg 4. 10. 15, BayNotZ. 16, 431. Die Errungenschaftsgemeinschaft des Mainzer Landrechts ist eine Gemeinschaft des sog. Zugewinstes, keine eigentliche Errungenschaftsgemeinschaft, von der sie sich dadurch unterscheidet, daß es bei ihr an einem Gesamtgute fehlt (BayObLG. 5, 140, 206). Über das errungenschaftliche Vermögen des verstorbenen Ehegatten kann der überlebende Ehegatte frei ohne Zustimmung der Kinder verfügen; er ist in Prozessen, die das errungenschaftliche Vermögen betreffen, aktiv und passiv legitimiert.

IV. Württemberg.

Stuttgart 2. 12. 15, WürttZ. 16, 156. Nach Art. 262 württ. AG. z. BGB. sind auch für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der überlebende Ehegatte die statutarische Nutznießung verwirke, die Bestimmungen des früheren württ. Rechts maßgebend. Nach diesen kann die statutarische Nutznießung dem Berechtigten nur im ordentlichen Rechtswege von dem zuständigen Prozeßgericht entzogen werden (WürttZ. 52, 361). Nach der jetzt herrschenden Meinung hat eine Witwe die statutarische Nutznießung verwirkt, wenn sie sich innerhalb des Trauerjahres der Unzucht hingegeben hat. Nach württ. LR. IV Tit. 11 § 2 ist ferner „Übelhausen mit dem eigenen Vermögen" als Verlustgrund anzusehen, sobald einmal das rechtswidrige Verhalten des Überlebenden eine Gefährdung der Kinderzucht begründet hat, auch wenn zu der Zeit, in der die Verwirkung geltend gemacht wird, eine Gefährdung nicht mehr besteht.

V. Baden.

1. **RG.** 5. 10. 16, R. 16, 652. Eine dem § 1381 BGB. ähnliche Vorschrift enthält das bad. LR. nicht, vielmehr hat gemäß den Sätzen 1532 und 1551 für die Verwaltungs-

gemeinschaft des franz.-bad. Rechtes als Grundsatz gegolten, daß das im Ehevertrage verzeichnete und angeschlagene Fahrnisbeibringen, wenn nicht die Rechtsverwahrung beigefügt war, daß die Schätzung nicht für einen Verkauf gelten solle, Eigentum des Mannes wurde, der dafür nur den Anschlag bei Auflösung der Verwaltungsgemeinschaft zu erstatten gehabt habe.

2. Müller, BadNotZ. 16, 66 legt einen auf Grund des Art. 1500 bad. Landrechts abgeschlossenen Ehe- und Erbvertrag, demzufolge dem überlebenden Ehegatten bei Auflösung der Ehe durch den Tod an dem Vermögen des Erstverstorbenen auf Lebenszeit die unentgeltliche Nutznießung zur Hälfte zustehen solle, falls Nachkommen vorhanden seien, während bei kinderloser Ehe der Überlebende erbberechtigt sein solle, dahin aus, daß nach dem Willen der Erblasser die Zuwendung als Ersatz für das fehlende gesetzliche Erbrecht dienen sollte, so daß, wenn der erste Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. unter Hinterlassung von Nachkommen verstorben ist, die Nutznießung nicht beansprucht werden kann, wenn das gesetzliche Erbrecht geltend gemacht wird.

3. Carlebach, BadNotZ. 16, 70. Die Klausel in einem unter der Herrschaft des bad. LR. errichteten Erbvertrage: „Der Überlebende soll soweit an Eigentum und Nutznießung erhalten, als das Gesetz erlaubt", ist, wenn die Eheleute das Inkrafttreten des BGB. erlebt haben, dahin auszulegen, daß der Überlebende Alleinerbe des Erstverstorbenen sein soll.

V. Bremen.

Hamburg 6. 10. 15, HansGZ. 16, Beibl. 5. § 11 des brem. GüterstandsG. v. 18. 7. 1899 hat nicht die Bedeutung, daß dem nicht beteiligten Abkömmling auch dann, wenn er von der Erbfolge ausgeschlossen ist, unter allen Umständen der Betrag seines Erbteils aus dem Samtgute gewährleistet werden soll. Das Recht des Ehegatten, über seinen Samtgutsanteil letztwillig zu verfügen, wird vielmehr durch diese Bestimmung nicht berührt. Das brem. G. umfaßt auch den Pflichtteilsanspruch und gibt dem Pflichtteilsberechtigten das Recht, den Pflichtteilsanspruch in der Form des im Gesetze festgesetzten Abfindungsanspruchs auf Kosten des Samtguts gegen dessen Träger verwirklicht zu sehen.

VI. Französisches Recht.

LG. Straßburg 4. 4. 16, ElsLothNotZ. 16, 312. Haben in Errungenschaftsgemeinschaft lebende Eltern vor 1900 unter französischem Recht ihrer Tochter gelegentlich ihrer Verheiratung einen Betrag mit der Bestimmung geschenkt, daß das Zugewendete ein Vorempfang auf den Nachlaß des Erstversterbenden der Schenkgeber sein solle, so hat die Zuwendung ausschließlich als Schenkung des erstversterbenden Elternteils, nicht als gemeinschaftliche Schenkung zu gelten. Ist der geschenkte Betrag aus den Sondermitteln des Erstverstorbenen geleistet worden, so hat demnach sein Nachlaß gegen den überlebenden Elternteil keinen Anspruch auf Ersatz der Hälfte der Ausstattung (vgl. artt. 1438, 1439 code civil).

Art. 213.

I. Auslegung älterer Verfügungen von Todeswegen.

1. **RG.** 6. 3. 16: 88, 152, JW. 16, 912, R. 16, 257, 650 und Nr. 837. Hat der Erblasser das Inkrafttreten des BGB. überlebt, so kann eine von ihm errichtete letztwillige Verfügung in Ansehung seines Nachlasses nur dann eine Wirkung äußern, wenn sie von ihm selbst, nicht aber auch, wenn sie — (Fall der Quasipupillarsubstitution) — von ihm für sein unmündiges oder geisteskrankes Kind errichtet ist, mag es sich um die Erbeinsetzung oder die Zuwendung von Vermächtnissen handeln (§§ 523, 545 II 2 preuß. ALR.).

2. **RG.** 6. 7. 16, R. 16, Nr. 1738, WarnE. 16, 375. Ist in einem vor 1900 errichteten Testament die nach damaligem Recht zulässige Bestimmung getroffen, daß ein Dritter

für eine Erbquote den Erben bestimmen solle, so hat diese Ermächtigung, wenn der Erbfall erst nach dem Inkrafttreten des BGB. eintritt, ihre Wirksamkeit verloren (§ 2065 Abs. 2 BGB.).

3. Dresden 1. 7. 15, SächsOLG. 37, 139. Auf ein vor dem 1. 1. 1900 errichtetes, nach diesem Zeitpunkt eröffnetes gemeinschaftliches Testament findet die Auslegungsregel des § 2269 Anwendung (**RG.** 59, 80).

4. **RG.** 20. 3. 16, JW. 16, 847, R. 16, 650. Auch nach preuß. ALR. ist der Richter bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung nicht an den Wortlaut der Erklärung gebunden, sondern er hat den wahren Willen des Erblassers zu erforschen. — Die letztwillige Verfügung von Ehegatten, in der sie sich wechselseitig zu Erben einsetzen und bestimmen, daß nach dem Tode des Längstlebenden der Nachlaß zur Hälfte an die Verwandten des einen und zur anderen Hälfte an die Verwandten des anderen fallen solle, ist im Zweifel (§ 632 I 12 ALR.) dahin zu verstehen, daß jeder der Ehegatten die Verwandten neben dem anderen Ehegatten hat einsetzen wollen, und zwar für den Fall, daß er zuerst versterben würde, auf seinen Nachlaß als Nacherben, und für den Fall, daß er der Letztlebende sein sollte, für seinen Nachlaß als Ersatzerben (**RG.** 76, 20).

5. Hamm 2. 10. 15 (auf Überweisung des KG.), R. 16, Nr. 116. Sind in einem nach Gemeinem Rechte zu beurteilenden Testament einzelne Personen schlechthin, einzelne Personen auf bestimmte Sachen oder Summen eingesetzt, so haben nur die erstgenannten die rechtliche Stellung als Erben und erwerben mit dem Erbschaftsantritt das Alleineigentum an dem Nachlasse. Die in einem solchen Testament enthaltene Anordnung des Erblassers, daß die mit dem kautionsfreien Nießbrauch und der freien Verwaltung bedachte Witwe befugt sein solle, eines der Kinder zum Haupterben zu bestimmen und die Erbteile der Kinder festzusetzen, ist nach Gemeinem Recht zulässig. Hierin ist eine aufschiebend bedingte Erbeinsetzung der Kinder dahin zu erblicken, daß der Nachlaß bei Ausfall der Bedingung sämtlichen Kindern zu gleichen Teilen, bei Eintritt der Bedingung aber dem von der Witwe bestimmten Haupterben allein zufallen, und bis zur Entscheidung über den Ausfall oder Eintritt der Bedingung die Erbschaft ruhen solle.

6. Ammann, ZBlFG. 16, 361. Ein in Berlin vor 1900 errichtetes sog. Berliner Testament ist auch in Baden bei der Umschreibung einer Hypothek zum Nachweise der Erbfolge des überlebenden Ehegatten geeignet. Die Nacherbeinsetzung der Kinder auf den Überrest verstößt nicht gegen den Sinn und Wortlaut des bad. LR. S. 896, weil dem Vorerben das Recht, über den Nachlaß zu verfügen, verbleibt und ihm keine Verpflichtung zur Erhaltung der Substanz des Nachlasses obliegt (Behaghel, Das bad. bürgerl. Recht I § 136). Der Zustimmung der Kinder zur Umschreibung bedarf es nicht.

7. Krienitz, KGBl. 16, 4 behandelt die rechtliche Stellung der Kinder im sog. älteren Berliner Testament, je nachdem der Erbfall vor oder nach dem 1. 1. 00 eingetreten ist.

8. BayObLG. 16. 6. 16, R. 16, 522. Auch wenn eine förmliche Zusammenwerfung der beiderseitigen Vermögensmassen in der letztwilligen Verfügung nicht ersichtlich ist, so liegt doch Korrespektivität im Sinne von bayr. LR. Teil III Kap. 4 § 11 im Zweifel dann vor, wenn Eheleute das Testament gemeinsam errichtet und sich darin wechselseitig bedacht haben. Erkennt der Überlebende den einseitigen Widerruf eines solchen Testaments förmlich oder doch durch schlüssige Handlungen (Nichtwiderruf während geraumer Zeit) an, so bleibt trotz des Widerrufs der anderen Partei seine Verfügung aufrecht.

9. BayObLG. 15. 2. 15, JDR. 14, Ziff. I 2 zu Art. 213, auch BayObLG. 16, 35.

10. Hamburg 8. 5. 16, HansGZ. 16, Beibl. 190, R. 16, Nr. 1319. Sind in einem vor 1900 errichteten hamburgischen Testamente die „nächsten Intestaterben" zu Erben eingesetzt, so kommen, wenn das Testament nicht erkennen läßt, daß die Bestimmung des Kreises der erbberechtigten Personen sich ausschließlich nach dermaligem hamburgischen Rechte richten sollte, und wenn der Erblasser nach 1900 verstorben ist, als Intestat-

erben diejenigen Personen in Betracht, die nach dem Rechte des BGB. zur Intestaterbfolge berufen sind.

II. Erbrechtliche Bestimmungen älteren Rechts.

A. Gemeines Recht.

BayObLG. 31. 12. 15, R. 16, Nr. 548. Ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, das schon bei Lebzeiten des Verpflichteten wirksame Rechte und Verbindlichkeiten begründet, wird nicht dadurch zu einer Verfügung von Todeswegen, daß die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung bis zum Tode des Schuldners hinausgeschoben wird. Andererseits können einem Dritten auch durch Vertrag unter Lebenden wirksame Rechte übertragen werden, die er erst mit dem Tode des Übertragenden erwerben soll.

B. Preußen.

RG. 16. 3. 16, R. 16, 650, WarnE. 16, 147. Nach preußischem ALR., gleich wie nach § 2227 BGB., war jeder Beteiligte befugt, die Entlassung des Testamentsvollstreckers, aber nur im Wege der gerichtlichen Klage, zu betreiben (**RG.** 23, 205). Ein zum Nachlaß gehöriger Leistungsanspruch konnte bei bestehender Erbengemeinschaft nur von der Gesamtheit der Erben eingeklagt werden. Jedoch stand es jedem einzelnen Erben frei, Klage auf Abgabe an einen Verwahrer für Rechnung aller Erben zu erheben.

C. Bayern.

BayObLG. 10. 10. 14, E. 15, 576. Nach dem Augsburger Statutarrechte sind privatschriftliche Erbverträge ebenso wie privatschriftliche Eheverträge beim Vorhandensein „wirklicher Mängel oder merklicher Informität" nichtig. Die Ansicht, daß dies nur für privatschriftliche Eheverträge gelte, privatschriftliche Erbverträge aber schon beim Vorhandensein „einiger Mängel" nichtig seien, ist unrichtig. Zweifel, die durch Auslegung des letzten Willens behoben werden können, sind keine wirklichen Mängel des letzten Willens im Sinne des Statutarrechts. Vgl. auch oben zu § 2087 BGB.

D. Württemberg.

Stuttgart 7. 2. 16, WürttZ. 16, 260 (Mitteilung von Teichmann). Es ist Sache der Auslegung des letzten Willens des Erblassers, ob das Recht der von ihm bedachten Universalfideikommissare durch die Wiederverheiratung und den Tod der Witwe nur befristet und nicht bedingt sein soll. Dahin gestellt gelassen wird, ob im Zweifel die auf einen künftigen dies certus an, incertus quando gestellte Bedenkung bestimmter Personen als Bedingung (WürttZ. 2, 187) oder als Befristung (**RG.** 67, 425) anzusehen sei.

E. Hamburg.

Hamburg 10. 11. 15, HansGZ. 16, Beibl. 29 erörtert die Rechtssubjektivität des alten hamburgischen Testaments, worin der Erblasser einen Erben eingesetzt, zugleich aber Testamentsvollstrecker ernannt hat, die bis zur Erledigung eines durch das Testament ausgesetzten Zinsgenusses den Nachlaß verwalten und befugt sein sollen, zum Nachlaß gehörige Grundstücke, Hypotheken und Wertpapiere auf ihren alleinigen Konsens umschreiben, auch die Eintragung der Grundstücke und Hypotheken auf Testaments Namen bewirken zu lassen. Gebilligt wird die Auffassung, daß der Nachlaß in diesem Falle für die Vertretung nach außen wie eine juristische Person galt und das Verhältnis zwischen Nachlaß und Testamentserben etwa im Sinne eines zwischen dinglichem und obligatorischem Rechte stehenden eigenartigen Treuhandverhältnisses in Betracht zu ziehen war, der Erbe aber sofort ein unbedingtes und unbefristetes Recht am Nachlaßvermögen erwarb.

Art. 214.

I. Frankfurt 3. 5. 15, JDR. 14, Ziff. I 2 zu Art. 214, bestätigt von **RG.** 5. 1. 16, FrankfRundsch. 44, 214.

II. Bindung durch gemeinschaftliches Testament.

1. **RG.** 8. 7. 15, JDR. 14, Ziff. III 7a zu Art. 214 (Bindung des Erblassers), auch **RG.** 87, 120.

2. KG. (3. ZS.) 10. 11. 14, OLG. 32, 76. Eine Bindung im Sinne des Art. 214 liegt nicht vor, wenn nach § 485 II 1 preuß. ALR. ein frei widerrufliches gemeinschaftliches Testament errichtet worden ist, vielmehr kommt, wenn beide Ehegatten ihr gemeinschaftliches Testament über den 1. 1. 1900 hinaus aufrecht erhalten haben, für alle erbrechtlichen Verhältnisse der Art. 213 EG. zur Anwendung.

3. Frankfurt 3. 5. 15, JDR. Ziff. I 2 zu Art. 214, auch FrankfRundsch. 49, 165.

III. Widerruf.

1. KG. 7. 4. 14, KGBl. 16, 100. Nach preuß. ALR., wie auch nach Gemeinem Recht, konnte der durch ein gemeinschaftliches Testament gebundene überlebende Ehegatte in Fällen, in denen die Ehegatten ihre gemeinschaftlichen Kinder bedacht haben, seine Verfügung insoweit ganz oder zum Teil widerrufen, als die Kinder ihm nachträglich einen Enterbungsgrund gegeben haben (**RG.** 22, 276; 63, 120). Dasselbe hat für den Fall zu gelten, daß die Ehegatten Kinder eingesetzt haben, welche nur von dem überlebenden Elternteil abstammen.

2. Hamburg 4. 10. 15, OLG. 32, 67. Nach dem vor 1900 in Altona gültig gewesenen Recht war der einseitige Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments zulässig, doch konnte durch eine im Testament enthaltene Bestimmung des Erblassers das einseitige Widerrufsrecht ausgeschlossen werden.

Das Gesetz zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen.

Vom 8. Juni 1915.

Vorbemerkung: Die Meinungsverschiedenheit im Schrifttum bei der Auslegung des Art. 4 (s. JDR. 14 Art. 4) spiegelt sich wider in der Rechtsprechung. Die praktische Bedeutung der Streitfrage verschwindet bei ihrer Eigenschaft als Übergangsbestimmung.

Schrifttum: I. BürBl. 16, 4 enthält eine zusammenfassende Darstellung des Gesetzes. — Nußbaum (s. Schriftt. z. ZVG.) behandelt S. 160 ff. auch das MietzinsfordG. — Vgl. ferner die Komm. z. ZVG. (Krech-Fischer). — II. Bauer, Zu der Übergangsvorschrift in Art. 4 des Reichsgesetzes zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen v. 8. 6. 1915, JW. 16, 822. — Derselbe, Über die Tragweite der Übergangsvorschrift in Art. 4 des Reichsgesetzes zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen v. 8. 6. 1915, BayRpflZ. 16, 222. — Josef, Das neue Reichsgesetz zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen in gesetzestechnischer und volkswirtschaftlicher Bewertung, ZBlFG. 16, 661. — Konietzko, Berechnung der Halbmonatsfrist nach Art. 2 und 3 des Gesetzes zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen v. 8. 6. 1915, JW. 16, 567. — Kretzschmar, Die Übergangsvorschrift in Art. 4 RGes. v. 8. 6. 1915, BayRpflZ. 16, 221. — Marx, An welchem Tage beginnt nach Art. 2 und 3 des Gesetzes zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen v. 8. 6. 1915 der letzte halbe Monat des Kalendervierteljahres? JW. 16, 956. — J. Marcus, Rechtsschutz gegen die Verschiebung von Miet- und Pachtzinsforderungen, GesuR. 17, 241.

Artt. 1 ff.

Allgemeines. 1. Josef, ZBlFG. 16, 661 bemängelt das Gesetz in gesetzestechnischer Beziehung („entsprechende Anwendung mit Maßgaben" anstatt besonderer Vorschriften)

sowie bei wirtschaftlicher Bewertung (Miet- und Pachtzinsforderungen dürften, solange sie nicht fällig sind, auch nicht Gegenstand der Verfügung und Vollstreckung sein).

2. J. Marcus, GesuR. 17, 241 behandelt das Ges. v. 8. 6. 15; er empfiehlt den Mietern, den Mietzins grundsätzlich nicht vor dem Fälligkeitstage, nie mehr als 14 Tage vorher zu zahlen, sowie bei begründeten Zweifeln über die Person des Mietzinsgläubigers den Zins zu hinterlegen.

Artt. 1.

Hagelberg (Vortrag, Bericht in R. 16, 204). Die Mieter sind gegen die Gefahr der Doppelzahlung nicht genügend geschützt. Sie haben zwar das Recht, die abgetretene Miete nach der Beschlagnahme des Grundstücks zu hinterlegen, aber die Berechtigung hierzu kann bestritten werden. Nach Hagelbergs Ansicht darf der Mieter die vertragsmäßige Vorauszahlung an seinen Vermieter trotz der Beschlagnahme leisten, ohne an den Ersteher nochmals zahlen zu müssen. Der § 56 ZVG. gibt dem Ersteher nur gegen den Schuldner Rechte, nicht gegen den Mieter.

Artt. 2, 3.

Über Konietzko und Marx vgl. oben zu §§ 189ff. BGB.

Art. 4.

A. Kretzschmar, BayRpflZ. 16, 221 schließt sich der engeren Auslegung an (Trendelenburg, Hirsch, Bauer vgl. JDR. 14 Art. 4). Zweifel ergeben sich, wenn bei § 57b ZVG. (Art. 1 I) das Ereignis, nach dem sich die zeitliche Beschränkung der Vorausverfügung bestimmt, nicht mehr der sich mit dem Zuschlage vollziehende Eigentumswechsel, sondern die Beschlagnahme ist. Auch § 57b gilt für die Übergangsfälle. Gegen Bauer, BayRpflZ. 15, 361 soll bei einer Versteigerungsbeschlagnahme am 20. Juli, Zuschlag am 3. Oktober 1915 die Wirksamkeit der Vorausverfügung mit dem Zuschlag und nicht schon am 30. September enden; anders, wenn gleichzeitig die Verwaltungsbeschlagnahme stattgefunden hat. Dazu Bauer, BayRpflZ. 16, 222, der seine JDR. 14 Art. 4B Ziff. 7 wiedergegebene „Übersicht" näher ausführt, die nur zur Ermittlung des Endes jenes Zeitraums dient, vor dessen Ablauf ein etwaiger Ersteher von der Wirkung der Verfügung berührt wird.

B. 1. KG. 27. 5. 16, DRAZ. 16, 175, JW. 16, 1038, R. 16, 503. Die Wirkungsdauer des alten Rechts ist auf die Zeit bis zum 30. September 1915 beschränkt. Ebenso

2. Hamburg 13. 10. 16, JW. 16, 1547 (mit Bemerkg. v. Stillschweig).

3. Dresden 10. 5. 16, BayRpflZ. 16, 223, JW. 16, 867, LeipzZ. 16, 960, R. 16, 407, ZDJustSekr. 16, 105. Mietzinspfändung vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes, wenn die Beschlagnahme nach diesem Inkrafttreten erfolgt. Dem Zweck des Gesetzes wird nur die Auslegung gerecht, die mit dem Ablauf des 30. September die volle Wirkung des Gesetzes eintreten läßt (Trendelenburg, Kommentar S. 82ff.; Hirsch, JW. 15, 955). — Vgl. JDR. 14 zu Art. 4, 6. — Daher kann die im Mai 1915 bewirkte Mietzinspfändung gegenüber der im Juli 1915 angeordneten Zwangsverwaltung des Grundstücks keine Wirkung über den 30. September 1915 hinaus äußern, so daß die fürs 4. Vierteljahr 1915 fälligen Mieten nicht mehr von der Pfändung ergriffen werden, sondern der Beschlagnahme des Zwangsverwalters unterliegen.

4. Hamburg 13. 7. 16, JW. 16, 1292, SeuffA. 71, 430. Der Art. 4 sagt nicht, daß die vorgesetzlichen Vorausverfügungen nur bis zum 30. September 1915 wirken, sondern daß für die Frage, welche Wirkung sie haben, in der bis dahin dauernden Übergangszeit das alte Recht zugrunde zu legen ist. Bei anderer Auslegung würde Art. 4 überflüssig sein.

5. LG. III Berlin 16. 2. 16, JW. 16, 521. Verfügungen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes getroffen sind, verlieren nicht mit dem 30. September 1915 ihre Wirksamkeit; sie behalten sie vielmehr insoweit, als sie ihnen nach den bisherigen Vorschriften bis zum 30. Sept. 1915 zukommt. Ebenso LG. III Berlin 23. 6. 16, JW. 16, 1037 Anm. Da-

gegen Bauer (vgl. JDR. 14 Art. 4 B Ziff. 7), JW. 16, 822 (vgl. auch BayRpflZ. 16, 222). Nach Art. 4 soll das frühere Recht dann maßgebend bleiben, wenn und soweit hiernach die Wirkungsdauer vor oder mit dem 30. September 1915 endet; in allen anderen Fällen trifft die Übergangsvorschrift des Art. 4 nicht zu und ist daher die Hauptvorschrift in Art. 2 des Gesetzes anzuwenden.

6. LG. Posen 19. 4. 16, PosMSchr. 16, 89. Die Wirkung einer Verfügung, der vor dem 30. September 1915 eine Beschlagnahme gegenübertritt, bestimmt sich nach den alten Vorschriften, d. h. die Verfügung ist dem beschlagnahmenden Hypothekengläubiger gegenüber nur insoweit unwirksam, als sie sich auf den Mietzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht.

Reichshaftpflichtgesetz.

Vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 EGBGB.

Vorbemerkung: Aus der zurückgegangenen Zahl von Entscheidungen ist auf die des RG. über den Unterschied zwischen Straßenbahn- und Eisenbahn-Betrieb für den Begriff der höheren Gewalt (§ 1 IV 2) hinzuweisen.

Schrifttum: Cochlovius, Die Haftung des Eisenbahnunternehmers für Sachschäden, KGBl. 16, 93 u. ZVersWes. 16, 415. — Hellweg (Schriftt. vor §§ 823 ff. BGB.).

§§ 1 ff.

I. Cochlovius, KGBl. 16, 93 u. ZVersWes. 16, 415 s. unten § 9 und §§ 823 ff. BGB. Ziff. 3 d.

II. 1. **RG.** 19. 10. 16, WarnE. 16, 505. Haftung der Bahn aus dem HaftpflG. oder aus dem Beförderungsvertrag beim Unfall in einem Viehwagen infolge eines beim Rangieren erfolgten Stoßes. Verschiedenheit der Anspruchsbegründung und der Beweislast.

2. **RG.** 25. 2. 16, BayRpflZ. 16, 226. Haftung einer Gewerkschaft für den ihren Wohnungsmietern durch Bruch eines ihrer Gasleitungsrohre zugefügten Schaden aus § 2 HaftpflG., Mietsvertrag, unerlaubter Handlung und unter dem Gesichtspunkt der Haftung ohne besonderes Verschulden.

3. **RG.** 29. 4. 15, EisenbA. 16, 1012 s. bereits JDR. 14 § 1 ff. Ziff. 4.

4. **RG.** 11. 1. 15, EisenbE. 32, 322 s. bereits JDR. 14 § 1 ff. Ziff. 6.

5. **RG.** 19. 6. 16 s. §§ 823 ff. BGB. Ziff. 11.

§ 1.

I. Begriff der Eisenbahn.

1. **RG.** 4. 1. 15, EisenbE. 32, 320, Reger 36, 230 s. bereits JDR. 14 § 1 I 1.

2. **RG.** 10. 6. 15, EisenbE. 32, 455 s. bereits JDR. 14 § 1 I 2.

3. **RG.** 22. 3. 15, EisenbE. 32, 338, GruchotsBeitr. 60, 137 s. bereits JDR. 14 § 1 I 3.

4. Darmstadt 5. 11. 15, HessRspr. 16, 309. Beim Betrieb einer zu militärischen Übungszwecken gebauten Förderbahn handelt es sich um Ausübung eines Hoheitsrechts. Das HaftpflG. ist trotzdem anwendbar, weil der Betriebsunternehmer als solcher ersatzpflichtig ist.

II. Betriebsunternehmer.

RG. 1. 10. 14, EisenbE. 32, 221 s. bereits JDR. 14 § 1 II 1.

III. Betriebsunfall. Betriebsgefahr.

1. **RG.** 17. 12. 15, LeipzZ. 16, 607. Beim Betriebe der Eisenbahn entstanden ist der Unfall, wenn neben dem inneren ursächlichen Zusammenhang des Unfalls mit dem Eisenbahnbetrieb ein naher örtlicher und zeitlicher Zusammenhang desselben mit einem bestimmten Betriebsvorgang vorhanden ist (**RG.** 50, 92; 55, 229; 68, 47). Verneint beim Unfall auf einer Bahnhofstreppe vom Kartenschalter zur Bahnsteigsperre (bei Schneetreiben).

2. RG. 8. 11. 15, JW. 16, 122, LeipzZ. 16, 384, WarnE. 16, 25. Nach ständiger Rechtspr. des Sen. sind Unfälle, die sich beim Aussteigen aus einem, wenn auch haltenden (Straßen-) Bahnwagen ereignen, ohne weiteren Nachweis des ursächlichen Zusammenhangs mit einer besonderen Betriebsgefahr zu den „bei dem Betriebe" der Eisenbahn vorkommenden Unfällen zu rechnen, und es ist Sache des Unternehmers, im einzelnen Falle besondere Umstände darzutun, die eine abweichende Annahme zu rechtfertigen vermögen (Mitverschulden, wenn sich der Fahrgast der Griffstange nicht bedient — s. V 2a).

3. RG. 28. 2. (4.) 16, GruchotsBeitr. 60, 871, JW. 16, 747 (mit Anmerkg. von v. d. Leyen). Das Öffnen der Bahnschranken durch einen „Unbefugten" ist keinesfalls als eine „Betriebshandlung" anzusehen. Die Frage, ob und unter welchen Umständen das Schließen der Schranken beim Herannahen eines Zuges und das Wiedereröffnen derselben, nachdem der Zug den Bahnübergang passiert hat, als ein Betriebsvorgang anzusehen ist, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung (vgl. dazu besonders RG. 68, 47; 75, 284, EisenbA. 13, 1158).

4. Posen 17. 10. 16, PosMSchr. 16, 97. Ein Unfall beim Schließen der Schranken am Wegübergang kann ein Betriebsunfall sein (RG., R. 14, Nr. 1913).

5. RG. 26. 1. 16, JW. 16, 586, R. 16, Nr. 1628. Die Entladung stillstehender Güterwagen steht außerhalb des Beförderungsbetriebs der Eisenbahn; damit auch das Öffnen der Wagen zum Zwecke der Entladung (Unfall infolge Herabfallens der Schiebetür).

6. RG. 29. 11. 15, LeipzZ. 16, 1364. Die Frage, ob die mit jedem Straßenbahnbetrieb regelmäßig verbundene Gefahr im Einzelfall eine gesteigerte war, ist grundsätzlich nach objektiven Momenten zu beurteilen; hohes Alter, Gebrechlichkeit usw. des Verletzten können nicht der Betriebsgefahr zugerechnet werden, sondern sind nur geeignet, das Selbstverschulden des Verletzten zu mildern. Für die Abwägung dieses Verschuldens und der Betriebsgefahr kommt es aber im Ergebnis auf dasselbe hinaus, ob man die unverschuldete Behinderung z. B. durch hohes Alter als einen Faktor für die Erhöhung der Betriebsgefahr oder aber als einen solchen für die Minderung des Verschuldens einstellt.

7. RG. 28. 2. 16; 88, 140. Betriebsunfall i. S. der RVO.

8. RG. 13. 3. 16 s. unten IV 2.

9. RG. 1. 7. 15, EisenbE. 32, 460 s. bereits JDR. 14 § 1 III 4.

10. RG. 15. 3. 15, EisenbE. 32, 336 s. bereits JDR. 14 § 1 III 11.

11. RG. 28. 6. 15, EisenbE. 32, 459 s. bereits JDR. 14 § 1 III 12.

12. ÖstObGH. 12. 1. 15, EisenbE. 32, 323. Vorschriftswidriger Zustand der Trittbretter eines Eisenbahnwagens.

IV. Höhere Gewalt. 1. RG. 3. 7. 16, BayRpflZ. 16, 387, GruchotsBeitr. 61, 139, LeipzZ. 16, 1428, WarnE. 16, 324, ZDJustSekr. 16, 158. Höhere Gewalt i. S. des § 1 ist im allgemeinen ein von außerhalb des Eisenbahnbetriebes wirkendes Ereignis, das nach menschlicher Erfahrung nicht vorauszusehen ist und nicht erwartet wird, und dessen Eintritt auch bei den zweckmäßigsten Einrichtungen durch menschliche Kraft und Sorgfalt nicht abgewendet werden kann (RG. 44, 404; 60, 304; 64, 404). Wenn eine dritte Person, die mit dem Eisenbahnbetriebe nichts zu tun hat, den Eisenbahnkörper betritt und von einem heranfahrenden Eisenbahnzuge verletzt wird, so handelt es sich gewiß um ein von außerhalb des Eisenbahnbetriebes wirkendes Ereignis. Die Handlungsweise der dritten Person, die dem Verbote zuwider den Bahndamm beschreitet, ist schuldhaft, wenn sie mit Bewußtsein handelt; sie kann als höhere Gewalt erscheinen, wenn die Person unfrei in einer Störung des Bewußtseins handelt. Ob dagegen ein außergewöhnliches Ereignis vorliegt, das nach menschlicher Erfahrung nicht vorauszusehen und zu erwarten war, und weiter ob dem Betriebsunternehmer zuzumuten war, durch Sicherungseinrichtungen die Gefahr von Unfällen überhaupt abzuwenden, richtet sich wesentlich nach den örtlichen Verhältnissen und kann nicht allgemein entschieden werden (RG. 13. 3. 16 s. folg. Ziff.). Es kommt darauf an, ob die örtlichen Verhältnisse, (im vorliegenden Fall) insbesondere der Verkehr auf dem angrenzenden Kommunalwege und die Nähe der Haltestelle eine Absonderung des Bahn-

körpers durch Einrichtungen, die das Betreten des Bahnkörpers durch Dritte wirksam zu verhindern geeignet waren, angebracht erscheinen ließen. — Die Erwägung, daß der Unfall durch die zweckmäßigsten, den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens nicht vollständig ausschließenden Einrichtungen hätte verhütet werden können, genügt nicht.

2. **RG.** 13. 3. 16, JW. 16, 839 (mit Anmerkg. von v. d. Leyen), KleinbZ. 16, 538, ZVersWes. 16, 115 (vgl. auch WarnE. 16, 324). Unterschied zwischen dem auf öffentlichen Verkehrsstraßen sich bewegenden Betrieb der Straßenbahnen und dem auf besonderem Bahnkörper stattfindenden Eisenbahnbetrieb für die Frage der höheren Gewalt. Bei der rechtlichen Beurteilung eines mit dem Straßenverkehr zusammenhängenden Unfalls (Sturz mit dem Fahrrad beim Entgegenkommen eines Eisenbahnzuges, Funkenauswurf aus der Lokomotive, Überfahren der Hand durch die Räder des Zuges) ist dieser Unterschied zu beachten. Ein solcher Unfall kann bei der Straßenbahn unter Umständen als Betriebsunfall anzusehen sein: die Vorgänge des Betriebes und des Verkehrs greifen hier derartig ineinander, daß eine ständige gegenseitige Rücksichtnahme stattfinden muß, so daß sich kaum noch sagen läßt, daß die Ereignisse des allgemeinen Verkehrs als von außerhalb des Betriebes eingreifende Vorkommnisse anzusehen seien. Das liegt bei einer Eisenbahn ganz anders, die ihren eigenen Bahnkörper besitzt, von dem jeder andere Verkehr ferngehalten wird. Wieweit man in der Anordnung von Sicherungsmaßregeln hier zu gehen hat, läßt sich nicht wohl grundsätzlich bestimmen, sondern ist von der Lage des einzelnen Falles, insbesondere von den örtlichen Verhältnissen, von der Art des Bahnbetriebes und dem Grade seiner Gefährlichkeit, die verschieden sein können, abhängig.

3. **RG.** 2. 3. 16, LeipzZ. 16, 742. Unwiderstehlicher Schneesturm kann allerdings höhere Gewalt darstellen, nicht aber schon ein starkes Schneegestöber, weil die dadurch hervorgerufenen Schwierigkeiten nicht unüberwindlich, das Ereignis als solches auch nicht außergewöhnlich ist.

4. **RG.** 20. 12. 15, R. 16, Nr. 758. Höhere Gewalt liegt nicht vor, wenn ein Eisenbahnpostbeamter beim Rangierstoß deshalb seinen Halt verliert, weil er beim Einladen von Postpaketen in den Postabteil durch die im Innern liegenden Pakete in seiner Bewegungsfreiheit behindert wird.

5. **RG.** 1. 11. 15, LeipzZ. 16, 384. Schwindelanfall des Verletzten ist keine höhere Gewalt. S. JDR. 14 § 1 Ziff. V 8.

6. Cassel 24. 1. 16, DJZ. 16, 451, JW. 16, 1216 (mit Anmerkg. von Jacobson, der die Entsch. zu allgemein findet), LeipzZ. 16, 569, R. 16, 356. Maßnahmen der Militärbehörden (Aufstellung einer verunglückten Bahnschutzwache), die dem Einfluß der Eisenbahnverwaltung völlig entrückt sind, sind höhere Gewalt (Art. 47 RV. in Verb. mit § 31 KriegsLG. v. 13. 6. 1873). Vgl. Delius, LeipzZ. 16, 916 Anm. 8.

7. **RG.** 7. 10. 15, KleinbZ. 16, 106 u. 412 s. JDR. 14 § 1 IV 5a.

V. Verschulden.

1. Eigenes Verschulden. a) **RG.** 23. 11. 14, EisenbE. 32, 227 s. bereits JDR. 14 § 1 VI 1b.

b) **RG.** 11. 7. 14, EisenbE. 32, 220 s. bereits JDR. 14 § 1 VI 1g.

c) Kiel 11. 7. 16, SchlHolstAnz. 16, 194. Fahrlässigkeit eines Reisenden durch zu nahes Herantreten an das Einfahrtsgleis eines einfahrenden Zuges.

d) Beweislast. α) **RG.** 3. 7. 16, WarnE. 16, 324. Den Beweis des eigenen Verschuldens des Verletzten hat nach § 1 HaftpflG. wie nach § 254 BGB. der Schadensersatzpflichtige zu führen. Liegt aber ein Tatbestand vor, der regelmäßig ein Verschulden einschließt, wie im gegebenen Falle das Betreten des Bahnkörpers an einer dem Verkehr nicht geöffneten Stelle, so ist es nach feststehender Rechtspr. Sache des Verletzten, das Schuldmoment zu widerlegen und Umstände darzutun (Zustand vorübergehender Bewußtseinsstörung), durch welche seinem Verhalten der Charakter eigenen Verschuldens genommen wird.

β) **RG.** 4. 11. 15, LeipzZ. 16, 384, R. 16, Nr. 563. Wenn das Selbstverschulden des beim Bahnbetriebe Verletzten (Verharren in gebückter Haltung vor einem Straßenbahnwagen) nicht aufgeklärt wird, so geht diese Ungewißheit zu Lasten des beweispflichtigen Bahnunternehmers. Der Sen. hat in einzelnen Fällen Entlastung vom Verletzten verlangt, wenn der Tatbestand zunächst bestimmt auf sein eigenes Verschulden hinwies.

Siehe auch folg. Ziff. 2.

2. Verhältnis des § 254 BGB. zum HaftpflG. a) **RG.** 8. 11. 15, WarnE. 16, 25. Nach ständiger Rechtspr. des Sen. (WarnE. 11, 324) lädt, wer sich der zum Festhalten beim Aussteigen bestimmten, am Wagen angebrachten Schutzstangen nicht bedient, regelmäßig den Vorwurf des Selbstverschuldens auf sich, wenn er nicht zu rechtfertigen vermag, warum er diese nächstliegende und gewöhnlichste Vorsichtsmaßregel unterlassen habe. Auf wie hoch ein hiernach anzunehmendes Verschulden gegenüber der Betriebsgefahr zu bewerten ist, ist nach Lage des Einzelfalles zu entscheiden.

b) **RG.** 19. 4. 16, WarnE. 16, 230. Völliges Zurücktreten der erhöhten Betriebsgefahr (Fehlen von Bahnschranken) vor dem erheblichen Verschulden des Verletzten, der die Gleise angesichts des herannahenden Zuges überschritt.

c) **RG.** 24. 2. 16, R. 16, Nr. 1780. Wer im Zuge das Fenster öffnen oder schließen will, braucht sich nicht vorher zu vergewissern, ob die Tür fest verschlossen ist.

d) Darmstadt 5. 11. 15, HessRspr. 16, 309 (s. oben § 1 I 4). Unvorsichtiges Fahren über die Geleise mit stark beladenem Wagen.

e) Rostock 17. 2. 15, MecklZ. 34, 17. Verschuldensabwägung. Mangelhaftes Achten auf das Herannahen des Zuges. Hälftige Teilung.

f) **RG.** 29. 11. 15 s. oben III 6.

g) **RG.** (ohne nähere Angabe) SäsKVersZ. 16, 24. Einem Maurer waren beim Einsteigen in den Eisenbahnwagen zwei Finger dadurch zerquetscht worden, daß der Schaffner die Tür zu früh zuschlug. Teilung des Schadens.

h) **RG.** 19. 4. 15, EisenbE. 32, 339 s. bereits JDR. 14 § 1 VI Ziff. 2 f β.

i) **RG.** 1. 7. 15, EisenbA. 16, 219 s. bereits JDR. 14 § 1 VI Ziff. 2 n.

k) **RG.** 29. 3. 15, EisenbA. 16, 212, EisenbE. 32, 443 s. bereits JDR. 14 § 1 VI Ziff. 2 c.

l) **RG.** 28. 6. 15, EisenbA. 16, 216 s. bereits JDR. 14 § 1 III 12.

§ 2.

1. **RG.** 13. 4. 15, EisenbE. 32, 444, LeipzZ. 16, 162 s. bereits JDR. 14 § 2 Ziff. 3 u. 4.
2. **RG.** 8. 7. 15; 87, 124, DJZ. 16, 237 s. bereits JDR. 14 § 2 Ziff. 5.
3. **RG.** 25. 2. 16 s. §§ 1 ff. II Ziff. 2.

§ 3 a.

1. **RG.** 7. 1. 16, LeipzZ. 16, 1008. Heilungskosten, die in dauernder Wiederholung aufgewendet werden müssen (z. B. Anstaltskuren), können als eine Vermehrung der Bedürfnisse aufgefaßt und durch Gewährung einer Rente entschädigt werden (§ 7).

2. **RG.** 15. 11. 15, JW. 16, 193, LeipzZ. 16, 950, R. 16, Nr. 679, WarnE. 16, 24. Verlust der Anwartschaft auf die Versicherungsrente aus AngestelltenVG. (beim Bahnunfall eines Handlungsgehilfen) ist eine vom Bekl. zu vertretende Schadensfolge (§§ 249, 842 BGB.).

§ 8.

RG. 29. 4. 15, EisenbE. 32, 445 s. bereits JDR. 14 § 8 Ziff. 3.

§ 9.

Cochlovius, KGBl. 16, 93 u. ZVersWes. 16, 415 erörtert die Haftung des Eisenbahnunternehmers für Sachschäden. Nach der durch Art. 42 EGBGB. gebrachten Fassung des § 9 sind nur Reichsgesetze in Kraft geblieben, soweit sie eine nach irgendeiner Richtung hin über das HaftpflG. hinausgehende Haftung bestimmen (BGB., UnfallversGes., RVO.,

auch z. B. § 5 EVO.), demzufolge die Eisenbahnen für die Handlungen ihrer Leute auch dann haften, wenn diese ohne jedes Verschulden dem Inhalte des Versandvertrages zuwiderhandeln. Daß dabei eine Handlung bei Ausführung der dem Handelnden obliegenden Verrichtung vorliegen muß, ist im Gegensatze zu § 278 BGB. nicht erforderlich (**RG.** 20. 1. 16, JW. 16, 489). Die landesgesetzlichen Vorschriften sind, soweit sie die Beschädigung von Personen zum Gegenstande haben, durch Art. 42 EGBGB. aufgehoben (**RG.** 57, 52; 63, 272). Lediglich, soweit landesgesetzliche Bestimmungen die Haftung für Sachschäden betreffen, sind sie gemäß Art. 105 EGBGB. unberührt geblieben (DJZ. 14, 576). Vgl. auch Hellweg, MittöffFeuerversAnst. 16, 2.

Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen.

Vom 3. Mai 1909.

Vorbemerkung: Auf die Entscheidung des **RG.** zu § 12 über die Berechnung der Höchstsumme ist besonders hinzuweisen.

Schrifttum: Fromherz (s. Schrifttum vor §§ 823ff. BGB.).

I. Verkehrsvorschriften.

§§ 1ff.

1. **RG.** 14. 6. 15, EisenbE. 32, 456 s. bereits JDR 14 §§ 1ff.

2. Zum Begriff der „Vorführungsfahrt" im Versicherungsrecht **RG.** 30. 6. 16, ZVersWes. 16, 319.

II. Haftpflicht.

§ 7.

I. Abs. 1. 1. Fahrzeughalter (JDR. 14 § 7 I). 1. Colmar 30. 10. 16, R. 16, 633. Für militärpolizeiliche Kraftwagenfahrten haftet das Reich nach § 7 und RBeamtHaftpflG. v. 22. 5. 1900.

2. Rostock 7. 5. 15, MecklZ. 34, 298 (Revision vom **RG.** 11. 11. 15 zurückgewiesen). Durch die eigenmächtige Fahrt des Schofförs, der im Dienst des Beklagten stand, zum Schweizerhause (2 km von der Stadt) hat der Beklagte die Eigenschaft als Halter des Fahrzeugs nicht verloren. Er hatte durch diese Verfügung des Fahrers zu einem ganz vorübergehenden Zwecke nach den Anschauungen des Verkehrs die Herrschaft über das Fahrzeug und damit die allgemeine Aufsichts- und Unterhaltungspflicht noch nicht tatsächlich eingebüßt (**RG.** 52, 117).

3. **RG.** 4. 3. 15, HansGZ. 16, Beibl. 75. Haftung des Automobilhalters und Führers, wenn er einen in die elektrische Bahn Einsteigenden auf der für das Auto verbotenen Straßenseite überfährt.

4. Hamburg 7. 10. 15, HansGZ. 16, Beibl. 11, LeipzZ. 16, 186. Durch das Fallen einer Person über das Schleppseil, mit dem ein Auto ein anderes abschleppt, ist eine Verletzung „bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeuges" (§ 7 Abs. 1) entstanden. Es ist gleichgültig, ob die betreibende Motorkraft sich im Wagen selbst oder außerhalb desselben befindet.

5. **RG.** 9. 11. 16, ZVersWes. 16, 462. Unter § 7 fallen nicht nur durch den Kraftwagen unmittelbar herbeigeführte Unfälle, sondern auch solche, die auf psychischem Wege (Schrecken, Bestürzung) durch den Kraftwagen verursacht worden sind.

6. **RG.** 22. 5. 16, JW. 16, 1115. Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Kraftwagenbetriebe und dem tödlichen Unfall ist auch dann gegeben, wenn die Folgen des von dem im Betriebe befindlichen Kraftwagen herbeigeführten Unfalls durch das zur Hilfe herbeieilende Publikum verschlimmert worden sind.

7. **RG.** (StrafS.) 30. 1. 14, GoltdA. 62, 117 s. § 823 BGB. I 10a.

8. Hamburg 14. 7. 16 s. § 831 BGB. Ziff. 1b.

9. **RG.** 27. 3. 16, GruchotsBeitr. 60, 681. Zulässigkeit des Rechtswegs für die Klage auf Ersatz des Schadens, der durch einen der Beförderung von Mannschaftskleidung in einer armierten Festung dienenden Kraftwagen herbeigeführt worden ist.

II. Abs. 2. 1. Fromherz, R. 16, 618. Auch nach § 7 muß der Unfall wenigstens durch die eigentümlichen Betriebsgefahren verursacht sein. Der Vorbehalt des „unabwendbaren Ereignisses" vermeidet aber — wenn es auch enger sein soll, als die „höhere Gewalt" — nicht bloß die Haftung für Unfälle, die ohne den Kraftwagenbetrieb nicht eingetreten wären. Es besteht auch noch ein gewisser innerer Zusammenhang, die Begründung einer gewissen Wahrscheinlichkeit eines derartigen Unfalls durch den Kraftwagenbetrieb, wenn z. B. ein Fußgänger in den regelrecht fahrenden Kraftwagen hineinläuft. Hier liegt ein unabwendbares Ereignis vor; es scheidet nicht bloß rein zufälligen Schaden, sondern auch gewisse Zusammenhänge aus, die bei reiner Gefährdungshaftung, z. B. nach § 833 Satz 1 BGB. noch als adäquate unter die Haftung fielen. Hier springt aber die weitaus vorwiegende Verursachung durch den Dritten (oder ein Tier) derart ins Auge, daß das Ereignis für den Kraftwagenbetrieb als unabwendbar „gelten" soll. Aber die Ursächlichkeit des Kraftwagenbetriebs soll in solchen Fällen nur dann verneint werden, wenn, abgesehen von dem von außen kommenden Ereignis, bewiesen wird, daß Halter und Führer jede nach den Umständen gebotene Sorgfalt beobachtet haben, also nur beim Ausschluß auch des leisesten Verschuldens; dann aber schadet auch der ursächliche Zusammenhang mit dem Kraftwagenbetrieb nichts.

2. Rostock 7. 5. 15 (s. oben I 2). Das Gleiten des Wagens würde sich als ein „unabwendbares Ereignis" nur darstellen, wenn insbesondere auch die Gleitgefahr nicht durch sachgemäße Lenkung hätte vermieden oder unschädlich gemacht werden können. Die Beweislast hierfür trifft den Wagenhalter (**RG.** 13. 11. 13, OLG. 28, 265).

3. **RG.** 4. 5. 16, LeipzZ. 16, 1099. Die „nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt", deren Beobachtung sowohl seitens des Kraftfahrzeughalters wie seitens des Kraftfahrzeugführers den Kraftfahrzeughalter von seiner Haftung für einen durch den Betrieb eines Kraftfahrzeugs verursachten Unfall befreit, ist nicht schlechthin die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt" des § 276 BGB., sondern sie umfaßt eine besondere, überlegene, gesammelte Aufmerksamkeit, die durch die Gefahr nicht beeinflußt wird und das richtige Handeln auch in schwieriger Lage zu finden weiß (**RG.** 86, 149).

4. Colmar 14. 6. 15, ElsLothZ. 16, 273. Ein „unabwendbares Ereignis" ist angenommen worden, als ein vorschriftsmäßig fahrender Kraftwagen die an einem unbeleuchteten Fuhrwerk, das vorschriftswidrig ausbog, hinten angebundenen Pferde beschädigte.

5. Stuttgart 20. 5. 15, EisenbE. 32, 450, R. 15, Nr. 1532 u. 16, Nr. 1388, WürttJ. 27, 140 (JDR. 14 § 823 I 12e). Bei einer Gefälligkeitsfahrt ist davon auszugehen, daß die Parteien dasjenige als maßgebend angesehen wissen wollten, was der Billigkeit entspricht. Der Billigkeit würde es aber nicht entsprechen, wenn ein Fahrgast den Kraftwagenführer, dessen Betrunkenheit er kannte, für die hieraus sich ergebenden Folgen haftbar machen wollte.

6. **RG.** 13. 12. 15, AnnVers. 16, 47. Der Entlastungsbeweis ist geführt bei unvorhergesehener Wendung des Verunglückten in die Fahrtrichtung des Wagens.

7. **RG.** 28. 1. 15, EisenbA. 16, 1002, EisenbE. 32, 320, Reger 36, 95 s. bereits JDR. 14 § 7 II 2.

8. **RG.** 22. 3. 15, EisenE. 32, 337, GruchotsBeitr. 60, 135 s. bereits JDR. 14 § 7 II 3.

9. **RG.** 20. 5. 15, EisenbE. 32, 450 s. bereits JDR. 14 § 7 I 2.

III. Abs. 3. Inbetriebsetzung. Rostock 7. 5. 15 (s. oben I 2). Für die Frage der Außerbetriebsetzung und Inbetriebsetzung ist es zunächst ohne Bedeutung, ob der Fahrer, als er die Besteller der längeren Fahrt absetzte, den Motor abgekurbelt hatte und ihn nachher wieder ankurbelte, um weiter zu fahren. Mit **RG.** 22. 1. 14, SeuffA. 69, 319 ist gegen Isaac,

Komm. 115 Anm. 6 anzunehmen, daß das Aufhören des Betriebs der Maschine im rein technischen Sinne nicht gleichbedeutend ist mit einer Außerbetriebsetzung; die gegenteilige Ansicht würde weder dem Sinne des Gesetzes noch der Verkehrsanschauung entsprechen; sie würde auch zu widersinnigen Ergebnissen führen, denn auch für die Rückfahrt zur Garage hätte der Motor, wenn er vorher abgestellt war, wieder angekurbelt werden müssen, und in der Ankurbelung zu diesem Zwecke eine neue „Inbetriebsetzung" zu sehen, wäre widersinnig. Maßgebend muß sein die Inbetriebsetzung des Fahrzeuges zu der Fahrt, bei der der Unfall sich ereignete, überhaupt und, ob vor der eigenmächtigen Fahrt des Schofförs das Kraftfahrzeug in den Zustand der Ruhe und Betriebslosigkeit versetzt war (**RG.** 77, 349 und SeuffA. 69, 319).

§ 8.

RG. 30. 11. 14, EisenbE. 32, 230, FrankfRundsch. 49, 104 s. bereits JDR. 14 § 8 Ziff. 2b.

§ 12.

RG. 20. 12. 15; 87, 402, JW. 16, 591 (mit Anmerkg. von Isaac), R. 16, Nr. 567, ZDJustSekr. 16, 73. Bei mitwirkendem Verschulden des Verletzten hat die Teilung der Schadenstragung nicht innerhalb der Höchsthaftsumme des § 12 Abs. 1 Nr. 1 stattzufinden. Vielmehr ist der unbegrenzte Anspruch des Verletzten nach bürgerlichem Recht einzusetzen, der je nach dem Maß mitwirkenden Verschuldens zu teilen, worauf zu prüfen ist, ob der sich ergebende Betrag die Höchstsumme des § 12 übersteigt.

§§ 17, 18.

1. Hamburg 7. 10. 15, LeipzZ. 16, 186 s. oben § 7 Ziff. 4. Liegt bezüglich des Verletzten nichts anderes vor, als daß er in den Gefahrbereich des Kraftwagens hineingetreten ist, so ist dies kein die Beklagte befreiendes Verhalten.

2. **RG.** 23. 11. 14, EisenbE. 32, 227 s. bereits JDR. 14 §§ 17, 18 II 1.

3. **RG.** 7. 6. 15, EisenbE. 32, 452 s. bereits JDR. 14 §§ 17, 18 II 2.

Strafvorschriften.

§ 22.

RMilG. 25. 6. 15, DJZ. 16, 135. Es ist rechtsirrtümlich, daß den Angeklagten, weil er die Vorschrift der BRVO. v. 3. 2. 10 über das langsame Fahren an gefährlichen Stellen kannte, eine im Widerspruch damit stehende dienstliche Weisung seiner Vorgesetzten nicht schützen könne (§§ 59 StrGB., 47 MilStrGB.).

Anhang: Verordnung des Bundesrats über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Februar 1910.

C. Der Führer des Kraftfahrzeugs.

b) Besondere Pflichten des Führers.

§ 18.

Stuttgart (Strafs.) 2. 11. 14, WürttJ. 27, 226. Ein „Unfall" liegt auch vor, wenn ein Mensch in erheblicherem Maße beschmutzt oder dabei nur seine Kleidung oder sonstige mitgeführte Sachen beschädigt worden sind. Schon die Gefahr genügt, daß durch Insgesichtschleudern kleiner Fremdkörper mit der Möglichkeit einer Körperverletzung zu rechnen war.

§ 19.

1. **RG.** 7. 1. 15, EisenbE. 32, 321 s. bereits JDR. 14 § 19 Ziff. 1.

2. ObLG. München (Strafs.) 19. 11. 14, Reger 36, 96 s. bereits JDR. 14 § 19 Ziff. 3.

§ 20.

RG. (Strafs.) 27. 4. 15, EisenbE. 32, 413, SächsRpflA. 16, 19. Die polizeiliche Vorschrift des § 20 kommt nicht zur Anwendung, wenn der Schofför aus Unachtsamkeit einen

Menschen nicht bemerkt hat; er kann aber u. U. wegen einer durch Fahrlässigkeit verursachten Tötung oder Körperverletzung strafbar sein.

F. Untersagung des Betriebes.

§ 26.

PrOVG. 25. 6. 14, DJZ. 16, 347. Die Ausschließung eines Kraftfahrzeugs vom Verkehr wegen mangelnder Beschaffenheit (Fehlen von Gummireifen an den Hinterrädern eines Lastautomobils) kann nur durch die höhere Verwaltungsbehörde verfügt werden.

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Vom 7. Juni 1909.

Vorbemerkung: Der Einfluß des Krieges auf den UnlW. ist nach seinen verschiedenen Seiten in mehreren Aufsätzen (s. unter § 1ff.) behandelt worden; hierher gehörige Entscheidungen finden sich namentlich unter § 1 und § 14. Die Anzahl der Entscheidungen ist im allgemeinen zurückgegangen; insbesondere ist das noch im letzten Bericht einen großen Raum einnehmende „Preisschleudern mit Markenartikeln" wohl unter Einwirkung von RG. 11. 1. 16 (§ 1 VII B 1) in Schrifttum und Rechtsprechung in den Hintergrund getreten. Wegen der Unterlassungsklage, die noch immer Gegenstand des Streites ist, wird auf § 826 BGB. verwiesen.

Schrifttum: Brockmann, Unbefugte Firmenführung, Schwindelfirmen und deren Bekämpfung, GesuR. 17, 265. — Dunkhase, Über die Bezeichnungen Münchener und Pilsener Bier in Verbindung mit anderen Herkunftsangaben, MschutzuWettbew. 15, 115. — Derselbe, Die Bedeutung der Verkehrsauffassung für Warenzeichen und Ausstattung als Kennzeichen einer besonderen Herstellungsstätte oder Vertriebsstätte der Ware, MschutzuWettbew. 15, 183. — Finger, Ein unlauterer Wettbewerb zu Kriegszwecken, MschutzuWettbew. 15, 312. — Fuld, Die Anwendung des Wettbewerbsgesetzes während des Krieges, MschutzuWettbew. 15, 162. — Derselbe, Das Verbot der Sonderausverkäufe für Web- und Wirkstoffe, MschutzuWettbew. 15, 222. — Derselbe, Rechtsübereinstimmung zwischen Deutschland und Österreich-Ungarn für das Wettbewerbsgebiet, MschutzuWettbew. 15, 353. — Derselbe, Das Abspenstigmachen von Versicherten, MittöffFeuerversAnst. 16, 79. — Hellwig, Zur Frage des Titelschutzes, GewRschutz 16, 117. — Curt Meier, Versteigerungsankündigungen als Ausverkaufsankündigungen, MschutzuWettbew. 15, 196. — Menzel, Das englische Feuerversicherungsgeschäft in Deutschland und der Krieg, Breslau 1915. — Mintz und Osterrieth, Der gewerbliche Rechtsschutz und der Krieg, GewRschutz 15, 263. — Victor v. Richter, Die Bestimmungen des ungarischen Rechts gegen UnlW., MschutzuWettbew. 15, 118. — Alfred Rosenthal, Die Unterlassungsklage (s. Schriftt. vor §§ 823ff.). — Derselbe, Ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO.) gegeben, wenn der Klagetatbestand auch unter das UnlWG. fällt? LeipzZ. 16, 289. — Derselbe, Der § 12 UnlWG. in der Praxis, ZIndR. 16, 160. — Derselbe, Der Gerichtsstand des § 24 UnlWG. bei Vorhandensein mehrerer Niederlassungen, GewRschutz 16, 81. — Salinger, Über Defensivzeichen und Defensivwarenverzeichnisse, GewRschutz 16, 99. — Derselbe, Das Verhältnis des § 826 BGB. zu § 1 UnlWG., JW. 16, 1242. — Silberschmidt (s. vor § 823ff.).

§§ 1ff.

1. Fuld, MschutzuWettbew. 15, 162 behandelt die Anwendung des UnlWG. während des Krieges: Rückgang der straf- und zivilrechtlichen Verfolgungen, namentlich durch Vereine und Verbände (§ 13); andererseits in der ersten Kriegszeit Ausverkäufe im Zusammenhang mit den kriegerischen Ereignissen, ferner Anpreisung wertloser oder minderwertiger Ersatzmittel unter unrichtigen Angaben, Anschwärzung lästiger Wettbewerber als Ausländer, Benennung von Waren, Aufmachung und Ausstattung mit unrichtigem Hinweis auf ausländische Herkunft, falsche Gelegenheitskäufe. Nach dem Kriege vermehrte Energie gegen alles Unlautere.

2. Mintz und Osterrieth, GewRschutz 15, 263 erörtern den „gewerblichen Rechtsschutz und den Krieg" (Gesetzgebung, Rechtsprechung, Vermischtes) auch für das Gebiet des UnlW.

3. Finger, MschutzuWettbew. 15, 312 behandelt als UnlW. zu Kriegszwecken die französische Nachbildung der von deutschen Offizieren in französischer Sprache zur Aufklärung der französischen Bevölkerung herausgegebenen „Gazette des Ardennes".

4. Fuld, MschutzuWettbew. 15, 353 betont unter dem Gesichtspunkt der Rechtsannäherung das Bedürfnis für gleichmäßigen Schutz gegen UnlW. in jeder Gestalt für Deutschland und Österreich-Ungarn. Weder Österreich noch Ungarn hat ein umfassendes Gesetz gegen UnlW.; Vorarbeiten sind im Gange. Die übereinstimmende Regelung des Wettbewerbsrechts wird wahrscheinlich früher erfolgen, als die des sonstigen Verkehrsrechts.

5. Victor von Richter, MschutzuWettbew. 15, 118 behandelt die Bestimmungen des ungarischen Rechts gegen UnlW. Sie bieten nur gegen einzelne Erscheinungen des UnlW. nur in gewissen Richtungen, und oft nur indirekten Rechtsschutz. Unter diesen Rechtsnormen können folgende Gruppen unterschieden werden, nämlich Verbote, die sich beziehen auf: 1. Bezeichnungen des Unternehmens, 2. Bezeichnungen der Waren, 3. Herkunfts- und Qualitätsverschleierungen, 4. Quantitätsverschleierungen, 5. Aneignung von Auszeichnungen und Wappen, 6. Anschwärzung des Mitbewerbers und 7. mit den Ausverkäufen verbundene Mißbräuche. Diese Gruppen werden im einzelnen erörtert.

6. Salinger, Verhältnis des § 826 BGB. zu § 1 UnlWG. s. §§ 823 ff. 2 a β.

7. *Dickel, Forstzivilrecht, 594 über die Bedeutung des UnlWG. für das Forstrecht.

§ 1.

I. Wettbewerbszweck.

1. RG. 14. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 498, MschutzuWettbew. 15, 165 (s. JDR. 14 § 14 IV 2d). Die Erregung nationaler Leidenschaften zu Zwecken des Wettbewerbs ist allerdings unsittlich; es ist aber nicht unsittlich, angesichts der Schärfe, mit der unsere Feinde gegen uns den wirtschaftlichen Krieg betreiben, in Veröffentlichungen zu Wettbewerbszwecken darauf hinzuweisen, daß Inhaber einer Konkurrenzfirma die Staatsangehörigkeit feindlicher Staaten besitzen (Minlosches Waschpulver).

2. Breslau 19. 5. 16, MschutzuWettbew. 15, 370. Die Ausbeutung der nationalen Begeisterung zu Zwecken UnlW. verstößt gegen die guten Sitten (Behauptung eines Angestellten, die von ihm für eine amerikanische Firma vertriebenen Kassen seien deutsches Fabrikat).

3. Hamburg 6. 7. 15, OLG. 32, 242. Verfolgt ein vor dem Bezug von verfälschtem Auslands-Kakao warnender Artikel nur den Zweck, damit den Interessen der deutschen Kakaoindustrie und der ganzen Bevölkerung zu dienen, nicht aber auch nur nebenbei den Zweck, damit zugleich auf Kosten der Klägerin oder der holländischen Kakaofirmen überhaupt den eigenen Wettbewerb oder den der deutschen Kakaoindustriellen überhaupt zu fördern, so fehlt es an der Voraussetzung, daß die beanstandeten Behauptungen und Veröffentlichungen in subjektiver Hinsicht zu Zwecken des Mitbewerbes geschehen seien.

4. KG. 25. 9. 15, OLG. 32, 242. Ein Schreiben dient Wettbewerbszwecken, wenn es abgesandt worden ist, um den Standpunkt der Beklagten einem früheren Kunden gegenüber zu verteidigen und so herbeizuführen, daß sich dieser Kunde ihr wieder zuwende, um also ihren Geschäftsbetrieb zu fördern und hiermit denjenigen der Wettbewerber zu beeinträchtigen, und zwar besonders denjenigen des Klägers, gegen den sich die im Briefe vorgetragenen Angriffe richten.

5. RG. 17. 3. 16, MschutzuWettbew. 15, 374. Der Begriff „guter Sitten" beim Kampfe wirtschaftlicher Interessen ist im wesentlichen Tatfrage. Die im Geschäftsleben herrschende Auffassung muß maßgebend sein, welche im sittlichen Volksbewußtsein begründet ist und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden genügt. Wahrheitsgemäße Anerkennungsschreiben von Kunden zum Zweck weiterer Empfehlung, die eine abfällige Beurteilung der Leistungen der Konkurrenz enthalten, entsprechen einer verbreiteten und unbedenklichen Übung.

6. Dresden 28. 4. 15, ZIndR. 16, 128. Wahrheitsgemäße Behauptungen über sich kann niemand beim Mangel besonderer, ein unlauteres Gebaren ergebender Umstände wie eines auf Schädigung gerichteten Zweckes oder der Absicht der Schikane untersagen (**RG.** 76, 111). Daher kann eine Firma die Aufnahme ihres Namens, ihrer Adresse und ihrer Marken in ein Branchenadressenverzeichnis nicht untersagen.

7. **RG.** 29. 5. 16 s. § 826 BGB. 6h.

8. Kohler zu § 826 Ziff. 6b.

II. Abspenstigmachen von Kunden.

1. Hamburg 7. 2. 16, MschutzuWettbew. 16, 63, OLG. 32, 248, R. 16, Nr. 200. Wer aus patriotischer Erregung Käufer vom Bezuge ausländischer Waren (Kanadischer Äpfel) abhält, handelt damit noch nicht sittenwidrig.

2. Königsberg 7. 4. 14, MschutzuWettbew. 15, 139. Wollte der Beklagte nur sich seine alten Kunden erhalten oder neue, die aber noch nicht Kunden des Klägers waren, hinzuerwerben, so ist das nicht sittenwidrig.

3. Hamm 10. 3. 16, BauersZ. 23, 257, OLG. 32, 263. Das Bestreben eines Kaufmanns, einem Erwerbsgenossen ein Geschäft zu entziehen, ist, wenn die dazu angewendeten Mittel nicht verwerflich sind, an sich einwandfrei. Der Umstand, daß der Beklagte, anstatt den Brief an die Klägerin gelangen zu lassen, ihn an den Absender zurückgehen ließ und dabei die nicht für ihn bestimmte Kenntnis vom Inhalte des Briefes zum Anlaß nahm, um eine Einwirkung auf den Absender zu versuchen, läßt sein Verhalten vielleicht als ein nicht vornehmes erscheinen. Das reicht indes nicht aus. Vgl. IDR. 14 § 1 III 1.

4. Stuttgart 9. 4. 15, WürttI. 28, 40. UnlW. ist im Einzelfall verneint bei Versendung des Abdrucks eines ein Fabrikat eines Konkurrenten abfällig beurteilenden Schreibens eines Kunden an Interessenten (Revision ist zurückgewiesen).

5. Abspenstigmachen von Versicherten. a) Fuld, Mittöfffeuerverf.-Anst. 16, 79. b) Naumburg 1. 2. 15, ebenda 85.

III. Mißbrauch des Zeichenrechts zu UnlW.

1. Dunkhase, MschutzuWettbew. 15, 187 wendet sich gegen **RG.** 23. 2. 15 (IDR. 14 § 1 IV 2, jetzt auch ZIndR. 16, 64), insoweit dort ausschlaggebendes Gewicht darauf gelegt wird, ob das Büffelbild vom Verkehr in Mexiko als Ausstattung der Klägerin oder als solche der Firma L. angesehen werde.

2. Fremdes Warenzeichen als Firmenbestandteil. München 12. 6. 14, OLG. 32, 246. Wenn jemand in seiner Firma ein Phantasiewort führt („Moja"), das einem Konkurrenten als Warenzeichen eingetragen ist oder mit diesem verwechselt werden kann („Roia"), so läßt sich der Antrag auf Unterlassung oder auch auf Löschung des Firmenbestandteils auf § 1 stützen, wenn das Phantasiewort deshalb in die Firma aufgenommen worden ist, um (unter dem Schutze des § 13 WZG.) die mit der Firma versehenen Waren zum Zweck der Verwechselung mit denjenigen Waren, die das Warenzeichen des Konkurrenten tragen, in den Verkehr zu bringen; ein solches Verfahren ist sittenwidrig (Rosenthal, Komm. 347 [3]).

3. **RG.** 4. 1. 16, MschutzuWettbew. 15, 294, ZIndR. 16, 64. Ein Verstoß gegen die guten Sitten seitens der Beklagten würde dann anzunehmen sein, wenn sie durch Benutzung ihres Zeichens bei den Käufern den Irrtum erregt hätte, als ob ihre (mit dem Zeichen versehene) Ware aus dem Gewerbebetrieb der Klägerin herrühre; wenn sie also durch Irreführung der in Betracht kommenden Kundschaft ihren Erwerb auf Kosten der Klägerin fördern würde.

4. Hamburg 20. 10. 14 u. 2. 11. 15, MschutzuWettbew. 15, 168. Buchstaben als schlagwortartige Abkürzung einer Firma genießen Schutz gegen unlautere Verwendung seitens eines Konkurrenten: „FK"; „Holsteinsche FK", „Hamburger FK" als Schlagwort für Margarine von Franz Kathreiners Nfl.

5. Hamburg 29. 5. 15, MschutzuWettbew. 15, 239. Löschung eines aus unlauterem Motiv angemeldeten Zeichens. „Hirschmarke" — „Reh-Hirsch-Farbe".

6. Dresden 18. 12. 12, MschutzuWettbew. 15, 237. Personen, welche den gleichen Familien- oder Firmennamen führen, sind verpflichtet, in loyaler Weise mitzuwirken, daß die beiderseitigen Waren so wenig wie möglich miteinander verwechselt werden. Durch diese Pflicht wird das in § 13 WZG. gewährte Recht der Benutzung der eigenen Firma beschränkt. „Herz-Stiefel“ — „N. Herz“.

7. Defensivzeichen. Salinger, GewRschutz 16, 99 bekämpft **RG.** 1. 12. 14 (S-Zeichen, JDR. 14 § 826 Ziff. 7d) und **RG.** 30. 4. 15 (Hawaka, JDR. 14 § 826 Ziff. 7a) von dem Grundsatze aus: Man wird den Defensivzweck stets als vorhanden anzunehmen haben, wenn eine auch nur entfernte Verwandtschaft des streitigen Zeichens mit dem benutzten Zeichen und der streitigen Ware mit den vertriebenen Waren besteht.

Siehe auch § 826 BGB. Ziff. 7.

IV. Hinzufügen der Bezeichnung „Ersatz“, „System“ zu bekannten Warennamen.

1. **RG.** 19. 1. 15; 86, 123, GewRschutz 16, 65 s. bereits JDR. 14 § 1 V 1.

2. Dresden 13. 11. 14, OLG. 32, 260 s. bereits JDR. 14 § 16 II 15.

V. Benutzung fremder Ausstattung.

1. Dresden 28. 1. 16, ZIndR. 16, 142. Untersagung der Benutzung des Doppeladlers in Verbindung mit den österreichischen Reichsfarben und dem Zigarettennamen „Kaiser von Österreich-Zigarette“, weil dadurch beim Publikum die Vorstellung erweckt wird, als handele es sich um eine Zigarette der K. K. österr. Tabakregie.

2. Dresden 14. 7. 15, ZIndR. 16, 127. Ausstattungsschutz bei „Sportzigaretten“.

VI. Verwertung fremder Arbeitsergebnisse.

Anpreisung von Nachahmungen. **RG.** 31. 3. 16; 88, 183, LeipzZ. 16, 742, R. 16, Nr. 1021. Die Anpreisung von Nachahmungen, die dem Urbild in jeder Beziehung gleich sind, weist, wenn sie einem Großabnehmer gegenüber erfolgt, diesen auf die Möglichkeit hin, daß die angepriesene Nachahmung im Verkehr mit dem Urbild (Marke „Sack“) verwechselt werde. Diese Möglichkeit ist geeignet, den Anreiz zum Ankauf der Pflüge der Bekl. zu erhöhen, eben weil sie dazu verwendbar sind, als Pflüge der Kl. weiterverkauft zu werden (Verstoß gegen die guten Sitten).

VII. Preisschleudern mit Markenartikeln (JDR. 14 § 1 IX).

A. Necken, LeipzZ. 16, 932 tritt, entgegen der bisherigen Rechtspr. dafür ein, daß die Preisschleuderei sämtlicher Markenartikel sämtlicher Mitglieder des Schutzverbandes verboten werden kann, weil die Preisschleuderei im allgemeinen ein Geschäftsprinzip sei.

B. 1. **RG.** 11. 1. 16 (s. bereits JDR. 14 § 1 IX B 8), jetzt auch 88, 9, DJZ. 16, 439, GewRschutz 16, 151, HansGZ. 16, Hptbl. 309, HoldheimsMSchr. 16, 202, JurBl. 16, 495, JW. 16, 413 (mit Anmerkg. von A. Rosenthal), LeipzZ. 16, 400, R. 16, Nr. 448, ZIndR. 16, 47. Rosenthal stellt hiernach die Leitsätze auf: 1. Nicht nur die Verleitung zum Vertragsbruch ist unsittlich (**RG.** 81, 91), sondern auch die Beteiligung an einem Vertragsbruch, insbesondere die planmäßige Ausnutzung desselben zu eigenem Vorteile. 2. Nicht nur die Kenntnis, sondern schon das bedingte Bewußtsein desjenigen, der mit Markenartikeln schleudert, davon, daß die Ware durch den Vertragsbruch seines Lieferanten oder eines von dessen Vormännern an ihn gelangt sei, macht das Preisschleudern unsittlich. Es genügt hiernach, daß der Schleuderer auch nur mit einer solchen Wahrscheinlichkeit gerechnet hat, daß er also einen Verdacht gegen die Lauterkeit der Art, wie die Ware in den reversfreien Verkehr gebracht wurde, gehabt hat oder hätte haben müssen.

2. Hamburg 29. 2. 16, ZIndR. 16, 218 hält entgegen **RG.** 11. 1. 16 an seinem Standpunkt fest (s. JDR. 14 § 1 IX B Ziff. 7 u. 8).

3. Hamburg 12. 2. 16, LeipZ. 16, 1142. Vertrieb von Zigaretten im Kleinhandel unter dem von einem Verbande festgesetzten Preise. Es muß festgestellt werden, daß der Vertreibende mit dem Vertragsbrüchigen in Beziehungen steht, die ihn zum Beteiligten an dem Vertragsbruch machen.

4. Naumburg 14. 2. 16, LeipzZ. 16, 832. Der Senat steht hinsichtlich der Beurteilung der Preisschleuderei (Zigaretten) grundsätzlich auf dem Standpunkt von RG. 11. 1. 16 (s. oben B Ziff. 1).

5. Kiel 5. 10. 15, SchlHolstAnz. 16, 17 s. bereits JDR. 14 § 1 IX B 7.

6. LG. Stettin 15. 9. 15, GewRschutz 16, 127 s. bereits JDR. 14 § 1 IX B 3.

VIII. Einzelne Fälle.

1. Dunkhase, MschutzuWettbew. 15, 115 behandelt die Bezeichnungen Münchener und Pilsener Bier in Verbindung mit anderen Herkunftsangaben (vgl. JDR. 14 § 826 Ziff. 7n). Pilsener Bier ist darum nicht weniger eine Herkunftsangabe, weil es wie viele andere wertvolle Herkunftsangaben, zugleich eine Ware von besonderer Beschaffenheit bezeichnet. Denn die Beschaffenheitsangabe ist hier mit der Herkunftsangabe verwachsen, und es ist nicht möglich, sie von ihr zu trennen und mit einer anderen Herkunftsangabe in Verbindung zu bringen, ohne damit gegen den Grundsatz, daß Pilsener eine Herkunftsangabe ist, zu verstoßen. Die Bezeichnungen Elberfelder usw. Pilsener ebenso wie in gleicher Weise die Bezeichnungen Elberfelder usw. Münchener enthalten, wenn sie im geschäftlichen Verkehr von Brauereien gebraucht werden, einen UnlW., der gegen die guten Sitten verstößt. Gemäß § 1 ist daher eine Klage auf Unterlassung dieser Bezeichnungen und auf Schadensersatz begründet.

2. RG. 19. 9. 16, MschutzuWettbew. 16, 60, R. 16, Nr. 1164 u. 1165, WarnE. 16, 437. Ob eine neugegründete deutsche GmbH. lediglich als „Platzhalterin" der früheren Zweigniederlassung einer englischen Aktiengesellschaft anzusehen ist, darf nicht ausschließlich nach dem augenblicklichen Verhältnisse beider Gesellschaften, insbesondere dem Bestand eines bloßen Pachtvertrags bemessen werden. Beweisangebote darüber, daß es sich dabei nur um einen Übergangszustand handle und die völlige Verdeutschung ernsthaft in die Wege geleitet sei, dürfen nicht unbeachtet bleiben. Eine Aktiengesellschaft mit dem Sitz in London ist trotz einer Zweigniederlassung in Deutschland, Beteiligung deutschen Kapitals und Zuziehung deutscher Verwaltungsräte ein im wesentlichen „englisches Unternehmen", wenn die Mehrheit des Kapitals und der Verwaltungsräte englisch ist und der deutsche Einfluß erheblich zurücksteht.

3. RG. 18. 1. 16, MschutzuWettbew. 15, 338, R. 16, Nr. 1638, WarnE. 16, 123. Verstoß gegen die guten Sitten und das UnlWG., wenn durch fingierte Auslandsbestellungen zu einem billigeren Preis gekauft wird, als der fürs Inland festgesetzte Markenpreis beträgt (Patronen).

4. RG. 2. 5. 16, MschutzuWettbew. 16, 36. Kein Firmenmißbrauch seitens eines früheren Angestellten, wenn die vom Geschäftsherrn gewählte Firma eine so völlig abweichende ist, daß der frühere Angestellte mit einer Irreleitung des Publikums und Schädigung des Geschäftsherrn nicht zu rechnen braucht.

5. Karlsruhe 21. 11. 14, MschutzuWettbew. 15, 386. Die wahrheitswidrige Behauptung, jede Reparatur einer Registrier- und Schreibkasse koste etwa 20 M, enthält einen Verstoß gegen §§ 1, 14 UnlWG., dagegen enthält die Äußerung, eine komplizierte Kasse verursache naturgemäß mehr Reparaturen, als eine einfach gebaute Kasse, bloß ein allgemeines Urteil.

6. Hamburg 24. 6. 15, OLG. 32, 249. Satzungswidrige Anbringung von Preisen am Schaufenster des Mitglieds einer Zwangsinnung ist nicht sittenwidrig.

7. Karlsruhe 10. 11. 14, MschutzuWettbew. 15, 323. Eine bildliche Darstellung mit beigefügter Überschrift und Inschrift auf einem zur Verbreitung bestimmten Plakat kann den Tatbestand der §§ 1 und 14 erfüllen (Schmiedeeisernes Auto-Geschirr).

8. Dresden 2. 12. 14, SeuffA. 71, 443. Vertrieb von Waren (Nähmaschinen), die sich ein Händler unter Verleitung von Zwischenhändlern zum Vertragsbruch verschafft hat. (Vorbeugende Unterlassungsklage).

9. Dresden 26. 6. 14, SeuffA. 71, 330. Kein Verstoß gegen die guten Sitten durch

Zuwiderhandlung eines Mitglieds gegen einen satzungswidrigen Innungsbeschluß oder deswegen erklärten Austritt.

10. Rostock 2. 12. 14, OLG. 32, 245 s. bereits JDR. 14 § 1 X Ziff. 2.

§ 3.

(Siehe auch § 4.)

I. Unrichtige Angaben.

1. Allgemeines. a) KG. 18. 1. 16, OLG. 32, 253. Unrichtig sind Mitteilungen auch dann, wenn zwar der Wortlaut an sich nichts Falsches enthält, die Fassung und Art der Bekanntmachung aber den Leser in den Glauben versetzen, es wäre etwas anderes angeboten, als tatsächlich zum Verkauf gestellt wird. Auch ist (**RG.** 17. 12. 15 s. unten I 2 b) nicht erforderlich, daß der gesamte Kunden- oder Leserkreis durch die Angaben in Irrtum versetzt werde, vielmehr genügt, daß das bei einem Teile des Publikums der Fall ist. Mehrdeutige Ausdrücke hat der Anzeigende zu vermeiden, sie gehen zu seinen Lasten. Siehe unten I 5e.

b) Hamburg 7. 6. 16, HansGZ. 16, Beibl. 252. Die Anzeigen eines Kinderwagenhändlers mögen objektiv geeignet gewesen sein, Zweifel in der Richtung zu erwecken, ob private Gelegenheitsangebote vorlägen. Es ist allgemein bekannt, daß solche Anzeigen vielfach auch von Händlern ausgehen. Deshalb geht es zu weit, ihren Inhalt um deswillen, weil er Zweifel über den Charakter des Inserenten hervorrufen kann, als unrichtig zu bezeichnen.

c) KG. 19. 11. 16, OLG. 32, 254. Unrichtige Angaben durch Verwertung von Anerkennungsschreiben, die dem Rechtsvorgänger erteilt sind, durch Änderung des Namens und Unterdrückung der Zeitangaben.

d) KG. 8. 2. 16, OLG. 32, 254. Versicherungen „In der Qualität unerreichbar gut, im Preise unerreichbar" sind nur marktschreierische Anpreisungen, keine tatsächlichen Angaben.

e) Hamburg 23. 2. 16, MschutzuWettbew. 15, 343. Marktschreierische Anpreisung im Gegensatz zu „Angaben": „das immer erfolglos nachgeahmte Spezifikum".

f) **RG.** 16. 11. 15, R. 16, Nr. 571. Ein Verbot, über eine Ware zum Zwecke des Wettbewerbs eine bestimmte Angabe zu machen, kann nur dann ausgesprochen werden, wenn die Angabe noch zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung unrichtig ist; es genügt nicht, daß sie zur Zeit der Klagerhebung unrichtig war.

2. Auffassung des Publikums. a) **RG.** 7. 3. 16, MschutzuWettbew. 15, 355. Zur Anwendung des § 3 genügt es, wenn durch die gemachte Angabe ein Teil des Publikums getäuscht werden kann; aber es genügt nicht, daß nur vereinzelte Personen eine von der allgemeinen abweichende Auffassung haben und sie daher zufolge der Angabe einer Täuschung unterworfen sein können.

b) **RG.** 17. 12. 15, JW. 16, 273, MschutzuWettbew. 15, 206, R. 16, Nr. 572. Irreführung eines erheblichen Kundenteils genügt, um das Verbot einer Ankündigung zu rechtfertigen; besondere Nachforschungen sind der Kundschaft nicht zuzumuten.

c) KG. 9. 4. 15, OLG. 32, 255. Leserkreis der Zeitung als Publikum.

3. Fabrik. Werke. Cöln 15. 5. 14, MschutzuWettbew. 15, 138. Unter „Werke", dieses Wort in der Mehrzahl auf ein gewerbliches Unternehmen angewendet, wird gemeinhin ein großindustrielles Unternehmen verstanden, das nach Umfang, Bedeutung und Einrichtung den Begriff einer bloßen Fabrik, insbesondere einer nur mittelgroßen Fabrik überschreitet. Die Bezeichnung „Claritwerke" ist daher unrichtig, auch wenn die Beklagte 45 Personen beschäftigt, von ihrem etwa 5000 qm umfassenden Terrain ein Viertel bebaut hat und in der Fabrik beste und neueste Maschinen hat.

4. Selbstkostenpreis. **RG.** 17. 12. 15, MschutzuWettbew. 15, 206, R. 16, Nr. 573 (KG. 11. 5. 15, OLG. 32, 102) s. bereits JDR. 14 § 3 II 5b.

5. Gelegenheitsgeschäft. a) **RG.** 18. 1. 16, MschutzuWettbew. 15, 339. An-

kündigung eines Gelegenheitskaufs „zu Spottpreisen" durch einen Händler in solchen Sachen (Pianos) unter Weglassung der Standesangabe.

b) RG. 24. 3. 16, GesuR. 17, 379. „Bis zu 50 % Rabatt" ist eine unrichtige Angabe, wenn damit schlechthin 50 % Rabatt zugesagt werden. S. § 5 II, 1.

c) Dresden 29. 3. 16, MschutzuWettbew. 15, 391, SeuffA. 71, 277. Ankündigung billigen Verkaufs wegen Überfüllung des Lagers, wenn die Warenanhäufung nicht auf Stockung des Absatzes beruht, sondern planmäßig herbeigeführt ist. Siehe unten § 9 Ziff. 3.

d) Hamm 7. 3. 16, MschutzuWettbew. 15, 393. Ankündigung eines Geschäfts, in dem auch neue Sachen vertrieben werden, als Pfandleihanstalt.

e) KG. 18. 1. 16, OLG. 32, 253. Zeigt jemand, der ein Lampengeschäft betreibt, in den Zeitungen an: „Klappsportwagen Lampengeschäft" oder „Klappsportwagen umzugshalber", so deutet dies auf einen privaten Gelegenheitskauf. Siehe oben I 1a.

6. Nahrungs- und Genußmittel. a) RG. 28. 9. 15, MschutzuWettbew. 15, 166. Die Bezeichnung eines Unternehmens als „Braunschweiger Wurstfabrik" bezeichnet die Herkunft der Waren und bedeutet nicht bloß eine Beschaffenheitsangabe.

b) München 29. 5. 14, OLG. 32, 250. Die Verwendung des (auf brauchbarere Branntweinhefe deutenden) Wortes „Preßhefe" für Bierhefe ohne einen auf Bierhefe deutenden Zusatz ist eine unrichtige Angabe über die Art der Ware (im Hinblick auf die durch Ges. v. 14. 6. 12 § 22[5], gesetzlich festgelegte Verkehrsauffassung).

c) Königsberg 1. 5. 14, MschutzuWettbew. 15, 138. Bezeichnung getrockneter Zuckerrüben oder getrockneter Zuckerrübenschnitzel als Zuckerschnitzel.

d) KG. 14. 1. 16, MschutzuWettbew. 15, 212. Zigaretten bis 35 % billiger. Diese Worte können sehr wohl dahin verstanden werden, daß alle bei der Antragsgegnerin feilgehaltenen Zigaretten mit der angegebenen Preisermäßigung käuflich seien. So verstanden ist die Angabe aber unrichtig.

e) Hamm 5. 11. 15, OLG. 32, 251. Einkaufszentrale für Zigarrenhändler. Im Sprachgebrauche des Verkehrs bedeutet diese Bezeichnung nichts anderes, als ein Geschäft, das zusammenfassend alle Bedarfsartikel für Zigarrenhändler feilhält. Das Wort „Zentrale" ist im Laufe neuerer Zeit die reklamehafte Bezeichnung für ein größeres geschäftliches Unternehmen in Bedarfsgegenständen des täglichen Lebens geworden und enthält nach der heutigen Anschauung des Verkehrs nichts weiter, als eine empfehlende Anpreisung der Bedeutung des Unternehmens. Siehe unten II 2.

f) KG. 11. 5. 15 (RG. 17. 12. 15), OLG. 32, 102 (Zentrale für Weinvertrieb) s. bereits JDR. 14 § 3 II Ziff. 5b.

7. Arzneimittel. Frankfurt 2. 11. 15, FrankfRundsch. 49, 288, MschutzuWettbew. 15, 344. Das kaufende Publikum erhält aus dem Inhalt des Prospekts eine unrichtige Vorstellung von der Zusammensetzung des Veronacetins in der Richtung, daß es mit einer Verwendung des ihm bekannten Veronals rechnet, während tatsächlich in Veronacetin kein Veronal enthalten ist.

8. Hoflieferant. Medaillen. Marienwerder 19. 2. 15, OLG. 32, 255 (Begriff der Winkelausstellungen) s. bereits JDR. 14 § 3 Ziff. 9c.

9. Einzelne Fälle. a) RG. 13. 5. 16, Bl. 16, 135, HessRspr. 17, 177, MschutzuWettbew. 15, 359, R. 16, Nr. 1391 u. 1392, ZIndR. 16, 192. Der § 40 PatG. will das kaufende Publikum schützen und zugleich verhindern, daß jemand durch unbefugte Patentberühmung im geschäftlichen Wettbewerb Vorteile erzielt, die sich nach den Grundsätzen eines anständigen und soliden Geschäftsverkehrs nicht rechtfertigen lassen. Davon ausgehend muß es für zulässig erachtet werden, einen Gegenstand als patentiert zu bezeichnen, von dem tatsächlich nur ein Teil unter Patentschutz steht, vorausgesetzt, daß dieser Teil für das Wesen der zusammengesetzten Sache bestimmend und ausschlaggebend ist und gerade seiner Beschaffenheit und seiner Eigenschaften wegen sie zu einer besonders geschätzten und begehrten macht (RG. in Bl. 7, 117; 12, 45).

b) RG. 26. 9. 16, MschutzuWettbew. 16, 62, ZIndR. 16, 257. Die Bezeichnung

elektrischer Lampen mit nicht gezogenen Metallfäden als Drahtlampen ist eine unrichtige. S. unten II 1.

c) **RG.** 14. 1. 16, MschutzuWettbew. 15, 382. Unrichtige Angabe, der Pflug erfordere nur einen Bedienungsmann, während zwei nötig sind. Vgl. §§ 823ff. 2 c β.

d) **RG.** 20. 5. 15, MschutzuWettbew. 15, 228. Die Feststellung, daß unter „Satin Augusta" nicht eine Ware bestimmter Herkunft, insbesondere nicht die Ware der Klägerin zu verstehen sei, der Ausdruck „Satin Augusta" vielmehr eine bloße Gattungsbezeichnung darstelle, läßt deshalb die Anwendbarkeit des § 3 als ausgeschlossen erscheinen.

e) **RG.** 7. 3. 16, MschutzuWettbew. 15, 355. Die Ankündigung „Prima Stearinkerzen" für nur zu 73 % aus Stearin bestehende Kerzen gegenüber aus reiner Stearinmasse hergestellten Kerzen enthält keine unrichtige Angabe.

f) **RG.** 8. 10. 15, MschutzuWettbew. 15, 123 (Seydlitzsche Atlanten) s. §§ 823ff. 2a λ (bereits JDR. 14 § 3 II Ziff. 10c).

g) Darmstadt 19. 1. 16, HessRspr. 16, 320. „Architekt" ist keine unrichtige Bezeichnung für jemanden, der nach jahrelanger Beschäftigung im Baugewerbe selbständig Entwürfe, Skizzen und Zeichnungen anfertigt (KG. 28. 9. 12, MschutzuWettbew. 12, 358).

h) Königsberg 8. 6. 15, MschutzuWettbew. 15, 361. Die Bezeichnungen „Tischler-Gewerks-Möbel-Magazin" und „Innungsausstellungsgebäude" verstoßen gegen §§ 1, 3, 13 UnlWG. insofern dadurch die falsche Vorstellung erweckt wird, daß nur Möbel ausgestellt und verkauft werden, die von Mitgliedern der (hiesigen) Tischlerinnung hergestellt sind.

i) Celle 13. 10. 15, MschutzuWettbew. 15, 210. Die in den Preislisten eines mit Emaillewaren handelnden Unternehmens aufgestellte Behauptung: „Die Zunahme der Blinddarmleiden sei nach Feststellung medizinischer Autoritäten zum großen Teil auf Emaillekochgeschirre zurückzuführen, durch eingehende Versuche beim Reichsgesundheitsamt sei festgestellt, daß Rein-Aluminium in hygienischer Beziehung das vorzüglichste Material für Kochgeschirre sei", verstößt gegen das UnlWG.

k) Hamm 26. 11. 15, MschutzuWettbew. 15, 211. Ankündigung, die bedeutendsten Firmen seien dazu übergegangen, die Patentwärmeschutzmasse anstatt Kieselguhr zu verarbeiten (während sie noch überwiegend Kieselguhr benutzen).

l) Stuttgart 29. 10. 15, MschutzuWettbew. 15, 173. Die Angabe „Kriegsversicherung ohne Extraprämie" ist unrichtig, auch wenn der Versicherer die Kriegsschäden auf die Kriegsversicherten erst nach Beendigung des Krieges umlegt.

m) **RG.** 30. 3. 15, MschutzuWettbew. 15, 227 s. bereits DJR. 14 § 3 II 10n.

n) KG. 19. 2. 15, GewRschutz 16, 64 s. bereits JDR. 14 § 3 II 10r.

o) KG. 29. 1. 15, BauersZ. 23, 42 s. bereits JDR. 14 § 3 II 10i.

II. Anschein eines besonders günstigen Angebots.

1. **RG.** 26. 9. 16, MschutzuWettbew. 16, 62, ZJndR. 16, 257 (s. oben I, 9b). Die Bezeichnung elektrischer Lampen mit nicht gezogenen Metallfäden als Drahtlampen ist eine solche unrichtige Angabe, die geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Das Publikum wird dadurch angelockt, daß es in dem Angebote zufolge der in ihm enthaltenen unrichtigen Angabe eine für seine Entschließung erhebliche Zusicherung findet, die es beim Fehlen der unrichtigen Angabe nicht finden würde. Das genügt nach der Rspr. des RG. zur Anwendung des § 3, ohne daß es darauf ankommt, ob die tatsächlich angebotene Ware von derselben und guten Beschaffenheit ist wie diejenige Ware, die scheinbar angeboten wird (**RG.** 58, 285; 66, 176, **RG**Strafs. 35, 235).

2. Hamm 5. 11. 15, OLG. 32, 251. Die Bezeichnung „Einkaufszentrale für Zigarrenhändler" ist an sich nicht geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Daß das kaufende Publikum durch eine Anpreisung, die sich ihrer Fassung nach an erster Stelle an Händler richtet, in die Meinung versetzt werde, es werde, wenn es Zigarren usw. beim Beklagten einkaufe, vorteilhafter bedient als in anderen Geschäften, ist nicht anzunehmen. Auch hier kommt es nicht auf die Ansicht einzelner, sondern auf die der großen Mehrheit der Verbraucher an. Siehe oben I Ziff. 6e.

3. Frankfurt 2. 11. 15, FrankfRundsch. 49, 288, MSchutzuWettbew. 15, 344 (s. oben I 7). Das Publikum denkt bei der vorliegenden Anpreisung des neuen Mittels an eine erhöhte und verbesserte Wirkung des längst gebrauchten Veronals unter Ausnutzung des bisherigen, als wirksam bekannten Schlafmittels.

4. Hamm 28. 4. 14, MSchutzuWettbew. 15, 239. UnlW. durch Abbildung von Konkurrenzfabrikaten in Katalogen, um so den Anschein einer großen Erfahrung in der Fabrikation hervorzurufen.

5. RG. 19. 11. 16, OLG. 32, 254 s. oben I Ziff. 1c.

§ 4.

(Siehe auch § 3.)

I. Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind.

1. **RG.** (Strafs.) 30. 3. 15, MSchutzuWettbew. 15, 231. Vertragsanträge können Mitteilungen sein, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, wenn sie auch Mitteilungen enthalten, die nach den Umständen des gegebenen Falles nicht eine persönliche Beziehung gerade zum Empfänger des Schreibens hatten, an den sich der Vertragsantrag richtete.

2. **RG.** (Strafs.) 9. 3. 15; 49, 230, MSchutzuWettbew. 16, 38 s. JDR. **14** § 4 I 2.

3. LG. Hannover (Strafk.) 16. 12. 15, ZJndR. 16, 88. Eine Mitteilung an einen größeren Personenkreis setzt aber gerade voraus, daß sie nicht an bestimmte einzelne Personen, sondern an eine nach Zahl und Persönlichkeit nicht bestimmte Mehrheit von Personen gerichtet ist. Eine solche Mitteilung kann auch auf der Verpackung von Waren, auf den Etiketten von Paketen u. dgl. mehr geschehen, es muß aber immer ihr Zweck sein, daß sie an einen größeren unbestimmten Kreis von Personen gelangen soll. Daß aber der Angeklagte mit seinen Firmendrucken auf den Postabschnitten oder den Aufklebeadressen gewollt hat, daß außer dem einen bestimmten Abnehmer, an den die Sendung adressiert war, auch noch andere Personen in beliebiger Zahl von diesen Vordrucken Kenntnis erhalten sollten, . . . ist nicht nachgewiesen.

4. LG. Hamburg (Strafk.) 9. 2. 15, GewRSchutz 16, 126. Ausverkaufsverzeichnisse sind keine öffentlichen Bekanntmachungen i. S. des § 4.

II. Unwahre Angaben.

1. Allgemeines. Auffassung des Publikums. a) **RG.** (Strafs.) 26. 6. 14, MSchutzuWettbew. 15, 128. Unanfechtbarkeit der vom Strafrichter zu § 4 getroffenen tatsächlichen Feststellungen.

b) **RG.** (Strafs.) 27. 4. 15, MSchutzuWettbew. 15, 132. Die tatsächliche Feststellung des Personenkreises, auf den eine Reklame Eindruck machen soll durch den Strafrichter ist nicht anfechtbar.

c) **RG.** (Strafs.) 18. 1. 15, MSchutzuWettbew. 15, 126. Zur Anwendung des § 4 ist erforderlich, daß die Angabe unwahr ist; es genügt nicht, daß auf Grund einer wahren Angabe unlauteres Gebaren sich versteckt.

d) **RG.** (Strafs.) 29. 1. 14, GoltdA. 62, 112, Reger 36, 414. Für die Frage, ob unwahre Angaben i. S. des § 4 gemacht sind, ist nicht der Wortlaut der Ankündigung für sich allein, sondern die Auffassung derjenigen Bevölkerungskreise entscheidend, an die die Ankündigungen sich gerichtet haben. In der Ankündigung einer allgemeinen Preisherabsetzung ist danach eine bewußt unwahre Angabe zu finden, wenn der kauflustige Teil der Bevölkerung, dem Angeklagten bewußt, unter den herabzusetzenden Preisen die gewöhnlichen bei den übrigen Geschäftsleuten des Orts für Waren gleicher Art üblichen Verkaufspreise verstehen mußte, während der Angeklagte nur seine eigenen, die sonst üblichen übersteigenden Verkaufspreise herabsetzen wollte.

e) **RG.** (Strafs.) 2. 3. 15, MSchutzuWettbew. 15, 132. Der sachliche Inhalt der An-

kündigungen ist nach § 4 nicht allein entscheidend; es kommt auf die Auffassung des Publikums an.

f) **RG.** (Strafs.) 2. 5. 16, MschutzuWettbew. 16, 37, R. 16, Nr. 1056. Maßgebend für die Bedeutung einer Kundgebung ist, wie sie der (örtliche) Kundenkreis — wenn auch falsch — versteht, an den sie sich richtet, nicht wie sie nach der Meinung des Gerichts aufzufassen ist. Deshalb kommt es bei der Ankündigung „schmerzlosen Zahnziehens" darauf an, ob das Publikum diese Zusicherung nur mit Einschränkungen zufolge der Erfahrungen über die Bedeutung solcher Anzeigen aufzunehmen pflegt. Für die Wahrheit oder Unwahrheit dieser Ankündigung kommt es ferner nicht darauf an, ob es überhaupt möglich ist, sondern darauf, ob der Angeklagte die Fähigkeit besitzt, im einen oder anderen Sinne schmerzlos die Zähne zu ziehen. Es bedarf der ausdrücklichen Feststellung, daß sich der Angeklagte auch der weiteren Auffassung des Publikums, daß die Anwendung des Mittels selbst und der Zustand nach dem Zahnziehen schmerzlos sei, bewußt war.

g) **RG.** (Strafs.) 2. 3. 15, MschutzuWettbew. 15, 131. Was der Urheber der Angaben sich bei ihnen dachte und mit ihnen ausdrücken wollte, ist nach § 4 nicht ausschlaggebend (Anpreisung eines Mineralwassers als souveränes Heilmittel).

h) **RG.** (Strafs.) 16. 4. 15, MschutzuWettbew. 15, 132. Die Unwahrheit einer Angabe nach § 4 bemißt sich nach der Auffassung des Personenkreises, für den die Angabe bestimmt war.

i) **RG.** (Strafs.) 3. 2. 14, GoltdA. 62, 118. „Zwischenhandel" ist vom Standpunkt des UnlWG. kein Rechtsbegriff, sondern ein dem Wirtschaftsleben angehöriger Begriff tatsächlicher Art. Ob Ankündigungen, in denen infolge des Ausschaltens des Zwischenhandels geschäftliche Vorteile in Aussicht gestellt werden, insoweit unwahr, und zur Irreführung geeignet sind, ist daher lediglich nach ihrem Gesamtinhalt und ihrem Gesamteindruck auf das in Betracht kommende Publikum zu bestimmen.

k) **RG.** (Strafs.) 26. 3. 15, MschutzuWettbew. 15, 202. Zur Irreführung geeignete Angabe in der Ankündigung „Dentist von Krankenkassen", weil die große Masse des in Betracht kommenden Publikums dies so verstehen mußte, als ob der Angeklagte mit sämtlichen hiesigen Krankenkassen in einem Vertragsverhältnis stehe.

l) **RG.** (Strafs.) 4. 6. 15, MschutzuWettbew. 15, 203. In der Angabe, die Behandlung (von Krampfadern) erfolge „ohne Berufsstörung", ist die Angabe einer Tatsache zu finden. Die Angaben i. S. von § 4 können aber auch Urteile umfassen.

m) **RG.** (Strafs.) 26. 3. 15, MschutzuWettbew. 15, 209. Die Annahme der Strafkammer, daß die Anzeige, wie näher dargelegt ist, teilweise nicht unerheblich von der Wahrheit abwich, war rechtlich zur Feststellung ausreichend, daß sie eine unwahre Angabe enthielt.

n) **RG.** (Strafs.) 9. 3. 15, MschutzuWettbew. 15, 127. Mittelbarer Täter war der Angeklagte, weil er den äußeren Tatbestand des § 4 durch seinen Vater verwirklichen ließ. Eheleute als Mittäter, ebenda.

o) **RG.** (Strafs.) 2. 7. 15, MschutzuWettbew. 15, 232. Gehilfenschaft.

p) **RG.** (Strafs.) 2. 3. 15, MschutzuWettbew. 15, 132. Vorsatz.

q) **RG.** (Strafs.) 16. 2. 15, MschutzuWettbew. 15, 128. Eventueller Vorsatz im Falle des § 4. Ebenso **RG.** (Strafs.) 16. 2. 15, MschutzuWettbew. 15, 130.

r) **RG.** (Strafs.) 23. 4. 15, MschutzuWettbew. 15, 133; ferner ebenda 167. Fortgesetzte Tat i. S. des § 4.

II. Einzelne Fälle. a) Brockmann, GesuR. 17, 265. Vermögenslose Schwindler (Darlehns-, Hypotheken- und Warenschwindler) verstoßen gegen § 4, wenn sie sich im Geschäftsverkehr als „Firma" bezeichnen. Sie haben keinen Anspruch auf einen ehrlichen Handelsnamen (§ 17 HGB.).

b) **RG.** (Strafs.) 22. 5. 16, MschutzuWettbew. 15, 356. Wissentlich unwahre zur Irreführung geeignete Angabe „Fabrikpreise", während es Händlerpreise waren.

c) RG. (Strafs.) 11. 5. 15, MschutzuWettbew. 15, 202. Ankündigung eines Angebots zum Nähmaschinenverkauf als Privatgelegenheitsverkauf.

d) *αα.* RG. (Strafs.) 5. 2. 15, MschutzuWettbew. 15, 129. Unwahre, zur Irreführung geeignete Angabe durch die Ankündigung wie: „spottbillig, früher nur bis — M, jetzt bis — M; nur 2 Tage, nur heute und morgen, nur einmaliges Angebot, größter Gelegenheitskauf". *ββ.* RG. (Strafs.) 24. 3. 16; 50, 15 (50% Rabatt) s. § 3 I 5b.

e) RG. (Strafs.) 27. 3. 15, MschutzuWettbew. 15, 167. „Ausverkauf wegen Geschäftsübergabe", wenn eine Veräußerung des Geschäfts nicht stattgehabt hatte, eine Übergabe von Warenbeständen nicht bevorstand und deshalb eine Ausscheidung der Waren aus den bisherigen umfangreichen Beständen nicht erforderlich war.

f) RG. (Strafs.) 30. 3. 15, MschutzuWettbew. 15, 231. Unwahre Angabe durch die Behauptung, das Geschäft sei die Filiale eines anderen Geschäfts.

g) RG. (Strafs.) 1. 6. 15, MschutzuWettbew. 15, 203. Unwahre zur Irreführung geeignete Angaben durch die Ankündigung, der Ankündigende befinde sich in einer durch den Krieg verursachten Notlage, er verkaufe zum Einkaufspreise.

h) RG. (Strafs.) 16. 10. 14, MschutzuWettbew. 15, 129. Irreführende Angabe durch die Ankündigung, es würden Darlehen ohne Vorschuß gegeben.

i) RG. (Strafs.) 13. 4. 15, MschutzuWettbew. 15, 209. Behauptung, es würden Anzüge nach Maß angefertigt, während es sich um sog. Maßkonfektion handelte.

k) RG. (Strafs.) 9. 2. 15, MschutzuWettbew. 15, 126. Wissentlich unwahre Angaben durch Reklamen, die den Glauben erwecken, es handle sich um ärztliche Unternehmungen oder von Ärzten hergestellte Zubereitungen (Dr. Hoffmanns Mensistropfen Periol).

l) RG. (Strafs.) 16. 2. 15, MschutzuWettbew. 15, 128. Unwahre Angaben über die Beschaffenheit einer Ware (Wunderbeere, ein ausgezeichnetes Erfrischungs-, Nähr-, Blutreinigungs- und Schutzmittel; mehrere tausend Früchte im Topf gezogen).

m) RG. (Strafs.) 2. 3. 15, MschutzuWettbew. 15, 132 s. bereits JDR. 14 § 4 II 2e.

n) RG. (Strafs.) 9. 3. 15; 49, 230 (s. oben I 2), PatG. § 40 s. bereits JDR. 14 § 4 II 2r

o) RG. (Strafs.) 26. 4. 15; 49, 242 s. bereits JDR. 14 § 4 II 2q.

p) RG. (Strafs.) 29. 1. 15, MschutzuWettbew. 15, 201 s. bereits JDR. 14 § 4 II 2h.

q) LG. Hannover (Strafk.) 16. 12. 15, ZIndR. 16, 88. Als wissentlich unwahre und zur Irreführung geeignete Angabe könnte man ansehen, daß der Angeklagte, obwohl er nur Einzelkaufmann war und sein Geschäftsbetrieb nur einen mäßigen Umfang hatte, seine Firma „Hannoversche Gummi-Comp." nannte in der Absicht, dadurch das kaufende Publikum über Bedeutung, Umfang und Leistungsfähigkeit seines Geschäfts zu täuschen.

r) Stuttgart 5. 6. 14 s. unten § 14 A I 3.

III. Besonders günstiges Angebot. Absicht.

1. RG. (Strafs.) 2. 2. 15, MschutzuWettbew. 15, 230. Ein Angebot ist dann besonders günstig i. S. des § 4, wenn die in Aussicht gestellten Vorteile so günstig sind, wie sie im allgemeinen die Konkurrenz nicht bietet.

2. RG. (Strafs.) 5. 5. 14, MschutzuWettbew. 15, 128. Erwecken des Anscheins eines besonders günstigen Angebots durch die Anzeige: „Rat und Hilfe. Da ich in den schwersten Krankheitsfällen noch geholfen habe, liegt es in Ihrem eigenen Interesse, wenn Sie sich an mich wenden."

3. RG. (Strafs.) 14. 3. 16, MschutzuWettbew. 15, 356. Kunsthonig mit der Etikettenaufschrift „Deutscher Bienenhonig und Raffinade", um den Abnehmern ein besonders günstiges Angebot vorzutäuschen.

§ 5.

I. RG. 28. 9. 15, GesuR. 17, 230 s. bereits JDR. 14 § 5 Ziff. 5.

II. Abs. 2. 1. RG. (Strafs.) 24. 3. 16; 50, 15, LeipzZ. 16, 743, R. 16, Nr. 886. Auch bei einem flüchtigen Lesen von Ankündigungen muß man sich darauf verlassen dürfen, daß

keine irreführenden, die Aufmerksamkeit des Lesers ablenkenden Veranstaltungen nach § 5 Abs. 2 getroffen werden, indem Gleichwichtiges neben anderem nicht wie dieses herausgehoben wird. Findet eine Heraushebung durch Fettdruck statt, so muß diese sich auch vollständig auf das begrifflich Zusammengehörige erstrecken. (So „50% Rabatt" statt „bis zu 50% Rabatt".)

2. **RG.** (Strafs.) 16. 2. 15, MschutzuWettbew. 15, 130. Wahl kleinen Druckes für gewisse Teile einer Anzeige und Hervorhebung anderer Stellen der Anzeige durch besonders starken Druck können als „Veranstaltungen" i. S. dieser Gesetzesvorschrift in Betracht kommen.

§ 7.

I. Abs. 1. Begriff und Grund des Ausverkaufs. 1. Curt Meier, MschutzuWettbew. 15, 196. Versteigerungsankündigungen bedürfen einer wesentlich anderen Behandlung als die Ausverkaufsankündigungen. Eine ganze Reihe von Zusätzen, die die Ankündigungen besonderer Verkaufsveranstaltungen z. B. abseiten des Inhabers eines Ladengeschäftes ohne weiteres zu Ausverkaufsankündigungen machen würden, sind hier als erlaubt anzusehen, d. h. sie können gemacht werden, ohne daß die Versteigerungsankündigung dadurch zur Ausverkaufsankündigung werden muß. Die Versteigerungsankündigung wird erst dann zur Ausverkaufsankündigung, wenn das Publikum, an das sich die Ankündigung wendet, mit Bestimmtheit aus ihr entnehmen muß, daß ein Warenabsatz außerhalb des Rahmens des ordentlichen Geschäftsbetriebes vorliegt. Die Übung möglichst alle Versteigerungen neuer Sachen in den Rahmen des § 7 Abs. 1 sowie der auf Grund § 7 Abs. 2 erlassenen Verordnungen einzubeziehen, wird gemißbilligt.

2. Braunschweig (Strafs.) 23. 5. 12, BraunschwZ. 16, 27. Die „Bezeichnung eines Ausverkaufs" ist nicht dasselbe, wie die „Bezeichnung Ausverkauf". Jede Bezeichnung genügt, die verkehrsüblicherweise den Anschein eines Ausverkaufs im Publikum zu erwecken geeignet ist.

II. Abs. 2. Anordnungen der höheren Verwaltungsbehörden. 1. KG. (Strafs.) 14. 4. 16, LeipzZ. 16, 1070. Keine Fristbestimmung für die Anzeige von der Ankündigung eines Ausverkaufes (KGJ. 45, 399).

2. ObLG. München (Strafs.) 22. 11. (10) 14, Reger 36, 264 s. bereits JDR. 14 § 7 II 7.

3. KG. (Strafs.) 12. 10. 14, MschutzuWettbew. 15, 234, Reger 36, 266 s. bereits JDR. 14 § 7 II 8.

4. KG. (Strafs.) 29. 3. 15, Reger 36, 268 s. bereits JDR. 14 § 7 II 9.

Siehe auch § 9.

§ 8.

1. **RG.** (Strafs.) 7. 1. 16, MschutzuWettbew. 15, 340, R. 16, Nr. 885. Auf den Gesamteindruck der Anzeige kommt es an, nicht auf die Richtigkeit ihres Wortlauts; deshalb kann die Anzeige, die Waren stammten aus einer aufgelösten Fabrik, die den Anschein hervorruft, als handle es sich um einen Verkauf aus Anlaß einer Auflösung des Fabrikbetriebs des Veräußerers, unwahr sein, wenn dieser die Waren anderwärts bei einem Liquidationsverkauf erworben hat, um sie innerhalb des eigenen Geschäfts zu veräußern.

2. **RG.** (Strafs.) 16. 2. 15, MschutzuWettbew. 15, 130. Die Frage, ob ein Ausverkauf überhaupt angekündigt ist und ob seine Ankündigung unwahr und irreführend erscheint, ist danach zu beantworten, was als der Gesamtinhalt der Anzeigen erscheint (**RG**Strafs. 44, 143) und ob nach ihm der angekündigte Verkauf die wesentlichen Merkmale eines Ausverkaufs an sich trägt. Wie in der Anzeige keineswegs die Bezeichnung „Ausverkauf" gewählt sein muß, um die Ankündigung als die eines Ausverkaufs erscheinen zu lassen (**RG**Strafs. 45, 45 und 168), so ist es auch nicht erforderlich, daß in ihr als Anlaß und Zweck des Verkaufs schleunige Räumung eines Warenlagers u. dgl. hingestellt wird. Anderer-

seits wird aber, wenn es geschieht, darin ein starkes Anzeichen für die Ankündigung eines Ausverkaufs zu finden sein, zumal wenn dem Publikum zugleich noch die Gewährung solcher besonderer Vorteile für die Käufer in Aussicht gestellt wird, wie sie bei Veranstaltung von Ausverkäufen üblich sind oder vom Publikum als mit einem Ausverkauf üblicherweise verbunden angesehen werden (**RG**Strafs. 45, 189). Ob ein Ausverkauf angekündigt ist, hängt alsdann ebenfalls davon ab, welches der Eindruck ist, den das in Betracht kommende Publikum von dem Inhalt der Ankündigung gewinnt.

3. **RG.** (Strafs.) 7. 1. 16. Vorschieben von Waren. GewRSchutz 16, 192, LeipzZ. 16, 468. Wenn Waren, die behufs Verwertung im Geschäft aufgekauft sind, ohne dessen völlige oder teilweise Beendigung als Reste einer aufgelösten Masse zum Ausverkauf gestellt werden — ob nun abgesondert von den sonstigen Geschäftswaren oder nicht —, so müssen sie für den Ausverkauf als „herbeigeschaffte" gelten. Unter diesen Umständen ist der Begriff des Vorschiebens auch erfüllt, wenn eine so angekaufte Warenmasse der Ankündigung gemäß den ausschließlichen Gegenstand des Ausverkaufs bildet (**RG**Strafs. 45, 371).

4. **RG.** (Strafs.) 8. 6. 14, GoltdA. 62, 157 s. bereits JDR. 14 § 8 Ziff. 8.

5. **RG.** (Strafs.) 16. 9. 15, JW. 16, 333 (mit Bemerkg. von Rosenthal), MSchutzuWettbew. 15, 232 s. bereits JDR. 14 § 8 Ziff. 1.

§ 9.

I. Abs. 1. 1. **RG.** 19. 10. 15, GewRSchutz 16, 124, GruchotsBeitr. 60, 334, MSchutzuWettbew. 15, 339, R. 16, Nr. 136—138, ZIndR. 16, 46. Auch bei Ankündigung von Verkäufen nach § 9 Abs. 1 ist der Grund des Verkaufs anzugeben (**RG**Strafs. 45, 45, 170, 318, 372). Auch Vorzugsangebote bestimmter Warengattungen für eine Woche können als Räumungsausverkauf angesehen werden. „Nicht mehr in allen Größen (Farben) vorrätig" — ist keine genügende Grundangabe für einen Ausverkauf. Siehe auch KG. 9. 4. 15, OLG. 32, 255. Ebenso

2. KG. 5. 1. 15, OLG. 32, 255. Verkaufsähnliche Ankündigung nach § 9, bei der die in § 7 vorgeschriebene Angabe des Ausverkaufsgrundes fehlt, aus dem März 1914: 600 Waschblusen, eine kleine Partie Seidenkleider, Frühlingsanzüge und -mäntel. Drei Tage. Außergewöhnliche Kaufgelegenheit! Um für die täglichen großen Eingänge von Frühjahrsneuheiten Platz in meinen Filialen zu schaffen, habe ich aus ihnen große Posten zurückgezogen und stelle sie in der Zentrale . . . an diesen Tagen zu fabelhaft billigen Preisen zum Verkauf.

3. Dresden 29. 3. 16, MSchutzuWettbew. 15, 391. Überfüllung des Lagers muß nach der Anschauung des Verkehrs als berechtigter Grund zu beschleunigtem Verkauf anerkannt werden, wenn damit ein Zustand der Warenanhäufung gemeint ist, der sich ungewollt und im Widerspruch mit den normalen Verhältnissen des Betriebs eingestellt hat, und der beseitigt werden muß, um den Betrieb in die regelmäßigen Bahnen zurückzuführen.

II. Abs. 2. 1. Hamburg (Strafs.) 27. 7. 15, LeipzZ. 16, 88. Die Ankündigung von Saison-Ausverkäufen setzt nicht notwendig den Gebrauch des Wortes „Saison" voraus; es genügt, daß die Ankündigung deutlich erkennen läßt, es solle ein Verkauf stattfinden, der nach Beendigung der Hauptverkaufszeit zwecks schleunigeren Absatzes der Restbestände veranstaltet werde.

2. Dresden 24. 6. 14, OLG. 32, 257 s. bereits JDR. 14 § 9 Ziff. 5.

S. auch § 8.

§ 10.

S. §§ 7, 9.

§ 12.

1. Rosenthal, ZIndR. 16, 160 (Rechtsgutachten). Verspricht eine Firma dem Käufer als solchem, daß sie die der Ware angefügten Coupons in bestimmter Weise einlösen wird, also dem Händler oder Konsumenten, und verschaffen sich Angestellte von Be-

ziehern solche Coupons, so darf man daraus nicht den Schluß ziehen, daß die Firma den Angestellten der Bezieher in dieser ihrer Eigenschaft als Angestellte Vorteile anbiete, verspreche oder gewähre. Im Schrifttum und in der Rechtspr. ist mit gutem Grunde verlangt worden, daß die Einwirkung geschehen müsse auf den Angestellten als solchen (**RG.** MschutzuWettbew. 12, 650). Es fehlt ferner an dem subjektiven Tatbestandsmerkmal des § 12, wonach das Versprechen erfolgt sein muß in der Absicht, durch unlauteres Verhalten des Angestellten eine Bevorzugung zu erlangen. Der Versprechende muß außerdem das unlautere Verhalten des Angestellten erstreben im Bewußtsein des Vorliegens der objektiven Tatbestandsmerkmale des § 12. Auf das etwaige Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit des Angestellten gegenüber seinem Chef kommt es für die Heranziehung des § 12 nicht entscheidend an. Vielmehr ist der Fall denkbar, daß der Geschäftsinhaber die Bestechung seiner Angestellten gebilligt hat und daß gleichwohl deren Verhalten sich als „unlauter" darstellt: Die Unlauterkeit kann mit Rücksicht darauf festgestellt werden, daß der § 12 ein Wettbewerbs-, kein Untreue-Delikt ist. Diese Unlauterkeit muß aber selbstverständlich in Beziehung treten zur Handlung des Bestechenden, sowohl objektiv, als auch subjektiv. Daran fehlt es aber im vorliegenden Falle.

2. **RG.** (Strafs.) 27. 6. 16; 50, 118, LeipzZ. 16, 1105, R. 16, Nr. 1437. Geschäftlicher Betrieb. Der § 12 beschränkt seinen Schutz nicht auf Gewerbebetriebe, sondern erstreckt ihn auf Geschäftsbetriebe jeder Art. Der Zweck, für den Inhaber Gewinn zu erzielen, ist nicht Voraussetzung des Begriffs des Geschäftsbetriebs. Es können darum sehr wohl auch solche Betriebe unter § 12 fallen, die nur rein soziale oder wohltätige Zwecke zum Gegenstande haben. So insbesondere gemeinnützige Betriebe zur Beschaffung von Wohnung, Kleidung, Nahrung für Minderbemittelte und Betriebe von solchen Wirtschafts- und Verbrauchergenossenschaften, die für die Genossenschaft selbst keinen eigenen Gewinn bringen sollen. Daß die Dauer unbeschränkt sei, ist nicht Kennzeichen des Geschäftsbetriebs.

3. **RG.** (Strafs.) 26. 11. 15, ZIndR. 16, 32. Der Eröffnungsbeschluß nimmt an, daß neben dem Vergehen der Bestechung noch ein in Tateinheit damit stehendes Vergehen gegen § 12 begangen sei, insofern als dem Professor A. auch als „Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes" Geschenke angeboten worden seien, um durch unlauteres Verhalten von ihm eine Bevorzugung zu erlangen. Dabei ist jedoch nicht beachtet, daß die Gesetzesvorschrift des § 12 im UnlWG. gegenüber § 333 StGB. nur subsidiäre Geltung hat.

4. **RG.** (Strafs.) 16. 2. 15; 49, 199 s. bereits JDR. 14 § 12 Ziff. 2.

§ 13.

I. Abs. 1 u. 2. 1. Königsberg 4. 1. 16, MschutzuWettbew. 15, 211. Aktivlegitimation einer Wirtschaftsgenossenschaft; sie ist eine Gewerbetreibende.

2. Stuttgart 29. 10. 15, MschutzuWettbew. 15, 173. Klagerecht des Generalagenten einer Konkurrenzgesellschaft; er ist in seinem eigenen Interesse bedroht.

3. Königsberg 8. 6. 15 s. oben § 3 I 9k.

II. Abs. 3. 1. Karlsruhe 21. 11. 14, MschutzuWettbew. 15, 385. Zum Begriff des „Angestellten" nach § 13 Abs. 3 genügt es, daß der Betriebsinhaber sich auf Grund eines Vertragsverhältnisses eines anderen zur Ausübung seines Gewerbebetriebes bedient; auf die Art der Entlohnung kommt es nicht an.

2. Karlsruhe 13. 4. 15, MschutzuWettbew. 15, 346. Haftung für den Brief eines Angestellten (Vollmacht, mangelnde Beaufsichtigung, kein nachträglicher Widerruf der Behauptungen).

S. auch § 22.

§ 14.

A. I. Abs. 1. 1. **RG.** 8. 10. 15, MschutzuWettbew. 15, 357, R. 16, Nr. 139 u. 140. Auch in Handelskreisen dürfen zu allgemein gehaltene Verdächtigungen fremder Waren (Zement) nicht verbreitet werden.

2. Karlsruhe 13. 4. 15, MschutzuWettbew. 15, 346. Die Behauptung der unwahren

Tatsache, „die Klägerin betreibe nur Baumaterialienhandlung, und sie besitze keine eigenen tüchtigen Dachdecker, sie sei nicht in der Lage, die ihr übertragenen Dachdeckerarbeiten ebensogut wie Dachdeckerhandwerksmeister auszuführen", erfüllt den Tatbestand des § 14 Abs. 1.

3. Stuttgart 5. 6. 14, WürttRpflZ. 16, 4. Behauptung, eine Firma ruiniere systematisch das Geschäft in einem gewissen Artikel. Die Bemerkung enthält freilich ein Urteil, das — namentlich unter Berücksichtigung der im Brief zu seiner Begründung angeführten Tatsachen — auf seine objektive Richtigkeit nachgeprüft werden kann, und welches daher einer Tatsachenbehauptung gleichzustellen ist.

4. RG. 11. 6. 15, MschutzuWettbew. 15, 203. Die Behauptung des Ausschlusses eines Vereinsmitgliedes wegen unlauteren Wettbewerbs ist nach Lage des Falles als erweislich wahr anzusehen.

5. RG. 8. 10. 15, R. 16, Nr. 140 (s. oben Ziff. 1). Verletzungen des UnlWG. können in einheitlicher fortgesetzter Handlung begangen werden.

6. RG. 8. 10. 15, R. 16, Nr. 141 (s. oben Ziff. 1). Auch gegenüber dem Schadensersatzanspruch nach § 14 kommt die Anwendung des § 254 BGB. in Betracht.

7. Celle 8. 5. 15 s. §§ 823ff. BGB. 2 c o.

8. Karlsruhe 10. 11. 14 s. oben § 1 VIII 7.

9. Karlsruhe 16. 11. 15 s. §§ 823ff. BGB. 2 a ν.

10. Karlsruhe 21. 11. 14 s. oben § 1 VIII 5.

11. Karlsruhe 24. 10. 14 s. §§ 823ff. BGB. 2 a ξ.

12. RG. 6. 7. 16 s. § 824 BGB. Ziff. 6.

13. Karlsruhe 19. 1. 16, BadRpr. 16, 181. Anspruch auf Unterlassung der Behauptung oder Verbreitung der vom Gegner behaupteten oder verbreiteten Tatsachen (§ 14 UnlWG. und § 824 BGB.). Eine Verschiedenheit besteht nur insofern, als hier der Verletzte dartun muß, daß eine Wiederholung der Rechtsverletzung zu besorgen ist, während er in ersterem Fall diesen Nachweis nicht zu erbringen hat.

14. RG. 17. 10. 16; 88, 437 hält an der Rechtspr. fest, daß im bloßen Vorwurf der Patentverletzung die Behauptung einer Tatsache nicht zu finden ist.

II. Abs. 2. 1. Düsseldorf 7. 12. 15, GewRschutz 16, 71. Wenn die Beklagte auf der Suche nach Vertretern unterschiedslos allen Personen, die sich um die Vertretung bemühten, die fragliche Mitteilung, wenn auch in verschlossenen Briefen machte, so gab sie damit die Mitteilung einem größeren Kreise von Personen preis.

2. RG. 8. 10. 15, MschutzuWettbew. 15, 357, R. 16, Nr. 142 (s. oben I 1). Wettbewerbsinteressen sind nicht berechtigte Interessen i. S. des Gesetzes.

B. Zugehörigkeit eines Konkurrenten zu einem feindlichen Staate. 1. Menzel (Schriftt. vor §§ 1ff.) bestreitet die Befugnis der Generalagenten englischer Gesellschaften zum Vorgehen aus dem UnlWG. (§§ 1, 14, 15), wenn deutscherseits auf die Wertlosigkeit der Versicherungen hingewiesen wird. Die Generalagenten sind nicht aktiv legitimiert; §§ 1, 14, 15 trifft nicht zu (s. dagegen unten Ziff. 3). Vgl. hierzu Bruck, GruchotsBeitr. 60, 711 und oben § 13 I 2.

2. RG. 14. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 498, R. 16, Nr. 330, WarnE. 16, 110. Kein unlauterer Wettbewerb, wenn vor dem Ankauf von Fabrikaten einer in Deutschland betriebenen Fabrik gewarnt wird, weil die Inhaber Angehörige des feindlichen Auslands sind. Es ist nicht anerkennenswert und es entspricht nicht den Anschauungen eines vornehmen Kaufmanns, zu Zwecken des Wettbewerbes die nationalen Leidenschaften zu erregen und auszunutzen, um das Geschäft des Konkurrenten, der vielleicht nur rein formell, aber wie nicht von Geburt, so nicht seiner Gesinnung und seinem Fühlen nach Staatsangehöriger eines unserer Feinde ist, auf das erheblichste zu schädigen und zu untergraben. Aber es ist bei den jetzigen Zeitläuften, bei dem Verhalten der feindlichen Staaten uns gegenüber, bei dem auch wirtschaftlichen Kriege, wie er in weitestem Umfange und in schärfster Weise gegen uns ausgebrochen ist und betrieben wird, nicht zu sagen, daß die Veröffent-

lichungen der Beklagten, auch wenn sie sie in ganz auffallender Menge betrieben haben, nicht demjenigen entsprechen, was heutzutage nach dem Anstandsgefühl und der allgemeinen Anschauung der, wenn auch nicht vornehm, so doch billig und gerecht denkenden Gewerbetreibenden für zulässig erachtet wird. Bei dem Nichtüberschreiten der sich hieraus ergebenden Grenzen (daß der Kläger geborener Deutscher ist und seit 18 Jahren wieder dauernd in Deutschland wohnt, brauchte nicht mitgeteilt zu werden) haben die Beklagten sich eines Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 1 UnlWG., § 826 BGB.) nicht schuldig gemacht. S. auch JDR. 14 § 14 IV 2d.

3. **RG.** 11. 6. 15, BA. 15, 79 s. bereits JDR. 14 § 14 IV 2a.

4. Cöln 14. 7. 15 (abgeändert vom **RG.** 14. 12. 15) und Kiel 17. 8. 15, GewRschutz 16, 272 s. bereits JDR. 14 § 14 IV 2c und d.

5. Kohler zu § 826 Ziff. 6b.

§ 15.

1. **RG.** (Straff.) 29. 6. 14, GoltdA. 62, 161. Die Verabreichung gewöhnlichen verdünnten Kaffees in „Hag" (Warenzeichen für koffeinfreien Kaffee) -Tassen an Gäste, die koffeinfreies Getränk fordern, verstößt nicht gegen § 14 WZG., wohl aber gegen § 15 UnlWG., weil mit dieser Verabreichung wider besseres Wissen behauptet wird, daß der koffeinfreie Kaffee sich von gewöhnlichem Kaffee nicht unterscheide, also Bevorzugung vor diesem in keiner Weise und aus keinem Grunde verdiene.

2. **RG.** (Straff.) 6. 3. 16, MschutzuWettbew. 16, 385. Hat ein Angestellter im Geschäftsbetriebe des Angeklagten seinerseits mit dessen Wissen und Einverständnis diejenigen Tatsachen behauptet und verbreitet, welche geeignet waren, den R.schen Verlagsbetrieb zu schädigen, so liegt darin eine Mitwirkung an der Betriebsgefährdung des § 15.

§ 16.

I. Firma

1. KG. 9. 4. 15, BauersZ. 23, 200, OLG. 32, 258. Das Ges. v. 7. 6. 09 will, wie das auch das Ges. v. 27. 5. 96 gewollt hatte, nur die ältere Firma dagegen schützen, daß für ein jüngeres Unternehmen eine solche Firma gewählt wird, die geeignet ist, die Gefahr einer Verwechselung mit der älteren Firma herbeizuführen. Hat die Beklagte die beanstandete Bezeichnung (Aktiengesellschaft vormals H. G. u. Sohn, Bildgießerei" — abgekürzt „Aktiengesellschaft G.") schon gebraucht, bevor die Klägerin ihre Firma („Oskar G., GmbH.") zu führen begann, so scheitert hieran schon die Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften. Übrigens ist auch i. S. des § 16 das in der abgekürzten Bezeichnung an erster Stelle, vor dem Namen G. und in ausgeschriebener Form angewendete Wort „Aktiengesellschaft" ein ausreichendes und hinreichend deutliches Unterscheidungsmerkmal im Vergleich zu dem Worte „Oskar" und „GmbH." in der Firma der Klägerin, zwischen denen der gemeinschaftliche Name G. steht; diesem Unterscheidungsmerkmale gegenüber fällt die Weglassung der Worte „vormals H." sowie „Sohn" nicht ins Gewicht.

2. **RG.** 9. 11. 15, GewRschutz 16, 70, MschutzuWettbew. 15, 125, R. 16, Nr. 144. Wer eine Firma in einer Weise führt, welche geeignet ist, Verwechselungen mit der Firma eines anderen herbeizuführen, kann daraus, daß der letztere eine Zeitlang gegen den UnlW. nicht eingeschritten ist, nicht das Recht der Fortsetzung des UnlW. herleiten (Kempinski).

3. **RG.** 2. (5.) 5. 16, HoldheimsMSchr. 16, 170, R. 16, Nr. 1962. Wer ein Geschäft mit der Berechtigung erwirbt, die aus einem bestimmten Personennamen bestehende Firma fortzuführen, das Geschäft aber dann unter seiner eigenen Firma weiterführt und die erworbene Firmenbezeichnung löschen läßt, verliert dadurch das Recht, dem Träger des Personennamens die Führung eines Geschäfts unter dieser Firmenbezeichnung zu verbieten (§§ 37, 75 Abs. 2 HGB., § 14 WZG.).

4. Königsberg 7. 4. 14, MschutzuWettbew. 15, 139. Zur Anwendbarkeit des § 16 genügt es nicht, wenn eine Firma oder Geschäftsbezeichnung gebraucht wird, die geeignet ist, mit einem Teil einer Firma Verwechselungen hervorzurufen. Es kommt nur darauf an,

ob die beklagte Firma als Ganzes mit der klagenden ganzen Firma Ähnlichkeit zeigt („Vertrieb von Erzeugnissen sächsischer Gardinenfabriken Georg M." — „Max T. Vertrieb von Erzeugnissen sächsischer und anderer Gardinen- und Teppichfabriken").

5. Frankfurt 25. 5. 14, FrankfRundsch. 49, 144. Schon die äußere Verschiedenheit der beiderseitigen Firmenbezeichnung: Ludwig Müller-Uri und F. Ad. Müller Söhne läßt eine Verwechslungsgefahr nicht als naheliegend erscheinen, mögen auch einzelne Abnehmer unter Außerachtlassung der verkehrsüblichen Sorgfalt sich durch den Inhaberzusatz Müller-Uri der Beklagten täuschen lassen.

II. Geschäftsabzeichen und Geschäftseinrichtungen.

1. Hamburg 20. 4. 16, LeipzZ. 16, 967, ZJndR. 16, 144. Verwechselungsfähigkeit des Geschäftsabzeichens zweier sich kreuzender Schlüssel (Klägerin ist die Hamburg-Altonaer Wach- und SchließG. mbH., Beklagter das Nachtwach- und Detektivinstitut Groß-Hamburg). Das Zeichen der Klägerin hat unterscheidenden Charakter gewonnen, der in Groß-Hamburg anerkannt ist, anderswo aber fehlt. Vgl. JDR. 14 § 16 II 4 (jetzt auch OLG. 32, 216; BauersZ. 23, 115).

2. **RG.** 5. 11. 15; 87, 274, Bl. 16, 25, GesuR. 17, 521, JW. 16, 194 (mit Bemerkg von Kohler), LeipzZ. 16, 150, MschutzuWettbew. 15, 226, R. 16, Nr. 147. Salamander-Zeichen. Eine Gefahr der Verwechselung zwischen dem Geschäft der Klägerin (Schuhwaren) und dem der Beklagten (Großhandlung in Papier) und zwischen ihren Waren ist ausgeschlossen. Eine Gefahr von Täuschungen und Verwechslungen würde durch das Zeichen der Beklagten nur dann begründet werden, wenn ernstlich damit zu rechnen wäre, daß die Waren der Beklagten in Schuhgeschäften verwandt, und dann zu befürchten wäre, daß die ihnen anhaftenden Zeichen dort irrtümlich als Kennzeichen der feilgehaltenen Schuhe angesehen werden könnten.

3. **RG.** 13. 10. 14, ZJndR. 16, 20 s. bereits JDR. 14 § 16 II 17.

III. Druckschrift.

A. Hellwig, GewRschutz 16, 117. Als Druckschriften i. S. des § 16 sind die kinematographischen Films auf jeden Fall anzusehen. Siehe auch Hellwig, ebenda 77. Vgl. JDR. 14 § 16 II 11.

B. 1. KG. 29. 3. 16, JW. 16, 687, OLG. 32, 266. Büchmanns Geflügelte Worte. Der Beklagte hat die Büchmannsche Sammlung unmittelbar nach dem Ablaufe der Schutzfrist herausgegeben, und zwar in einer Form, welche sich noch weit enger als die vom Kläger veranlaßten Bearbeitungen an die der Sammlung von Büchmann selbst gegebene Gestaltung anschließt und noch mehr nach Inhalt und Anordnung den alten Charakter wahrt. Dem Beklagten ist es daher nicht zu verwehren, für diese von ihm veranstaltete Ausgabe den alten Titel „Geflügelte Worte" beizubehalten. Wenn aus der Benutzung dieses Titels Verwechselungen seiner Ausgabe mit der des Klägers entstehen sollten, so ist das darauf zurückzuführen, daß mit dem Freiwerden des Büchmannschen Werkes dieses auch von anderen als dem bisherigen Verleger unter Benutzung des alten Titels verbreitet werden durfte.

2. Dresden 2. 5. 15, SächsOLG. 36, 457. Benutzung des Titels eines gut eingeführten (militärischen) Buches „Das Kommandobuch". Dem Kläger ist darin beizustimmen, daß dieser Titel eine besondere Bezeichnung i. S. von § 16 und nicht lediglich eine aus dem sachlichen Inhalte des Buches sich ohne weiteres ergebende Gattungsbezeichnung ist. Er ist vermöge seiner sprachlichen Eigenart geeignet, dem Zwecke besonderer Kennzeichnung für den geschäftlichen Verkehr zu dienen. Es handelt sich um eine Wortbildung, die durch ihr Bestreben, in gekürzter schlagwortartiger Form einen an sich der Umschreibung bedürfenden Begriff wiederzugeben, aus dem Rahmen des alltäglichen Sprachgebrauchs heraustritt und dadurch in gewissem Sinne auffällig wirkt.

3. Dresden 5. 1. 16, Bl. 16, 131, JW. 16, 1548, MschutzuWettbew. 16, 390, SächsRpflA. 16, 240. Die Bezeichnung „Kriegskalender" ist keine unter § 16 fallende besondere

Bezeichnung einer Druckschrift, da ihr eine individualisierende Kraft fehlt und der Ausdruck in den beteiligten Kreisen nicht eingebürgert ist.

4. **RG.** 8. 6. 16; 88, 306, R. 16, Nr. 1404. Ob eine Zeitung, wenn die Verhältnisse sich ändern, ihren Namen zu ändern hat, kann nur nach der jeweiligen Lage des einzelnen Falles entschieden werden. Als Regel gilt, daß auch eine Zeitung mit der Bezeichnung, unter der sie geführt wird, dem Publikum nichts Unwahres sagen darf. Hat ein Verleger, dem der Druck und Vertrieb des Theaterzettels für die von einer Stadt betriebenen Theater und der Programme für die von der Stadt veranstalteten Konzerte übertragen ist, die für das Publikum bestimmten Zettel in Form einer Theater- und Konzertzeitung erscheinen lassen und dieser Zeitung mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung der Stadt die Bezeichnung als „Städtischer Theater- und Konzertanzeiger" gegeben, so ist er nach Beendigung des Vertrages mit der Stadt nicht mehr befugt, seine Zeitung als „städtischen" Anzeiger zu bezeichnen. Andererseits darf, wenn die Stadt die Herausgabe der Theaterzettel und Konzertprogramme jetzt einem anderen Verleger überträgt, auch dieser für seine Zeitung nicht einen gleichen Titel führen, wenn damit Verwechselungen mit der früheren unter diesem Titel erschienenen Zeitung hervorgerufen werden sollen. Der Erwerb der „Befugnis" i. S. des § 16 hat Gutgläubigkeit zur Voraussetzung.

5. KG. 18. 6. 15, OLG. 32, 259. Verwechselungsfähigkeit der Fachzeitschrifttitel „Der Schneidermeister" und „Der Deutsche Schneidermeister". Die Verwendung eines Gattungsbegriffs für den Titel einer Druckschrift schließt den Charakter der „besonderen Bezeichnung" nicht aus, begründet ihn vielmehr, sofern nur die gewählte Bezeichnung sich von gleichartigen Bezeichnungen genügend unterscheidet (JW. 00, 76).

S. auch § 1 UnlWG., § 826 BGB.

§ 17.

I. Abs. 1. 1. Geschäfts- und Betriebsgeheimnis. a) **RG.** (Straff.) 9. 12. 15, LeipzZ. 16, 481. In Zeichnungen niedergelegte Pläne und Entwürfe von Tribünenbauten als Betriebsgeheimnisse, wenn die öffentliche Aufstellung fertiger Bauten, ihre Besichtigung und Benutzung weder ganz allgemein, noch auch für Fachleute und Erwerbsgenossen oder einen nennenswerten Teil der letzteren, das klargelegt hat, was in der Errichtung dieser Bauten das Geheimnis des Baumeisters war und nach seinem, dem Angeklagten bekannten Willen auch fernerhin bleiben sollte.

b) **RG.** (Straff.) 9. 2. 15, MschutzuWettbew. 15, 127. Geschäftsbeziehungen zur Kundschaft sind Geschäftsgeheimnisse. Zum Vergehen des § 17 gehört es nicht, daß der Angestellte die Geschäftsgeheimnisse künftig zu eigenem Wettbewerb verwerten will.

c) Fuld, MittöffFeuerversAnst. 16, 80. Versicherungslisten als Geschäftsgeheimnisse.

2. **RG.** (Straff.) 4. 7. 16; 50, 130, LeipzZ. 16, 1230, R. 16, Nr. 1671. Das Angestelltenverhältnis wird durch den Vertragsabschluß begründet, es kommt nicht darauf an, ob der Dienst bereits angetreten war. Das Unternehmen, einen anderen zu einem nach § 17 strafbaren Tun zu bestimmen, kann begangen werden, auch wenn der zu Verleitende noch nicht Angestellter ist, sondern seine Anstellung nur erwartet wird. Die Adressen von Kunden können Geschäftsgeheimnis sein (**RG**Straff. 39, 322).

II. Abs. 2. **RG.** (Straff.) 29. 3. 15, MschutzuWettbew. 15, 208. Zusammentreffen des Tatbestandes der Verletzung des Briefgeheimnisses mit dem Tatbestand der unbefugten Verwertung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. Ist der Nebenkläger nur bezüglich der Anklage aus § 17 Abs. 2 zugelassen, so fallen die ihm erwachsenen notwendigen Auslagen dem insoweit für nichtschuldig erklärten Angeklagten nicht zur Last (**RG**Straff. 15, 190).

§ 20.

1. **RG.** (Straff.) 1. 2. 16, MschutzuWettbew. 15, 341, R. 16, Nr. 887. Da das „Unternehmen" bedroht ist, genügt es zur Strafbarkeit, daß nach der Vorstellung des Unternehmenden die von ihm erstrebte Mitteilung der Angestellten oder Arbeiter den Verrat

eines Geschäftsgeheimnisses enthält; es ist nicht erforderlich, daß das, was den Angestellten entlockt werden soll, auch tatsächlich Geheimnis ist.

2. **RG.** (Straff.) 4. 7. 16 s. oben § 17 I 2.

§ 21.

RG. 8. 10. 15, MschutzuWettbew. 15, 357. Weil nur eine fortgesetzte Handlung der Beklagten (Verbreitung einer Broschüre) vorliegt, die erst Ende Oktober 1909 ihren Abschluß fand, ist mit Recht der Einwand der Verjährung zurückgewiesen: nach § 21 des Ges. v. 7. 6. 09, ebenso wie nach § 11 des Ges. v. 27. 5. 96 beginnt die sechsmonatige Verjährungsfrist nicht zu laufen, bevor die Handlung vollendet ist, bevor also bei einer fortgesetzten Handlung der letzte Akt vorgenommen ist (**RG.** 80, 436).

§ 22.

1. **RG.** (Straff.) 20. 12. 15, GewRschutz 16, 125, MschutzuWettbew. 15, 233. Strafantragsberechtigt ist nach § 22 der Verein als solcher, der seinen Willen kundgibt durch seinen Vorstand und gesetzlichen Vertreter. Nur der Verein selbst mußte daher zur Zeit der jetzt verfolgten Wettbewerbshandlungen des Angeklagten bereits bestanden haben (**RG.** 60, 418; **RG**Straff. 46, 324).

2. **RG.** (Straff.) 2. 10. 16, R. 16, Nr. 2178. Ein Verein, dessen ausschließlicher Zweck die Bekämpfung des UnlW. ist, kann Strafantrag in allen Fällen stellen, auch wenn der Verein keine Mitglieder hat, die an der Verfolgung des UnlW. auf dem Gebiet, das im Einzelfall in Frage steht, interessiert sind (**RG**Straff. 45, 355). Ermächtigt die Satzung eines Vereins den Vorsitzenden, die Strafanträge für den Verein zu stellen, so steht dessen Befugnis nach außen dadurch fest, die Vertretungsmacht kann nicht aus dem Gesichtspunkt bemängelt werden, daß die Satzung den Vorsitzenden im Innenverhältnis den Beschlüssen eines Ausschusses unterwirft.

3. **RG.** (Straff.) 11. 5. 15, MschutzuWettbew. 15, 202 u. 231. Strafantrag eines Vorstandsmitgliedes eines rechtsfähigen Vereins.

4. **RG.** (Straff.) 29. 1. 15, MschutzuWettbew. 15, 201. Grenzen der Revision des Nebenklägers. Zulassung zum Verfahren nur insoweit, als die Befugnis zum Anschlusse besteht (**RG**Straff. 35, 26).

Siehe auch oben § 13.

§ 23.

Dresden 29. 3. 16, SeuffA. 71, 277. Beschränkt sich der Kreis der Personen, zu deren Kenntnis das am Geschäftslokal des Beklagten angebrachte Plakat gelangt ist, auf das im Laden und in dessen Gegend verkehrende Publikum, so ist eine Mitteilung der Verurteilung durch öffentliche Bekanntmachung nicht gerechtfertigt.

§ 24.

I. 1. Rosenthal, LeipzZ. 16, 289. Die Sonderregelung des § 24 tritt nur dann ein, wenn der Klagetatbestand ausschließlich unter das UnlWG. fällt; gebilligt wird **RG.** 6. 3. 15, JW. 15, 579 gegen Hamburg 13. 1. 16 (s. unten Ziff. 7). Vgl. JDR. 14 § 24.

2. Salinger, JW. 16, 1242 (gegen Hamburg 23. 2. 15, JDR. 14 § 24 I 4). § 24 gilt nicht allgemein für Wettbewerbsklagen, sondern nur für die Ansprüche aus dem UnlWG.; er berührt daher die Ansprüche aus § 826 BGB. gar nicht (übereinstimmend mit Rosenthal und Hamburg 14. 4. 15, JDR. 14 § 24 I 5).

3. Dresden 28. 11. 13, SeuffA. 71, 246. War der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gegeben, so kann der Umstand, daß der des § 24 UnlWG. fehlt, nur dazu führen, die Klage insoweit wegen örtlicher Unzuständigkeit abzuweisen, als ihr Bestimmungen des UnlWG. zugrunde gelegt worden sind (**RG.** 27, 386).

4. Hamburg 1. 7. 15, GewRschutz 16, 128 s. bereits JDR. 14 § 24 I 3.

5. Hamburg 23. 2. 15, OLG. 32, 265 s. bereits JDR. 14 § 24 I 4.

6. Hamburg 14. 4. 15, OLG. 32, 265 s. bereits JDR. 14 § 24 I 5.

7. Hamburg (2. Sen.) 13. 1. 16, SeuffA. 71, 153. Wie dieses Gericht bereits mehrfach ausgesprochen hat, muß der ausschließliche Gerichtsstand des § 24 immer dort eintreten, wo der mit der Klage vorgetragene Tatbestand ein solcher ist, daß er unter die besondere Vorschrift des § 1 fallen muß.

II. 1. Rosenthal, GewRschutz 16, 81 behandelt den Gerichtsstand des § 24 bei Vorhandensein mehrerer Niederlassungen (mit zahlr. Rechtspr.). Wenn die Handlung nicht auf eine bestimmte Niederlassung sich bezieht, oder wenn sie von der Hauptniederlassung und zugleich von einer oder mehreren Zweigniederlassungen ausgeht, dann kann die Klage gegen die Hauptniederlassung gerichtet werden. Das gleiche gilt für den Fall, daß eine Zweigniederlassung mit Wissen und Willen der Hauptniederlassung handelt. — Befindet sich eine Niederlassung im Inlande, so begründet diese einen inländischen Gerichtsstand, auch wenn im Auslande noch Niederlassungen bestehen, mag auch die im Auslande befindliche Niederlassung die Hauptniederlassung sein oder diejenige, auf welche die Wettbewerbshandlung sich bezogen hat. Hieran wird auch nichts geändert, wenn die ausländische Niederlassung in einem deutschen Konsulargerichtsbezirk liegt (**RG.** 25. 6. 15, JDR. 14 § 24 II 1).

2. **RG.** 25. 6. 15; 87, 129, HansGZ. 16, Hptbl. 9 und Beibl. 193 s. bereits JDR. 14 § 24 II 1.

§ 28.

Karlsruhe 10. 4. 15, MschutzuWettbew. 16, 39. Da nach Art. 1 des RGes. v. 31. 3. 13 betr. die Ausführung der revidierten Pariser Übereinkunft v. 2. 6. 11 (RGBl. 1913 S. 236) die Vorschrift des § 28 eingeschränkt ist, so würde der klägerischen Firma der Rechtsschutz zur Verfolgung ihrer Ansprüche wegen UnlW. auch dann zu gewähren sein, wenn diese Firma noch ihre Hauptniederlassung in London hätte; es ist dies um so mehr der Fall, als die Hauptniederlassung der Firma im Laufe des Rechtsstreits nach Deutschland verlegt wurde. Aber selbst wenn die Teilhaber der Klägerin britische Staatsangehörige sein würden, so würde unter Berücksichtigung der Grundsätze von **RG.** 26. 10. 14 (DJZ. 1385) der Klägerin der auf Art. 2 Pariser Union-Vertrags beruhende Rechtsschutz nicht zu versagen sein.

§ 30.

RG. 8. 10. 15, R. 16, Nr. 145. Wurde der einheitliche UnlW. über den 30. 9. 09 hinaus fortgesetzt, so findet auf ihn lediglich das neue UnlWG. Anwendung.

Börsengesetz.

Vom 27. Mai 1908.

Schrifttum: Loewenberg, Der Kriegsbankier, DJZ. 16, 859. — Oskar Meyer, Die Zulassung zum Börsenbesuch, JW. 16, 1560. — Pohl, Freier Effektenhandel oder Wiedereröffnung der Börse im Kriege? BankA. 15, 365.

I. Allgemeine Bestimmungen über die Börsen und deren Organe.

§ 7.

Meyer, JW. 16, 1560 behandelt die Abänderung des § 15 BerlinerBörsO. In der neuen Fassung ist nichts mehr davon enthalten, daß eingetragene Kaufleute regelmäßig zugelassen werden müssen; es ist nur noch vorgeschrieben, daß sie aus bestimmten Gründen nicht zugelassen werden dürfen, während im übrigen die Entscheidung in das pflichtmäßige Ermessen des Börsenvorstandes gestellt ist.

III. Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel.

§ 45.

1. **RG.** 29. 2. 16, BankA. 15, 288, R. 16, Nr. 1605 bis 1607, 1611, ZAktWes. 16, 126. Der Prospektzwang ist allerdings vom Gesetzgeber zu dem Zwecke eingeführt worden,

um dem Publikum die für die Beurteilung des inneren Werts der dargebotenen Papiere erheblichen Mitteilungen zu machen. Es darf indessen nicht unberücksichtigt bleiben, daß viele in den Prospekt aufzunehmende Angaben, insbesondere über die Bilanz des letzten Geschäftsjahrs, ihrer Natur nach zum Verständnisse die Kenntnis kaufmännischer Gepflogenheiten und Verkehrsanschauungen erfordern und daß daher derjenige, welcher den Prospekt erläßt, beim Leser eine solche Kenntnis voraussetzen muß und darf. Für ein pflichtwidriges Handeln derjenigen Personen, deren Tätigkeit nur der Vorbereitung des Prospekts diente und die zu dessen Erlaß in keiner Beziehung stehen, haftet der Emittent nicht. Für das Maß der Sorgfalt, mit der die den Prospekt erlassende Bank die Angaben der Gesellschaft, deren Aktien an der Börse eingeführt werden sollen, zu prüfen hat, sind die Umstände des Falles entscheidend (**RG.** 80, 196, 199). Das RG. läßt unentschieden, ob diese Bestimmung die außervertragliche Haftung für die Erlassung unrichtiger Prospekte erschöpfend geregelt hat oder noch Raum für § 826 BGB. läßt.

2. **RG.** 2. 6. 16; 88, 271, BankA. 15, 428, HoldheimsMSchr. 16, 205, JW. 16, 1694. Die Prospekthaftung richtet sich auch gegen die Aktiengesellschaft selbst, wenn der Prospekt von ihr ausgeht (**RG.** 40, 83; 71, 97).

3. **RG.** 29. 2. 16, BankA. 15, 288, R. 16, Nr. 1608. Die Nichteinführung eines Papiers an der Börse allein läßt noch keinen ausreichenden Schluß auf dessen inneren Wert und damit der Deckung zu, welche eine Bank mit der Annahme dieser Papiere von ihren Schuldnern hat. S. Ziff. 1, 4, 5.

4. **RG.** 29. 2. 16, BankA. 15, 288, R. 16, Nr. 1609. § 45 findet keine Anwendung auf den Fall, daß ein Aktionär auf Grund des Besitzes von Aktien, die er nach Einführung an der Börse gekauft hat, in Ausübung eines Bezugsrechts junge Aktien erwirbt. Siehe vorige Ziff.

5. **RG.** 29. 2. 16, BankA. 15, 288, R. 16, Nr. 1612. Eine Bilanz, die nach den besonderen, von den gewöhnlichen Bilanzierungsregeln abweichenden Grundsätzen des Aktienrechts aufgestellt ist, ist nicht zu dem Nachweise geeignet daß eine Kommanditgesellschaft auf Aktien überschuldet, geschweige denn, daß sie zahlungsunfähig ist (§§ 320 Abs. 3, 261 HGB., § 207 KO.). S. vorige Ziff.

IV. Börsenterminhandel.

§§ 50 ff.

RG. 4. 4. 16, BankA. 15, 359. Der Kauf von Zucker, der vor Inkrafttreten der Kriegsbestimmungen über die Abwicklung von börsenmäßigen Zeitgeschäften in Waren zu liefern ist, dessen endgültiger Preis aber auf Grund der amtlichen Notierungen für Lieferung zu einem Zeitpunkte nach Inkrafttreten der Kriegsbestimmungen festgesetzt werden soll, ist kein Börsentermingeschäft und fällt nicht unter die Kriegsbestimmungen (RGes. v. 4. 8. 14, RGBl. 336; Erl. d. Hamb. Sen. v. 26. 8. 14).

§ 50 (s. a. § 58).

1. **RG.** 16. 4. 15, LeipzZ. 16, 165 s. § 58 Ziff. 1 u. 2.

2. **RG.** 20. 4. 15 (18. 6. 15), GruchotsBeitr. 60, 331, SeuffA. 71, 12. Der Spieleinwand bei Börsentermingeschäften ist nur ausgeschlossen bei genauer Einhaltung der Geschäftsbedingungen der betreffenden Börse — sog. offizielle Börsentermingeschäfte (Verkauf an einer auswärtigen Börse ist eine wesentliche Abweichung von den Hamburger Geschäftsbedingungen). S. JDR. 14 § 50 (58).

3. Stuttgart 1. 7. 15, WürttJ. 27, 170 (s. §§ 63, 64 Ziff. 1) zum Begriffe des offiziellen Börsentermingeschäfts.

§§ 52 ff.

RG. 19. 9. 16, BankA. 16, 56. Zur Begründung des Termineinwandes gegenüber der Klage aus einem anerkannten Saldo genügt nicht die Behauptung, daß in der laufenden Rechnung Posten aus unklagbaren Börsentermingeschäften enthalten seien, der Beklagte

muß vielmehr auch dartun und beweisen, inwieweit der anerkannte Saldo durch unverbindliche Geschäfte beeinflußt sei.

S. auch § 762 BGB.

§ 53.

1. **RG.** 11. 2. 16, BankA. 15, 265, HoldheimsMSchr. 16, 88, LeipzZ. 16, 596. Bejahung der Börsentermingeschäftsfähigkeit, weil der Betrieb nach seiner inneren Beschaffenheit kein handwerksüblicher war, der Kaufmannsbetrieb auch über den Umfang des Kleingewerbes hinausging (ausländischer Umsatz, Wechselverkehr, Reisetätigkeit, Buchführung).

2. Abs. 2. Hamburg 25. (23.) 3. 16, BankA. 15, 324, BauersZ. 23, 232, HansGZ. 16, Hptbl. 222, LeipzZ. 16, 1144, R. 16, Nr. 1191. Der Geschäftsführer einer GmbH. betreibt nicht berufsmäßig Börsentermingeschäfte, wenn er seine Stellung mißbraucht, um für sich zu spekulieren.

§ 54.

1. **RG.** 4. 6. 15; 87, 18, LeipzZ. 16, 40 s. bereits JDR. 14 § 54.

2. **RG.** 21. 3. 16, BankA. 15, 325, HoldheimsMSchr. 16, 171, R. 16, Nr. 1613 WarnE. 16, 175. Die Feststellungsklage, daß der Beklagte nicht zur Rückforderung einer als Sicherheit für Verluste aus Börsengeschäften eingezahlten Summe berechtigt sei, setzt nicht voraus, daß der Kläger zur Glattstellung berechtigt sei. Sind die (nicht durch Verrechnung verbrauchten) Einzahlungen gleichzeitig mit den den Erfordernissen des § 54 entsprechenden Bestellungserklärungen erfolgt, so ist die vom Gesetze geforderte Bestellung „mit Geld" außer Zweifel. Es bleibt bei den Grundsätzen der Entsch. v. 4. 6. 15 (JDR. 14 § 54) hinsichtlich der Sicherheitsbestellung.

§ 55.

RG. 8. 5. 15, GruchotsBeitr. 60, 145 s. bereits JDR. 14 § 55 Ziff. 1.

§ 57.

RG. 24. 9. 15; 87, 221, LeipzZ. 16, 41 s. bereits JDR. 14 § 57 Ziff. 2. Termingeschäft an der Londoner Börse. Grundsätzlich setzt die Leistungsbewirkung im Sinne des § 57 auch hier die Verschaffung des Eigentums an den Papieren an den Käufer voraus. Beweislast. Die Beklagte hat zur Widerlegung des Termineinwandes die durch die Leistungsbewirkung erfolgte Heilung darzutun.

§ 58 (s. a. § 50).

1. **RG.** 16. 4. 15, LeipzZ. 16, 165 s. bereits JDR. 14 § 58 Ziff. 1 u. 2.

2. **RG.** 15. 10. 15, R. 16, Nr. 1480. Übernimmt jemand durch gegenseitigen Vertrag mit dem bisherigen Schuldner unter Zustimmung des Gläubigers des ersteren Schuld aus Börsengeschäften und befriedigt er dann den Gläubiger, so ist die Verpflichtung des ersten Schuldners aus dem Schuldübernahmevertrag gegenüber dem Übernehmenden vollverbindlich, auch wenn die Börsengeschäfte unklagbare gewesen sein sollten (§§ 414 ff., 762, 764 BGB.).

S. auch §§ 762, 764 BGB.

§ 59.

Hamburg 8. 7. 16, BankA. 16, 16. Der Agent eines Bankiers, welcher diesem gegenüber für die von ihm vermittelten Börsenaufträge das Delkredere übernommen hat, hat im Zweifel nur für die Zahlungsfähigkeit des Kunden, nicht aber dafür einzustehen, daß der Kunde von dem Termin- oder Differenzeinwande keinen Gebrauch macht.

§§ 63, 64.

1. **RG.** 11. 2. 16; 88, 91, BankA. 15, 265, HoldheimsMSchr. 16, 88, LeipzZ. 16, 596, R. 16 Nr. 849. §§ 63, 64 gelten nicht für den Handel mit Anteilen an ausländischen Bergwerksunternehmungen (s. Stuttgart 1. 7. 15, JDR. 14 zu §§ 63, 64, jetzt auch WürttJ. 27, 170).

2. **RG.** 11. 2. 16, R. 16 Nr. 850. Die Unwirksamkeit eines Geschäfts an der Pariser Börse kann nicht darauf gestützt werden, daß die Gegenpartei nur eine sog. Kulissenfirma sei. S. Ziff. 1.

§§ 67, 68.

RG. 9. 11. 15, BankA. 15, 358, HoldheimsMschr. 16, 89, WarnE. 16, 40. Daß auch ein in den Formen des § 67 abgeschlossenes Zeitgeschäft nach § 68 unwirksam sein kann, und daß im Sinne der letzteren Vorschrift der Unterschied des Börsenpreises der Lieferungszeit gegenüber dem vereinbarten Preise auch durch ein von vornherein in Aussicht genommenes Gegengeschäft festgestellt werden kann, ist schon im Urt. v. 16. 4. 12 (**RG.** 79, 234) ausgesprochen worden. — Wenn behauptet wird, daß der Berliner Kommissionär im Verkehre mit Personen des § 67, die die Börse besuchen, um die Beweggründe seines Auftraggebers sich nicht zu kümmern und Umstände, die sonst auf ein Differenzgeschäft hindeuten, sich nur in ganz besonders gearteten Fällen entgegenhalten zu lassen brauche, so ist das in dieser Allgemeinheit nicht anzuerkennen; es kommt auf den einzelnen Fall an.

VI. Straf- und Schlußbestimmungen.

§ 88.

Abs. 3. **RG.** (Straff.) 26. 2. 15; 49, 358, BankA. 16, 34 s. bereits JDR. 14 § 88.

§ 94.

1. **RG.** (Straff.) 20. 5. 14, GoltdA. 62, 154. Die Strafandrohung des § 94 richtet sich gegen jedermann und nicht nur gegen solche Personen, die zum Besuche der Börse zugelassen sind oder von deren Einrichtungen Gebrauch machen.

2. **RG.** 29. 9. 16 (s. § 826 BGB. Ziff. 12 t und § 830 Ziff. 2). Fortgesetzte Duldung solcher Handlungen eines Angestellten (Verleitung zum Börsenspiel) macht den Geschäftsherrn selbst haftbar. Der Bankier macht sich auch dann ersatzpflichtig, wenn er den unerfahrenen Kunden über die Gefahren des Börsenspiels nicht aufklärt.

3. **RG.** 19. 11. 15, BankA. 15, 144, BauersZ. 23, 125. Schon die Tatbestandsmerkmale der im § 94 bestimmten vorsätzlichen Straftat zeigen unzweideutig, daß die Verleitung zu solchem Leichtsinne, die Verführung eines unerfahrenen und mittellosen Mannes zu Börsenspekulationsgeschäften zum mindesten eine grob fahrlässige Handlung ist.

Bankdepotgesetz.

Vom 5. Juli 1896.

Schrifttum: Lusensky, Gesetz, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, v. 5. 7. 1896, (3), Berlin 1916. — Motschmann, Das Depositengeschäft der Berliner Großbanken, München 1915.

§§ 3, 4.

RG. 15. 10. 15, BankA. 15, 101. Die Aufforderung des Kommittenten zur Lieferung des Stückeverzeichnisses muß unzweideutig sein. Er kann das Geschäft nicht deshalb, weil der Kommissionär von dem Dritten sich hatte Provision gewähren lassen, ohne weiteres zurückweisen.

§ 8.

1. Verpfändung von Wertpapieren. **RG.** 23. 11. 15; 87, 329, BankA. 15, 226, JW. 16, 265 (mit Bemerkung von Hachenburg), LeipzZ. 16, 148 u. 149, R. 16, Nr. 299 u. 300, auch 296. § 8 findet auch dann Anwendung, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlichen, auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes eine der dort vorgesehenen Rechtshandlungen vornimmt (§ 343 Abs. 2 HGB.).

2. Pfandrecht an Wertpapieren. **RG.** ebenda. Durch § 8 Abs. 2 wird die Anwendung des § 366 HGB. nicht ausgeschlossen; die Bank kann trotz der Mitteilung ihres

Kunden, daß die Wertpapiere ihm nicht gehörten, auf Grund ihres guten Glaubens an dessen Berechtigung, über die fremden Wertpapiere zu verfügen, an diesen für ihre Forderungen gegen ihren Kunden ein Pfandrecht erwerben; aber abweichend von der Regel der §§ 932 ff., 1207 BGB. trifft die das Pfandrecht in Anspruch nehmende Bank die Beweislast für ihren guten Glauben (RG. 41, 35; 71, 337). An den in diesen Urt. vertretenen Ansichten ist trotz der in der Rechtslehre dagegen erhobenen Angriffe festzuhalten (RG. 82, 33, WarnE 11, 170).

Handelsgesetzbuch.

Erstes Buch. Handelsstand.

Erster Abschnitt. Kaufleute.

§ 1.

Kaufmannseigenschaft. RG. (Straff.) 13. 12. 15, LeipzZ. 16, 619, ZBlFG. 17, 48. Wer in seiner Molkerei nicht im eigenen Betriebe gewonnene, sondern angekaufte Milch verarbeitet, ist nach § 1 Ziff. 1 Kaufmann. Ein Rechtssatz, daß Molkereien erst bei einem monatlichen Umsatze von mehr als 10 000 M. und einem Steuersatze von mehr als 12 M. als kaufmännische Betriebe anzusehen seien, besteht nicht.

§ 2.

Eintragungspflichtiges, aber nicht eingetragenes Unternehmen. RG. 19. 9. 16, R. 16 Nr. 1952. Wer ein nach § 2 eintragungspflichtiges Unternehmen nach kaufmännischer Art betreibt, ist Kaufmann erst mit der Eintragung. Tritt er aber allgemein im Rechtsverkehre wie ein Kaufmann auf oder gibt er sich einer bestimmten Person gegenüber wahrheitswidrig als Kaufmann aus, so ist es zum Schutze des redlichen Verkehrs gerechtfertigt, ihn zugunsten seines Vertragsgegners als Kaufmann zu behandeln.

§ 4.

Minderkaufleute. Hamburg 18. 5. 15, OLG. 32, 92. Ein Minderkaufmann, der Grundstück und das darauf betriebene Geschäft (Bäckerei) verkauft und dabei dem Käufer die Fortführung seiner Firma gestattet, ist berechtigt, bei Verlegung des Geschäfts nach einem anderen Grundstück und einer anderen Straße dem Käufer die Fortführung der Firma zu untersagen, da erfahrungsgemäß die Verbindung von Bäckerei und Grundstück mit Rücksicht auf die technischen Einrichtungen und die Kundschaft ein sehr wichtiger Punkt ist.

§ 5.

Verhältnis des § 5 zu § 25. Haftung des Nachfolgers für die Geschäftsschulden bei Übernahme des Geschäftes eines Minderkaufmanns. Vgl. § 25 Ziff. IV.

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

Schrifttum: Fester, Bedeutung des Eintrags im Handelsregister. Marburg 1912 (besprochen GrünhutsZ. 42, 399). — Kretzschmar, Die Eintragungen in das Handelsregister und die Haftung der Erben, wenn der Erblasser Einzelkaufmann oder Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft war, ZBlFG. 17, 1 (vgl. § 27).

§ 12.

München 21. 5. 15, DNotV. 16, 565. Gewinnt das Registergericht die Überzeugung, daß der Widerruf einer Anmeldung nur zum Schein erfolgt ist, so ist die spätere Eintragung von Amts wegen zu löschen.

§ 13.

Zweigniederlassung. 1. Pflicht des Vorstandes einer AG., bei Betriebseinstellung einer Zweigniederlassung das Erlöschen der Firma der letzteren zum Handelsregister anzumelden s. § 201.

2. Dresden 23. 10. 15, BauersZ. 23, 213, R. 16 Nr. 1953. Das für eine Zweigniederlassung zuständige Registergericht hat die bei ihm erfolgenden Anmeldungen selbständig zu prüfen und daher eine Eintragung, die es für unzulässig erachtet, auch dann abzulehnen, wenn das Gericht der Hauptniederlassung die Eintragung vorgenommen hat.

§ 15.

Nichteintragung des Todes eines Teilhabers einer offenen Handelsgesellschaft. KG. 9. 7. 14, OLG. 32, 93, vgl. § 131.

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

Schrifttum: Marx, Firmenrechtliche Grundbegriffe. München 1912 (besprochen GrünhutsZ. 42, 404).

§ 17.

I. Firma und Etablissementsname. 1. **RG.** 29. 9. 16; 88, 421 JW. 16, 1477, LeipzZ. 16, 1430. Von der doppelten Funktion eines Namens als Firma und Etablissementsname kann nur die Rede sein, wenn er bewußterweise unterschiedlich als Bezeichnung bald des Geschäfts, bald des Betriebs als solchen verwandt wird.

2. **RG.** 29. 9. 16; 88, 421 (vgl. zu 1). Es verstößt nicht gegen das Firmenrecht, wenn zur Bezeichnung einer bestimmten Abteilung des Betriebs als sog. Etablissementsname die eingetragene Firma mit einem die besondere Abteilung bezeichnenden Zusatze gebraucht wird. Vgl. § 37 Ziff. 5.

II. Firmenverdeutschung (vgl. § 19 Ziff. 1). 1. Verdeutschung des Vornamens s. § 18 Ziff. I.

2. BayObLG. 11. 2. 16, R. 16 Nr. 991, ZBlFG. 17, 50. In der bayerischen Pfalz besteht kein Zwang zur Firmenverdeutschung. „Sortiment" widerspricht nicht dem deutschen Sprachgefühle.

III. Unzulässige Firma (vgl. § 37). 1. BayObLG. 11. 2. 16, R. 16 Nr. 1008, ZBlFG. 17, 49. Verstößt eine Firmenführung lediglich gegen einen Vertrag, so kann hiergegen vom Verletzten das Registergericht nicht angerufen werden. Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn der Erwerber eines Handelsgeschäfts nicht nur ermächtigt, sondern vertraglich verpflichtet wurde, die bisherige Firma fortzuführen, und er beabsichtigt, diese Firma aufzugeben und das Geschäft unter seiner eigenen Firma fortzuführen. Anders, wenn behauptet ist, die Änderung der Firma verstoße nicht nur gegen den Vertrag, sondern auch gegen die §§ 22, 30 HGB.

2. BayObLG. 11. 2. 16, R. 16 Nr. 989, ZBlFG. 17, 50. Ist eine Firma als abgeleitet registriert, so ist ihre Zulässigkeit hiernach zu beurteilen, mag sie auch in Wirklichkeit weder den Vorschriften über abgeleitete noch denen über ursprüngliche Firmen ganz entsprechen.

IV. Über vertragliche Pflicht zur Fortführung einer Firma vgl. III 1.

§ 18.

I. Vornamen in der Firma. 1. LG. München 5. 11. 15, DNotV. 16, 567, JW. 15, 1459; 16, 225, R. 16 Nr. 67. Die Verdeutschung des Vornamens in einer Firma setzt obrigkeitliche Genehmigung zur Vornamensänderung nicht voraus. — Gegen LG. München wendet sich DNotV. 16, 568.

2. Ebenso Zeiler, DNotV. 16, 202. Doch muß es sich um Namen handeln, denen deutsche Vornamen genau entsprechen. Das ist zweifellos der Fall bei Antonio, George, Ernest. Aber auch wo nicht jedermann aus dem Volke die Gleichbedeutung ohne weiteres erkennt, ist das Übersetzungsrecht gegeben, selbst also bei Namen, deren Fremdform dem Sprachunkundigen fremd ist (Etienne, Istvan). Entscheidend kann hier nicht das Maß der Sprachkundigkeit der Menge sein, sondern nur die Frage, ob in Wirklichkeit die eine Form die anerkannte Übersetzung der anderen bildet und die deutsche Übersetzung als Vorname gebräuchlich ist.

3. Zeiler, DNotV. 16, 195. Der Gebrauch allgemeiner als Vertretungsform des eigentlichen Namens bekannter und üblicher Kurz- und Koseformen eines Vornamens (Fritz, Heinz, Willy, Sepp) in Firmen ist für zulässig zu erachten; die gegenteilige Entscheidung des KG. v. 9. 1. 02 (OLG. 4, 460), die den Eintrag des Vornamens Fritz als unzulässig erklärte, ist nicht richtig. Hat sich eine Kurz- oder Koseform allerdings schon derart als feste Nebenform neben die alte gestellt, daß außerhalb des Kreises der Sprachgeschichtskundigen das Gefühl für die Gleichbedeutung der neueren Bildung mit der ursprünglichen Form verlorengegangen ist (Kurt und Konrad), dann ist ein solcher Austausch nicht zulässig. Das gilt auch für solche Namen, die (wie etwa Lina) eine Kurzform für eine Mehrheit von Vornamen darstellen. Modebildungen, wie Ena, Ina, deren Stammform nicht klar liegt, sind ausgeschlossen. Vgl. auch oben § 12 BGB. II, 1.

4. Vgl. § 17 Ziff. II.

II. Zusätze; zur Herbeiführung einer Täuschung geeignete Firma. 1. KG. 13. 1. 16, FrankfRundsch. 49, 260. In der Feststellung des Landgerichts, daß der Firmenzusatz „Kaffee Hindenburg" im vorliegenden Falle zur Herbeiführung einer Täuschung über die Art des Geschäfts geeignet sei, ist ein Rechtsirrtum nicht enthalten. Allerdings ist für die Beurteilung eines Lokals durch das Publikum in erster Linie nicht die Bezeichnung, sondern die örtliche Lage, die Art des Betriebs, die Ausstattung und der allgemeine Ruf maßgebend. Allein die Bezeichnung „Hindenburg" erweckt den Glauben, daß das Lokal in jeder Beziehung einwandfrei sei und nur durchaus anständigem Publikum offensteht. Das steht in Widerspruch mit der Auskunft der Polizei, daß das Lokal vorwiegend von Dirnen und Zuhältern besucht wird.

2. Bezeichnung eines Handelsgeschäfts als Zentrale. a) KG. (I. Sen. 9. 5. 13), DNotV. 16, 565. Zentrale bedeutet einen Verkehrsmittelpunkt. Die Zentrale kann von einer Mehrzahl von Produzenten oder Händlern als gemeinschaftlicher Verkaufsmittelpunkt errichtet sein; sie kann aber auch dadurch entstehen, daß ein einzelner oder eine Handelsgesellschaft eine Mehrzahl eigener Betriebsstätten zu einem einheitlichen Geschäfte vereinigt oder daß jemand in dauernde Beziehung zu einer größeren Zahl von Produzenten oder Händlern tritt, deren Ware aufkauft oder sich fest anstellen läßt. Nur wenn diese Voraussetzungen gegeben, darf der Zusatz „Zentrale" gewählt werden.

b) A. M. KG. (VII. Sen. 11. 5. 15), DNotV. 16, 565, OLG. 32, 102. Der ursprüngliche Sinn des Wortes Zentrale, das auf die Entstehung eines geschäftlichen Unternehmens aus mehreren vorher selbständigen Betrieben und auf den Zusammenschluß mehrerer Geschäfte desselben Handelszweigs oder einer größeren Anzahl von Erzeugern zum gemeinschaftlichen Betrieb einer Verkaufsstelle unter Ausschluß von Zwischenhändlern hindeutete, hat sich im Laufe der Zeit abgeschwächt. Das Publikum verbindet mit dem Worte nur die Vorstellung eines größeren, seine Tätigkeit auf einen weiteren Kreis erstreckenden Unternehmens.

c) DNotV. 16, 566 spricht sich gegen das Urteil unter b aus.

d) Vgl. JDR. 14 § 18 Ziff. 2 a.

§ 19.

Firma der offenen Handelsgesellschaft. 1. Colmar 13. 10. 15, LeipzZ. 15, 1535, R. 16 Nr. 68, RJA. 14, 295. Andeutung eines Gesellschaftsverhältnisses durch den Firmenzusatz „Cie." oder „Co." ist kein verbotener Gebrauch der französischen Sprache.

2. Colmar 13. 10. 15, BayerZ. 23, 163, DNotV. 16, 571, RJA. 14, 295. Der Firmenzusatz „u. G." ist als ein das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutender Zusatz zu erachten. Vgl. Colmar 13. 10. 15, DJZ. 15, 1242, ElsLothZ. 15, 396, LeipzZ. 15, 1335, SeuffA. 71, 240. Vgl. auch JDR. 14 § 19 Ziff. 3.

§ 20.

Firma der Aktiengesellschaft. 1. Verwendung der Firma der aufgenommenen Gesellschaft bei Fusion vgl. § 306 und JDR. 14 § 182.

2. Vgl. § 22 Ziff. 5.

3. Vorkommen des Namens eines ausscheidenden Aktionärs in der Firma vgl. § 24.

§ 22.

Übergang des Firmenrechts. 1. Genehmigung zur Fortführung der Firma im Falle einer Fusion s. § 304 Ziff. 2.

2. Über die Zulässigkeit einer als abgeleitet eingetragenen Firma, BayObLG. 11. 2. 16, ZBlFG. 17, 50, s. § 17 III 2.

3. BayObLG. 11. 2. 16, DNotV. 16, 568, R. 16 Nr. 990, ZBlFG. 17, 50. Die Firma muß, abgesehen vom Nachfolgezusatz, ohne wesentliche Änderung weitergeführt werden. Abweichungen bezüglich der Geschäftsbezeichnung können wesentlich sein (Bezeichnung als Sortimentsbuchhandlung). Vgl. JDR. 14 § 22 Ziff. 1.

4. KG. 22. 1. 15, DNotV. 16, 569, KGJ. 48, 119, R. 15 Nr. 2337, RJA. 14, 172, ZBlFG. 16, 464. Die Wiederaufnahme einer mit einem Geschäft erworbenen Firma, nachdem sie im Handelsregister gelöscht und auf Antrag des Erwerbers bereits ein neuer Handelsname für das Geschäft eingetragen ist, ist unzulässig. Der § 22 gestattet nur die Fortführung der erworbenen Firma, nicht aber deren Wiederaufnahme, nachdem sie durch die Nichtübernahme und Beseitigung im Register sowie Annahme einer neuen Firma endgültig erloschen ist. Vgl. auch § 37 (**RG.** 5. 5. 16, JW. 16, 961).

5. **RG.** 29. 9. 16, LeipzZ. 16, 1430, R. 16 Nr. 1956. Bei der Übertragung eines Geschäfts auf eine Aktiengesellschaft kann dieser das Recht eingeräumt werden, die bisherige Firmenbezeichnung als Etablissementsnamen zur Bezeichnung der betreffenden Abteilung ihres Betriebs zu führen.

6. Übergang der Firma eines Minderkaufmanns samt dem Grundstück, auf dem das Geschäft betrieben wird; Wegverlegung des Geschäfts nach einem anderen Grundstücke. Vgl. § 4.

7. Dresden 14. 9. 16, JW. 16, 1550. Das Gesetz ist auf den regelmäßigen Fall abgestellt, wo nur ein Geschäft übernommen und fortbetrieben wird. Bilden zwei mit den Firmen erworbene Geschäfte den Gegenstand des Fortbetriebs, dann entspricht es dem Sinne des Gesetzes, die Beibehaltung der Firmen beider Geschäfte unter deren Vereinigung zu einer einheitlichen Firma zuzulassen.

8. **RG.** 5. 5. 16. Erwerb eines Handelsgeschäfts mit Firma seitens einer off. HG.; Einfluß der Annahme einer eigenen Firma seitens der Gesellschaft. Vgl. § 37 Ziff. 1.

§ 24.

Vorkommen des Namens eines ausscheidenden Aktionärs oder Gesellschafters in der Firma einer AG. oder GmbH. BauersZ. 23, 76. § 24 Abs. 2 bezieht sich offenbar nur auf die Fälle, in denen die Gesellschafter als Firmeninhaber in Betracht kommen, also auf offHG. und Kommanditgesellschaft. Sowohl die AG. wie die GmbH. sind juristische Personen, und deshalb ruht die Inhaberschaft in Anbetracht der Firma nicht mehr bei den Gesellschaftern, sondern bei der AG. oder GmbH. Über das Firmenrecht verfügt also lediglich die Gesellschaft unter Ausschluß des Gesellschafters, dessen Name in der Firma vorkommt. Der einzelne Gesellschafter hat sich in Anbetracht seines Namens aller Rechte durch das Zugeständnis begeben, daß die juristische Person seinen Namen in ihrer Firma führt. Diese einmal erteilte Erlaubnis wirkt für alle Zeit und alle Veränderungen, auch für die Rechtsnachfolger der Gesellschaft, selbst wenn der Gesellschafter der Gesellschaft nicht mehr angehört.

§ 25.

Haftung des Geschäftserwerbers. I. Rechtliche Natur der Geschäftsübernahme; Verhältnis zu § 419 BGB. Buch, Schuld und Haftung 46. Es handelt sich hier um Erwerb eines Sondervermögens mit der Wirkung der Schuldnachfolge, nicht bloß der Haftungsnachfolge ohne Rücksicht darauf, ob eine Schuldübernahme von den Parteien gewollt ist. § 25 HGB. schließt die Anwendbarkeit des § 419 BGB. übrigens nicht

aus. Veräußert jemand also sein ganzes Vermögen, zu dem auch ein Handelsgeschäft gehört, und führt der Erwerber das Geschäft unter der bisherigen Firma fort, so haftet er für die Geschäftsschulden des Veräußerers unbeschränkt, für die anderen Schulden nur beschränkt. Und wenn man annimmt, daß § 419 BGB. auch bei Veräußerung eines Sondervermögens anzuwenden ist, so ist § 25 und § 28 gegenüber § 419 nur eine Zusatzvorschrift, die zur Folge hat, daß der Erwerber des Geschäfts bei Fortführung der Firma oder auch im Falle des § 25 Abs. 3 nicht nur mit dem erworbenen Vermögen, sondern unbeschränkt haftet, während er bei Änderung der Firma oder im Falle des § 25 Abs. 2 immer noch gemäß § 419 mit dem übernommenen Geschäftsvermögen einzustehen hat.

II. Begriff der Fortführung der Firma. 1. Einbringung eines Geschäfts mit Firma als Sacheinlage in eine GmbH.; belanglose Änderung der Firma durch Setzen der Sach- und Ortsbezeichnung an den Anfang statt wie bisher an das Ende. **RG.** 27. 4. 15, DNotV. 16, 577, HoldheimsMSchr. 15, 123. Vgl. unten GmbHG. § 3 I 2.

2. Köln 4. 11. 15, LeipzZ. 16, 487, ZBlFG. 17, 49. Mietvertrag als Übernahme; Fortführung der Firma: Der „Erwerb" im Sinne des § 25 ist rein wirtschaftlich aufzufassen und umfaßt deshalb auch die Übernahme durch Miete oder Pacht. Auch bloßer fiduziarischer Erwerb fällt unter § 25. „Fortführung einer Firma" bedeutet die dem Publikum gegenüber zu erkennen gegebene Willensmeinung, daß die alte Firma auch jetzt noch die Firma des auf den neuen Inhaber übergegangenen Geschäfts sein soll. Der Ausdruck eines solchen Willens mag allerdings zweifelhaft sein, wenn der Erwerber eines Geschäfts dieses seinem bisherigen Geschäft unter einer beide Firmen nebeneinander anführenden Firma angliedert (**RG.** 50, 120). Wo dagegen bei einem solchen Hinzuerwerbe die Firma des erworbenen Geschäfts mit der Einleitung „vorm." der bisherigen eigenen Firma hinzugefügt wird, kommt der Wille der Fortführung der hinzuerworbenen Firma in diesem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatze besonders deutlich zum Ausdruck, und es kann hier nicht zweifelhaft sein, daß die hinzuerworbene Firma im Sinne des § 25 fortgeführt wird.

3. Fortführung des Geschäfts. Dresden 11. 5. 15, SächsRpflA. 16, 142. Von einer Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma, wie sie nach § 25 Voraussetzung für die Haftpflicht des Erwerbers ist, kann erst dann gesprochen werden, wenn der Inhaberwechsel als solcher nach außen kundgegeben wurde. Die Tatsache der Geschäftsübertragung allein ist für die Begründung der Haftpflicht nicht ausreichend. Verblieb es lediglich bei dem internen Abkommen des Veräußerers und Erwerbers, das nirgends in die äußere Erscheinung trat, so würde es an dem Merkmale der Fortführung des Geschäfts fehlen.

III. Haftung und Haftungsausschluß. 1. Haftung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung für die Schulden eines mit Außenständen und Firma eingebrachten Geschäfts. **RG.** 14. 1. 16, LeipzZ. 16, 742. Vgl. GmbHG. § 5.

2. **RG.** 19. 2. 16, R. 16 Nr. 1600. Auch bei Fortführung der Firma geht eine Kredithöchsthypothek nicht auf den Geschäftsnachfolger über, mag er auch das Kreditverhältnis weiterführen.

3. **RG.** 18. 1. 16, R. 16 Nr. 1599, WarnE. 16, 128. Eintragung und Bekanntgabe des Ausschlusses der Haftung für die Verbindlichkeiten müssen dem Beginne der Fortsetzung des Geschäfts unverzüglich nachfolgen.

IV. Verhältnis des § 5 zu § 25. Lehmann, BayRpflZ. 16, 319. Die Vorschrift des § 25 findet auf Minderkaufleute keine Anwendung, weil § 25 in dem „Handelsfirma" betitelten Abschnitt III des ersten Buches steht. Gemäß § 5 HGB. gilt jedoch ein Minderkaufmann, dessen Firma ins Handelsregister eingetragen ist, trotz dieser zu Unrecht erfolgten Eintragung als Vollkaufmann. Diese gesetzliche Fiktion hat zur Folge, daß der Erwerber des Handelsgeschäfts eines Minderkaufmanns Dritten gegenüber, die sich auf § 25 HGB. berufen, nicht die Unanwendbarkeit des § 25 geltend machen kann, sofern der Veräußerer im Zeitpunkte der Übertragung des Geschäfts bereits im Handelsregister eingetragen war und der Erwerber diese zu Unrecht bestehende Firma fortführt. Dagegen kann die Ansicht Staubs, § 25 Anm. 7, § 25 in Verbindung mit § 5 müsse auch dann angewendet werden,

wenn das Handelsgeschäft des Minderkaufmanns erst veräußert wird und dann die Eintragung erfolgt, nicht für richtig erachtet werden.

§ 27.

Haftung des Erben für die Geschäftsverbindlichkeiten. I. Schrifttum. 1. Kretzschmar, Die Gestaltung der Haftung der Erben, wenn der Erblasser Einzelkaufmann war oder einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft als Teilhaber angehört, ZBlFG. 17, 1. a) Solange der Erbe die Erbschaft nicht angenommen hat, kann gegen ihn ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nicht geltend gemacht werden (§ 1958 BGB.). Das gilt auch für die Verbindlichkeiten, die aus dem Betrieb eines Handelsgeschäfts herrühren. Die Geschäftsgläubiger müssen daher, wie die sonstigen Nachlaßgläubiger, die Bestellung eines Nachlaßpflegers erwirken, wenn sie ihre Forderungen vor Annahme der Erbschaft geltend machen wollen. Die Fortführung des vom Erblasser betriebenen oder mitbetriebenen Geschäfts schließt, da sie eine bloße Aufrechthaltung des bisherigen Zustandes ist, die Annahme der Erbschaft auch dann nicht in sich, wenn der Erblasser Einzelkaufmann war. Wohl aber liegt Annahme der Erbschaft vor, wenn der Erbe sich als Inhaber der vom Erblasser geführten Firma oder an Stelle des Erblassers als Teilhaber der Handelsgesellschaft im Handelsregister eintragen läßt, oder wenn der Erbe das vom Erblasser als Einzelkaufmann betriebene Geschäft unter anderer Firma fortführt und die Firma des Erblassers löschen läßt oder die Übernahme der Geschäftsverbindlichkeiten in handelsüblicher Weise bekanntmacht. Eine Beschränkung der Haftung des Erben besteht übrigens nur hinsichtlich der Nachlaßverbindlichkeiten, also nicht für Verbindlichkeiten, die der Erbe seinerseits im Betriebe des Handelsgeschäfts eingeht; für diese haftet sowohl der endgültige wie der vorläufige Erbe persönlich: dafür steht dem letzteren, wenn er die Erbschaft ausschlägt, ein Erstattungsanspruch an den endgültigen Erben zu, und zwar im Nachlaßkonkurs als Masseschuld. Will der vorläufige Erbe seine persönliche Haftung ausschließen und nur für den Nachlaß abschließen, muß er das ausdrücklich erklären. b) War der Erblasser Einzelkaufmann und führt der Erbe das Geschäft unter einer neuen Firma fort, findet § 25 Abs. 3 Anwendung; das gilt auch bei Vorhandensein mehrerer Erben; übernehmen diese die Verbindlichkeiten, so haften sie als Gesamtschuldner. c) War der Erblasser Einzelkaufmann und führt der Erbe das Geschäft unter der bisherigen Firma fort, findet § 25 Abs. 1 und § 27 Abs. 2 Anwendung; der Erbe haftet von dem im § 27 Abs. 2 bestimmten Zeitpunkt an für die vom Erblasser herrührenden Geschäftsverbindlichkeiten ohne Rücksicht darauf, ob er nach BGB. unbeschränkt oder beschränkbar haftet, persönlich mit seinem ganzen Vermögen. Solange die Überlegungsfrist noch läuft, finden auf die Haftung des Erben für die vom Erblasser herrührenden Geschäftsschulden die Vorschriften des BGB. über seine Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten Anwendung. Vor Annahme der Erbschaft kann also eine solche Schuld gegen den Erben überhaupt nicht geltend gemacht werden. Nach der Annahme kann der Erbe, solange er nicht des Rechtes verlustig gegangen ist, seine Haftung durch Vorbehalt im Urteile nach § 780 ZPO. auf den Nachlaß beschränken. Mehrere Erben haften als Gesamtschuldner; jedoch können sie, solange sie noch beschränkbar haften und der Nachlaß nicht geteilt ist, ihre Haftung ohne weiteres auf ihren Anteil beschränken. Die Durchführung der Haftungsbeschränkung des Miterben vollzieht sich in der gleichen Weise wie beim Einzelerben. Mit dem vom Gläubiger zu beweisenden Ablaufe der Überlegungsfrist haftet der Erbe, der nicht inzwischen den Geschäftsbetrieb eingestellt hat, auch für die vom Erblasser herrührenden Geschäftsschulden unbeschränkt, so daß in dem Urteile kein Vorbehalt auszusprechen und ein früher ausgesprochener Vorbehalt keine Einwendung des Erben mehr begründet. Mehrere Erben haften nach Ablauf der Frist in vollem Umfang als Gesamtschuldner mit ihrem gesamten Vermögen; eine Berufung auf § 2059 Abs. 1 ist ausgeschlossen. Die Frage nach Einhaltung der Überlegungsfrist ist für jeden einzelnen Miterben besonders zu beantworten. Eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebs über die Frist hinaus darf nur mit Zustimmung aller Miterben erfolgen; widerspricht auch nur ein einziger, ist der Betrieb einzustellen. Die unbeschränkte Haftung des Erben tritt nicht ein, wenn die Verwaltung

des Nachlasses in den Händen eines Nachlaßvertreters (Nachlaßpfleger, -verwalter, Testamentsvollstrecker) ruht, wohl aber, wenn der Erbe das Geschäft mit Firma veräußert oder verpachtet. Eine unmittelbare Anwendung des § 25 Abs. 2 (Beschränkung der Haftung) auf den Erben ist nicht möglich; eine entsprechende Anwendung, etwa in der Weise, daß der Erbe seine unbeschränkte Haftung ausschließen könnte, mit Rücksicht auf § 27 Abs. 2 nicht veranlaßt. d) Gehört der Erblasser einer offenen Handelsgesellschaft an, so stehen dem Erben die Rechte nach § 139 Abs. 1 HGB. zu. Wie das dem Erben eines Gesellschafters nach § 139 eingeräumte Recht beim Vorhandensein von Miterben einem jeden unabhängig von der Stellungnahme der übrigen Miterben zusteht, so bestimmt sich auch der Ablauf der dreimonatigen Frist für jeden Miterben besonders. Verlangt der Erbe die Einräumung der Stellung eines Kommanditisten, so genügt nicht, daß das Verlangen innerhalb der Frist gestellt ist; es muß auch noch innerhalb der Frist dem Erben die Stellung eingeräumt oder von ihm das Ausscheiden erklärt worden sein. Daß die Rechtsveränderungen auch innerhalb der Frist in das Handelsregister eingetragen werden, ist nicht notwendig; jedoch ist der Erbe dann für die Einhaltung der Frist beweispflichtig. § 176 Abs. 2 HGB. ist entsprechend anzuwenden. Wenn während der Frist des § 139 Abs. 3 weder dem Erben die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt noch die Gesellschaft aufgelöst oder vom Erben der Austritt erklärt worden ist, besteht die Gesellschaft mit dem Erben als offenem Gesellschafter in der Weise fort, daß der Eintritt des Erben als sofort mit dem Erbfall erfolgt gilt und der Erbe nach § 130 gleich den anderen Gesellschaftern auch für die vor dem Erbfall und während der Überlegungsfrist begründeten Schulden gesamtschuldnerisch mit seinem ganzen Vermögen haftet. Das gleiche gilt von dem früheren Zeitpunkt an, zu dem der Erbe noch während der Überlegungsfrist als persönlich haftender Gesellschafter eingetragen ist. Im Falle des § 139 Abs. 4 haftet der Erbe für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nicht bloß wie ein Kommanditist, nämlich nach Höhe der Einlage des Erblassers, sondern in vollem Umfange, jedoch nur wie für Nachlaßverbindlichkeiten, so daß er seine Haftung dafür auf den Nachlaß beschränken kann. Für die nach seinem fristgemäßen Austritte begründeten Geschäftsschulden haftet der Erbe überhaupt nicht; für die nach seinem Eintritt als Kommanditist entstandenen haftet er persönlich in dem Umfange des § 172 HGB. Für Geschäftsschulden, die im Falle einer noch während der Überlegungsfrist erfolgten Auflösung der Gesellschaft vom Liquidator eingegangen werden, haftet er nach erbrechtlichen Grundsätzen. Bei einer Mehrheit von Erben gestaltet sich das Rechtsverhältnis für jeden einzelnen nach seinem Verhalten; der eine kann persönlich haftender Gesellschafter, der andere Kommanditist werden. Auch kann die Gesellschaft dem einen Erben die Stellung eines Kommanditisten einräumen, dem anderen versagen. e) Gehörte der Erblasser einer Kommanditgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter an, dann findet § 139 entsprechende Anwendung, vorausgesetzt, daß der Erblasser nicht der einzige persönlich haftende Gesellschafter war. Ist das der Fall, so kann die Gesellschaft nur auf Grund einer Vereinbarung der Erben mit den Kommanditisten, nach der eine von diesen Personen persönlich haftender Gesellschafter wird, fortgesetzt werden; das ist aber eine neue Gesellschaft. War der Erblasser Kommanditist, so wird, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt, die Gesellschaft nicht aufgelöst (§ 177), sondern der oder die Erben treten an die Stelle des Erblassers als Kommanditisten, und zwar bei mehreren Erben diese als Einzelpersonen, nicht die Gesamtheit der Erben als solche (unrichtig KG., RJA. 12, 229). Die Erben müssen also die Kommanditeinlage unter sich verteilen. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, auch für die bis zum Erbfalle begründeten, haften sie bis zur Höhe dieser Einlage unmittelbar als Gesamtschuldner mit ihrem ganzen Vermögen. Durch die Eintragung der Verteilung der Einlage des Erblassers im Handelsregister tritt eine Haftungsbeschränkung ein, so daß jeder nur bis zu dem ihm zugeteilten Betrage der Einlage haftet. Die bis zum Erbfalle begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft verlieren ihre Eigenschaft als Nachlaßverbindlichkeiten nicht dadurch, daß der Erbe wegen seines kraft Gesetzes erfolgenden Eintritts in die Gesellschaft dafür nach § 173 HGB. auch persönlich haftet; das ist von Bedeutung im

Falle eines Nachlaßkonkurses. 1) Die Eintragungen in das Handelsregister. α. War der Erblasser Einzelkaufmann, ist der Erbe vor Ablauf der Frist des § 27 Abs. 2 zu einer Anmeldung nicht verpflichtet; berechtigt dazu ist er sofort nach dem Erbfalle. Mehrere Erben müssen den Antrag gemeinsam stellen. Die Ansicht des KG., daß es zulässig sei, die Erbengemeinschaft als solche, solange sie besteht, unter namentlicher Bezeichnung der Miterben einzutragen, erscheint nicht richtig; denn Einzelkaufmann kann nur eine einzelne — sei es natürliche, sei es juristische — Person sein. War also der Erblasser ein Einzelkaufmann, müssen die Erben eine Gesellschaft eingehen, für die die Firma fortgeführt wird; setzen die Erben das vom Erblasser betriebene Geschäft unter der bisherigen Firma ohne Begründung einer Gesellschaft fort, so wird ihnen das nicht verboten werden können, solange die Frist des § 27 Abs. 2 läuft; nach deren Ablauf ist das Recht zur Firmenfortführung vom Zusammenschlusse zu einer Gesellschaft abhängig. Die Person eines den Erben nach BGB. bestellten Vertreters kann nicht eingetragen werden. Ebenso kann die durch Vollmachtserteilung begründete Befugnis einzelner Erben zur Vertretung der Firma nicht eingetragen werden. Das gilt auch bezüglich des Testamentsvollstreckers. Wird das Geschäft mit dem Rechte zur Fortführung der Firma einem einzelnen Miterben überlassen, so ist auch hier die Eintragung durch sämtliche Miterben anzumelden. Anders, wenn einem Miterben von den übrigen ihre Anteile am Nachlaß übertragen sind oder wenn ein Dritter sämtliche Nachlaßanteile erworben hat. β. Gehörte der Erblasser einer offHG. an, so beginnt die Anmeldepflicht ebenfalls erst nach Ablauf der Frist des § 139 Abs. 2. Bei Anmeldung des Eintritts des Erben als Kommanditist ist nach § 162 der Betrag der Einlage anzumelden. Die Anmeldungen sind von sämtlichen Beteiligten, also auch von dem oder den Erben zu bewirken, und zwar auch, wenn es sich um Auflösung der Gesellschaft oder Ausscheiden des Erblassers handelt, doch findet § 143 Abs. 3 Anwendung. Beim Vorhandensein mehrerer Erben kann sich die fortdauernde Gesellschaft so gestalten, daß nur einige der Erben ihr angehören. Wie es sich verhält, hat die von allen Beteiligten ausgehende Anmeldung zu enthalten; eine Nachprüfung durch das Registergericht findet nicht statt. Die Erbengemeinschaft als solche kann nicht eingetragen werden. Das Gericht kann nicht den Nachweis verlangen, daß das Ausscheiden eines Erben oder sein Eintritt als Kommanditist fristgemäß erfolgt ist. γ. Gehört der Erblasser einer Kommanditgesellschaft an, so gilt, falls er persönlich haftender Gesellschafter war, das gleiche wie zu β; war er Kommanditist, so ist außer seinem Ausscheiden der Eintritt des oder der Erben mit der Einlage des Erblassers bzw. des Teiles der Einlage anzumelden.

2. *Riesenfeld, Die Erbenhaftung nach dem BGB. I, 115. Die Ansicht Staubs (§ 27 Anm. 11), wonach in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 statt der Vereinbarung eine einseitige Erklärung des Erben, für die vererbten Geschäftsschulden trotz unveränderter Fortführung des Geschäfts nur beschränkt haften zu wollen, ausreiche, weil dies die Rechtslage an und für sich bedinge, die Beschränkung nicht etwa erst eine Folge der Erklärung sei, kann nicht für zutreffend erachtet werden. Sie geht von dem Mißverständnis aus, daß der Erbe nur beschränkt hafte (vgl. Anm. 6). Wenn also, so folgert Staub, der Erbe erklärt, daß er auch für die Geschäftsschulden nur beschränkt haften wolle, so erklärt er ja nur, daß er sich auch insoweit der bestehenden Rechtslage anpasse. Hier ist aber, selbst wenn man sich der Ansicht, daß ein Erbe grundsätzlich beschränkt hafte, anschließen wollte, übersehen, daß selbst nach den Vorschriften des BGB. die Beschränkung nur durch ein erst anzuwendendes Mittel erworben wird (§ 1975 BGB., § 781 ZPO.). Diese Mittel sind im BGB. festgelegt, das HGB. hat keinesfalls ein besonderes weiteres Mittel der Beschränkung schaffen wollen. Der einseitigen Erklärung des Erben, wonach er nur beschränkt haften wolle, kann danach keinerlei Bedeutung zukommen.

II. Rechtsprechung. **RG.** 4. 5. 16; 88, 219, LeipzZ. 16, 1099. Dem Vollstreckungsverfahren kann die Prüfung, ob der Verurteilte nur beschränkt hafte, nur dann überlassen werden, wenn er als Erbe des Schuldners verurteilt ist. Behauptet dagegen der Kläger, daß der Tatbestand des § 27 HGB. vorliege, und stützt er sein Begehren auf die kraft Gesetzes eingetretene Schuldübernahme, dann ist

§ 780 ZPO. nicht anwendbar. Das Gericht muß dann die Behauptung des Klägers in dem Rechtsstreit erledigen.

§ 30.

Firmenverschiedenheit. LG. Metz 21. 3. 16, ElsLothNotZ. 16, 184, ZBlFG. 17, 50. Durch das Ausschreiben des Vornamens und das Fehlen der Gesellschaftsbezeichnung unterscheidet sich die Firma eines Einzelkaufmanns deutlich von der in das Handelsregister eingetragenen, im übrigen gleichlautenden Firma einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

§ 31.

I. Firmenänderung. 1. BayObLG. 11. 2. 16, R. 16 Nr. 1001, ZBlFG. 17, 49. War der früher zurückgewiesene Antrag auf Eintragung einer geänderten Firma unter älterem Rechte gestellt und behauptet der Antragsteller jetzt, daß sich inzwischen die tatsächlichen Verhältnisse in einer die Abänderung der Firma rechtfertigenden Weise geändert haben, so kann nunmehr die früher bereits entschiedene Frage abermals zur richterlichen Entscheidung gebracht werden, ohne daß dem die mögliche Rechtskraft der früheren Entscheidung entgegenstände.

2. Änderung bei Weiterführung einer Firma s. § 22 Ziff. 3.

II. Abs. 2. Firmenlöschung. Voraussetzung für Löschung der Firma einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Dresden 10. 10. 14, DNotV. 16, 585, OLG. 33, 7, SächsOLG. 37, 43. § 31 Abs. 2 Satz 2, wonach zur Löschung einer Firma unter Umständen von Amts wegen zu schreiten ist, findet auch auf die Firmen der Handelsgesellschaften Anwendung. Voraussetzung für die Einleitung des Verfahrens ist aber, daß dem Registergerichte das Erlöschen der Firma glaubhaft bekannt geworden ist. Die endgültige Einstellung des Geschäftsbetriebs für sich allein bringt nur beim Einzelkaufmanne das Erlöschen der Firma mit sich. Bei einer Handelsgesellschaft erlischt die Firma erst mit der völligen Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses. Dazu gehört in erster Reihe die Auflösung der Gesellschaft und sodann weiter die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern, die in der Regel im Wege der Liquidation erfolgt. Bei der — nicht durch Konkurs aufgelösten — Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist (im Gegensatz zur off. HG. und Kommanditgesellschaft, § 145 Abs. 1, § 161) das Unterbleiben der Liquidation ausgeschlossen. Nach ordnungsmäßiger Durchführung der Liquidation wird das Erlöschen der Firma von den Liquidatoren zur Eintragung anzumelden sein; die Voraussetzungen für eine Löschung von Amts wegen sind nicht gegeben.

§ 36.

Gewerbliches Unternehmen eines Kommunalverbandes. *Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZBlFG. 16, 600. Bilden mehrere Kommunalverbände als gemeinsame Gemeindesparkasse der Gemeinden eines Kreises einen Sparkassenverein, dem die Rechtsfähigkeit nicht verliehen ist, so finden gemäß § 54 BGB. die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Diese bedarf nach § 36 HGB. nicht der Eintragung in das Handelsregister. Vgl. oben Ziff. 2 zu § 709 BGB. und unten Ziff. 3 zu § 105, Ziff. 1 zu § 124, Ziff. 1 zu § 146 HGB.

§ 37.

Firmenmißbrauch. 1. **RG.** 5. 5. 16, DNotV. 16, 571, HoldheimsMSchr. 16, 170 (mit Tagesangabe 2. 5. 16), JW. 16, 961, R. 16 Nr. 1962. Eine offene Handelsgesellschaft, die ein Handelsgeschäft mit Firma erworben, demnächst aber eine eigene Firma angenommen hat, begibt sich damit des Rechtes zur Fortführung der erworbenen Firma. Wenn deshalb der Verkäufer des Handelsgeschäfts die übertragene Firma wieder für ein neues von ihm begründetes Geschäft benutzt, steht der Handelsgesellschaft ein Verbietungsrecht weder aus § 37 Abs. 2 HGB. noch aus § 16 UnlWG. oder aus § 14 WarenZG. zu. Der Firmengebrauch des Verkäufers stellt, sofern beide Firmen völlig voneinander abweichen und eine Irreleitung des Publikums deshalb nicht zu besorgen ist, auch kein sittenwidriges, unter § 1 WarenZG. oder § 826 BGB. fallendes Verhalten dar. Ein solches Verhalten läßt sich nicht einmal

darin erkennen, daß der Beklagte (Verkäufer) sich der Firma gerade beim Betrieb eines Konkurrenzgeschäfts bedient. Daß die Handelsgesellschaft der von ihr gewählten Firma häufig die übertragene Firma mit dem Beisatze „vormals“ beifügt, ist unerheblich. Vgl. DNotV. 16, 569 c.

2. BauersZ. 23, 200. Der Gebrauch einer abgekürzten Firma (die AG., deren Firma eigentlich lautete: AG. vormals Gladenbeck u. Sohn, Bildgießerei, firmierte: „AG. Gladenbeck“) gibt, wenn die AG. das Recht hat, den Namen Gladenbeck in ihrer Firma zu führen, einem Dritten, der den gleichen Namen hat, nicht das Recht zur Klage auf Unterlassung (§ 37 Abs. 2). Als verletztes Recht könnte nur das Namensrecht nach § 12 BGB. in Betracht kommen. Allein die Beklagte gebraucht den Namen des Klägers als solchen überhaupt nicht, sondern nur einen Bestandteil. Der Schutz des § 12 erstreckt sich allerdings auf die Bestandteile eines vollständigen Namens, also auch auf das Wort „Gladenbeck“ in der abgekürzten Form. Aber gerade das Wort gebraucht die AG. nicht unbefugt; denn es haben ihr seinerzeit die damaligen Inhaber gestattet, die alte Firma mit dem Zusatz „vormals“ zu führen. Daß die AG. den Namen in einer abweichenden Zusammensetzung anwendet, läßt sich durch § 12 nicht verhindern.

3. KG. 11. 5. 15, OLG. 32, 102. Nach § 37 Abs. 2 kann nur vorgehen, wer in seinem Rechte verletzt wird. Es wird nicht jedem das Klagerecht gewährt, sondern nur bestimmten Personen. Die Verletzung der Rechte eines anderen kann darin bestehen, daß jemand in das Firmen-, das Namens- oder ein sonstiges Recht eingreift. § 37 spricht aber nicht von „berechtigten Interessen“. Die Ausnutzung wirtschaftlicher Güter ist kein Recht, ihre Störung keine Verletzung eines Rechtes. Deshalb kann die Klage nicht darauf gestützt werden, daß Kläger durch die Firma des Beklagten („Zentrale für . . .“) in seinen wirtschaftlichen Interessen geschädigt werde.

4. **RG.** 29. 9. 16, LeipzZ. 16, 1429, R. 16 Nr. 1961. Die Klage ist von der off. HG. „August Maier u. Söhne“ und außerdem von ihren drei Teilhabern erhoben. Die Gesellschaft hat kein Namensrecht, sondern nur ein Firmenrecht. Die Bezeichnung, innerhalb der die Beklagte den Namen Maier verwendet — A. Maier jr. früher F. Müller —, unterscheidet sich aber genügend von der der Klägerin zustehenden Firma, weshalb sie und ihre Teilhaber in ihrem Firmenrechte von der Beklagten nicht verletzt werden. Die Klage der off. HG. ist also mit Recht abgewiesen, und auch ihre Teilhaber, die Mitkläger, können ihren Anspruch nicht auf ihr Firmenrecht, sondern nur auf Verletzung des ihnen nach § 12 BGB. zustehenden Rechtes auf ihren bürgerlichen Namen gründen. Unstreitig gebraucht die Beklagte den Familiennamen der Mitkläger; die Mitkläger dürfen also Unterlassung des Gebrauchs verlangen, wenn er ein unbefugter ist. Wird der Name firmenmäßig, d. h. als Bestandteil einer Firma gebraucht, steht ihnen die Klage aus § 37 HGB. zu. Vgl. Ziff. 5.

5. **RG.** 29. 9. 16; 88, 421, JW. 16, 1477, LeipzZ. 16, 1430. Wenn das OLG. ausspricht, daß die beklagte AG. die Worte „Abteilung A. Maier jr., früher F. Müller“ zur Bezeichnung eines tatsächlich gesonderten, rechtlich aber unselbständigen Teiles ihres Gewerbebetriebs verwendet, so ist damit zugleich festgestellt, daß sie diese Worte als sog. Etablissementnamen gebraucht. Auch dieser Gebrauch des Familiennamens der Kläger ist unbefugt und nach § 12 BGB. zu verbieten, wenn die Beklagte nicht ein besonderes Recht auf den Gebrauch des Namens Maier erworben hat. Das OLG. stellt fest, daß die früheren Geschäftsinhaber bei der Veräußerung des Geschäfts der Beklagten das Recht übertragen haben, die Bezeichnung A. Maier jr., früher F. Müller nicht nur als Firma, sondern auch als Etablissementnamen zu führen. Daß die früheren Geschäftsinhaber selbst diesen Etablissementnamen nicht führten, ist belanglos. Denn unzweifelhaft durften die früheren Geschäftsinhaber jederzeit einen Etablissementnamen für ihren Betrieb schaffen und dabei ihren Firmennamen verwenden; sie durften dies bis zum Zeitpunkte der Geschäftsübertragung und konnten deshalb auch beim Verkaufe des Geschäfts mit der Firma der Beklagten das Recht zur Führung dieses Etablissementnamens einräumen. Vgl. Ziff. 4.

6. Firmenmißbrauch eines Angestellten unter Verstoß gegen ein Wettbewerbsverbot. **RG.** 5. 5. 16, R. 16 Nr. 1959, 1960. Vgl. § 75.

7. Untersagung des Weitergebrauchs der Firma bei Wegverlegung des Geschäfts von dem mitverkauften Grundstücke. Vgl. § 4.

8. Gegen einen Vertrag verstoßende Firmenführung. Vgl. § 17 III 1.

9. Vorkommen des Namens eines ausscheidenden Aktionärs in der Firma der AG. Vgl. § 24.

Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

§ 45.

Handelsbücher. Vorlage. **RG.** 18. 5. 15, LeipzZ. 16, 148. Da der Kläger bestimmte Behauptungen, die durch die Geschäftsbücher des Beklagten bewiesen werden sollen, nicht aufgestellt hat, bei der Allgemeinheit des unter Beweis gestellten Vorbringens vielmehr anzunehmen ist, daß Kläger sich mit Hilfe der Bücher erst die Unterlagen dafür verschaffen wollte, konnte die Vorlegung weder nach § 45 HGB. noch nach § 442 ZPO., § 818 BGB. angeordnet werden.

Fünfter Abschnitt. Prokura und Handelsvollmacht.

§ 48.

1. KG. 14. 1. 16, DNotV. 16, 569, KGJ. 48, 127, R. 16 Nr. 1183, 1924, RJA. 15, 51, ZBlFG. 17, 50, 253. Führen die Erben ein zum Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft in ungeteilter Erbengemeinschaft weiter, so ist die Erteilung der Prokura an einen Miterben nicht zulässig; niemand kann Herr und Diener des Geschäfts in einer Person sein. Vgl. § 125 und § 52.

2. KG. 15. 1. 15, DNotV. 16, 569, KGJ. 48, 125, RJA. 14, 170. Wird der Prokurist eines Handelsgeschäfts durch Erbfolge dessen Inhaber, so erlischt die Prokura. Auch der Nachlaßverwalter kann in diesem Falle dem Alleinerben Prokura nicht erteilen.

§ 50.

Umfang und Beschränkung der Prokura. BayObLG. 14. 12. 14, BayObLG. 15, 709, ZBlFG. 17, 50. Wenn der Inhaber eines Geschäfts mit verschieden firmierenden Niederlassungen einen Prokuristen bestellt, so gilt die erteilte Prokura für alle Niederlassungen; die Verschiedenheit der Firma hat nicht schon an sich die Beschränkung der Prokura zur Folge. Die Eintragung der Beschränkung ist daher nicht bedeutungslos.

§ 52.

BayObLG. 17. 4. 16, R. 16 Nr. 1180. Führen die Erben eines Einzelkaufmanns das Handelsgeschäft nicht in Erbengemeinschaft oder fortgesetzter Gütergemeinschaft, sondern in neu begründeter offener Handelsgesellschaft weiter, so ist die bestandene Prokura erloschen und muß deshalb neu erteilt und zum Register angemeldet werden.

§ 54.

Handlungsvollmacht. 1. **RG.** 8. 12. 14; 86, 86, BauersZ. 23, 29. Die Befugnis der Schalterbeamten einer Aktienbank zum Vertragsabschlusse für diese s. JDR. 14 § 808.

2. **RG.** 7. 12. 15, R. 16 Nr. 293. Gegenüber der Zeichnung eines Sukzessivkaufvertrags durch einen bloßen Handlungsbevollmächtigten kann der Mangel der Abschlußvollmacht nicht mehr eingewendet werden, wenn mit der Entgegennahme der Lieferungen tatsächlich begonnen worden ist.

Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Schrifttum: Mantel, Die Notwendigkeit einer Kriegsverordnung über die Rechtsverhältnisse der zum Heeresdienst eingezogenen Handlungsgehilfen, GewuKfmG. 16, 266. — Mayer und Grünberg, Dienstvertrag der Handlungsgehilfen (3). Wien 1915 (betrifft österreichisches Recht). — Über das Kaufmannsgericht wird in den Erläuterungen zu § 14 ZPO. berichtet.

§ 59.

A. Begriff des Handlungsgehilfen. 1. Handlungsgehilfe oder Handlungsagent? Vgl. § 84.

2. KfmG. Saarbrücken, GewuKfmG. 16, 278. Wenn der Handlungsgehilfe bei Beendigung des Probedienstverhältnisses nicht entlassen wird und dann erkrankt, ehe ein endgültiger Vertrag geschlossen ist, liegt gleichwohl ein Anstellungsverhältnis vor.

B. Gehaltsansprüche. 1. Gratifikationen. a) BauersZ. 23, 140. Wenn der Prinzipal die Gratifikation aus freien Stücken, ohne vertragliche Verpflichtung gewährt hat, steht dem Angestellten selbst dann kein Anspruch auf fernere Gratifikation zu, wenn sie ihm tatsächlich lange Zeit hindurch gezahlt worden ist; denn die Dauer der Gewährung vermag den Charakter der Freiwilligkeit nicht zu beseitigen. Ersessen werden kann ein solcher Anspruch nicht. Vgl. ebenso **RG.** 4. 4. 16, GewuKfmG. 16, 304.

b) KG. 25. 9. 16, KGBl. 16, 91. Wenn nach den Anstellungsbedingungen die Verteilung einer Weihnachts- bzw. Abschlußgratifikation jedesmal im Ermessen der Direktion steht, so liegt nicht die Höhe der Gratifikation allein im Ermessen der Direktion, sondern die Zuteilung an die Angestellten überhaupt. Aber selbst wenn man annehmen wollte, daß dem Angestellten trotz der erwähnten Vertragsbestimmung ein klagbares Recht auf die Gratifikation zugestanden hat, so kann doch von einem solchen Rechte nur dann die Rede sein, wenn der Angestellte zur Zeit der Verteilung oder wenigstens der allgemeinen Bewilligung der Gratifikation noch im Dienste ist. Denn es entspricht zweifellos nicht dem Willen der Vertragsteile, daß der Angestellte mit jedem Tage seiner wirklichen Dienstleistung einen entsprechenden Bruchteil der Gratifikation erwerben soll, sondern die Gratifikation ist begrifflich nicht bloß eine Belohnung für treues Aushalten im Dienste und gute Leistungen überhaupt, sondern dafür, daß der Angestellte diese brauchbaren Dienste bis zu der üblichen Zeit der Verteilung oder Bewilligung geleistet hat und den Prinzipal der Notwendigkeit eines Personenwechsels im Laufe des Jahres überhoben hat. Ob der Angestellte etwa einen Schadensanspruch in Höhe der Gratifikation hat, wenn sein Ausscheiden auf Verschulden des Prinzipals zurückzuführen ist, war nicht zu entscheiden. Es kommt auch nicht auf Entscheidung der Streitfrage an, ob der Handlungsgehilfe einen Rechtsanspruch auf eine ihm nicht zugesicherte, aber tatsächlich regelmäßig gewährte Gratifikation hat.

2. BauersZ. 23, 259. Zulagen, die den Angestellten mit Rücksicht auf ihre durch den Krieg vermehrte Arbeitsleistung gewährt werden, tragen als Entgelt für die Mehrleistung Gehaltscharakter, begründen also einen klagbaren Anspruch der Angestellten, auch wenn sie in dem Beschlusse der Gesellschaft als „Geschenk" bezeichnet sein sollten.

3. Einfluß des Krieges vgl. unten § 63.

§§ 63, 70, 72.

Einfluß des Krieges auf Anstellungsverträge. A. Schrifttum. I. Horrwitz, Deutsche Prinzipale und feindliche Angestellte, JW. 16, 235 (vgl. JW. 16, 456). Feindliche Angestellte können lediglich auf Grund ihrer Zugehörigkeit zum feindlichen Ausland im Zweifel ohne weiteres entlassen werden. Ebenso zum Teil Oertmann, R. 14, 634, der offenbar nur eine wenn auch noch so unbegründete Empfindlichkeit der Mitangestellten gegen ihren feindlichen Kollegen als wichtigen Grund zu dessen Entlassung anerkennt, während Josef, GruchotsBeitr. 15, 403, das Recht zur fristlosen Kündigung des feindlichen Angestellten mit der allgemeinen, wenn auch im Einzelfalle nicht notwendig vorhandenen, hochgradigen Entfremdung und persönlichen Feindschaft zwischen den Angehörigen der feindlichen Staaten rechtfertigt und damit das Recht zur Entlassung des feindlichen Ausländers schlechthin, nicht nur im Zweifel anerkennt.

II. Über die Anwendbarkeit des § 63 auf die Kriegseinberufung. Neumann, GewuKfmG. 16, 198. Die Frage, ob die Kriegseinberufung als unverschuldetes Unglück im Sinne des § 63 HGB. aufzufassen sei, wird verschieden beantwortet. Staub verlangt als Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 63, daß dem Angestellten ein wirkliches

Leid (nämlich eigene Krankheit oder Krankheit und Tod naher Verwandter) oder sonst persönlich ein Unglück widerfahren müsse; unglückliche Ereignisse, die für den Angestellten kein Leid im Gefolge haben, seien nicht genügend; deshalb sei auch die Kriesgeinberufung kein Unglück. Dagegen meint Horrwitz, es sei nicht notwendig, daß das Unglück sich in der Person des Angestellten ereigne. Das KG. hat neuerdings die Anwendbarkeit des § 63 verneint. Ebenso Baum, GewuKfmG. 19, 411 und JW. 16, 213 und Dove, JW. 15, 683. Das KG. (12. und 8. Sen.) ist den genannten Schriftstellern beigetreten. Im wesentlichen macht es folgende Gründe für die Verneinung der Anwendbarkeit des § 63 geltend: die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, die Behauptung, daß die Erfüllung einer nationalen Pflicht kein Unglück genannt werden könne, die Behauptung, daß § 63 sich nur auf Krankheit und eigenes Leid des Angestellten bezieht, die Ablehnung einer wirtschaftlichen Beurteilung, die Auffassung, daß nicht der Krieg, sondern die Erfüllung der Dienstpflicht der Hinderungsgrund sei, den Einwand, daß bei Kriegseinberufung nicht ein Stand bevorzugt werden darf, und den Hinweis auf die Schädigung der Kleinkaufleute. All diese Gründe rechtfertigen aber nicht (was im einzelnen nachgewiesen wird) die Verneinung der Frage. Die Anwendbarkeit des § 63 ist vielmehr zu bejahen, doch haben nicht alle Kriegseinberufenen den Anspruch aus § 63. Wer schon ausgemustert oder zu den Jahrgängen, deren Einziehung bevorsteht, gehört, wird den Anspruch nicht erheben dürfen, wenn er erst nach Beginn des Krieges und nachdem er seine Einberufung voraussah, in Stellung tritt. Von dem Sechswochengehalt, den hiernach der Handlungsgehilfe zu fordern hat, wird der Prinzipal das in Abzug bringen können, was der Angestellte an Miete, Unterhalt erspart. § 63 Abs. 2 hindert daran nicht; er bezieht sich nur auf Kranken- und Unfallgeld. Eine Bereicherung soll § 63 nicht schaffen. In mäßigen Grenzen wird daher der Angestellte seine Ersparnisse sich abziehen lassen müssen. Ebenso ist das Einkommen der einen höheren militärischen Rang einnehmenden Angestellten auf ihren Gehaltsanspruch zu verrechnen, soweit die Stellung nicht besondere Ausgaben erfordert. Die einfache Löhnung wird den Soldaten ungekürzt bleiben. Ob die Unterstützungen, die den Angehörigen aus städtischen Mitteln zufließen, in Abzug zu bringen sind, wird im einzelnen Falle zu prüfen sein.

III. Konkurrenzklausel einberufener Angestellter. 1. Rothbarth, JW. 16, 313. Die Einberufung des Handlungsgehilfen zum Kriegsdienst ist ein erheblicher in der Person des Gehilfen liegender Anlaß im Sinne des § 75 Abs. 2 HGB., so daß eine aus diesem Grunde erfolgte Kündigung das Konkurrenzverbot fortbestehen läßt. Es liegt aber hierin eine vom Gesetzgeber nicht gewollte große Unbilligkeit und deshalb erscheint es angezeigt, im Wege der Notverordnung hier Abhilfe zu treffen.

2. Dagegen Baum, JW. 16, 313, der eine solche Notverordnung nicht für angezeigt hält.

3. Erdel, GewuKfmG. 21, 247. a) Die Übergangsbestimmung im Art. 3 der Novelle zum HGB. vom 10. Juni 1914 ist auch gegenüber dem einberufenen Angestellten anwendbar. Nur insofern wird man der durch die Einberufung geschaffenen Lage Rechnung tragen müssen, daß man gegebenenfalls den Nachweis der Absendung der Bereitwilligkeitserklärung an Stelle des Nachweises ihres Zugehens wird genügen lassen dürfen; vorausgesetzt, daß die Absendung so rechtzeitig erfolgt ist, daß die Erklärung am 31. März den Angestellten noch erreichen konnte.

b) Die Bindungszeit tritt mit der Einberufung des Angestellten in Lauf.

c) Der hiernach zu bejahende Beginn der Karenzzeit bewirkt den Beginn der Entschädigungszahlungspflicht.

d) Ob die infolge der Einberufung seitens des Prinzipals erfolgte Lösung des Vertrags dem einberufenen Angestellten das Recht gibt, sich von der Konkurrenzklausel frei zu machen, hängt davon ab, ob man die Einberufung als einen Anlaß „in seiner Person" ansehen will. Denn tut man dies, so fällt nach § 75 Abs. 2 das Befreiungsrecht des Angestellten weg. Das Befreiungsrecht ist richtig zu bejahen.

e) Dem Kriegsfreiwilligen wird man zubilligen müssen, daß seine Bindungszeit

zu laufen beginnt. Bezüglich der Entschädigungspflicht wird man dagegen dem Prinzipale das Recht, den von ihm nicht gebilligten Austritt des Angestellten als Vertragsbruch zu behandeln, nicht versagen dürfen. — Vgl. Erdel, GewuKfmG. 22, 38.

B. Rechtsprechung. 1. Einberufung zum Heeresdienst als „unverschuldetes Unglück"? (s. § 70). a) Verneint: α. Colmar 22. 11. 15, OLG. 32, 94. β. KG. 29. 1. 16, KGBl. 16, 25. γ. Eingabe des Verbandes der Kaufleutebeisitzer der Kaufmannsgerichte, GewuKfmG. 21, 89. δ. KfmG. Frankfurt a. M., GewuKfmG. 21, 144. ε. KG. 30. 10. 15, GewuKfmG. 21, 149, KGBl. 16, 6, BauersZ. 23, 116. ζ. Erdel, BadRpr. 16, 30. η. KG. (ohne Datum), GenBl. 16, 22. ϑ. GewG. Berlin (ohne Datum), GenBl. 16, 22. ι. KfmG. Erfurt 8. 6. 16, GewuKfmG. 22, 18. κ. Erdel, RuW. 5, 235, der für eine Abänderung des Gesetzes eintritt.

b) Bejaht: LG. Celle 14. 4. 16, JW. 16, 922; LG. Erfurt 21. 7. 16, GewuKfmG. 22, 19.

c) Eine Zusammenstellung der über die Frage ergangenen Entscheidungen s. JW. 16, 212 Anm.

d) LG. Cöln 14. 4. 16, DJZ. 16, 644, JW. 16, 922, R. 16 Nr. 797 (KrE.). Ob die Einberufung zum Heeresdienst als ein unverschuldetes Unglück im Sinne des § 63 angesehen werden kann, läßt sich nur nach den Gesamtumständen des Einzelfalls entscheiden.

2. Gehaltsansprüche. a) Hamburg 9. 6. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 216, SeuffA. 71, 403. Einem in Indien internierten Handlungsgehilfen steht ein Anspruch auf Gehalt nicht zu. Ob die Internierung als unverschuldetes Unglück nach § 63 HGB. anzusehen sei, war nicht zu entscheiden, da für 6 Wochen das Gehalt freiwillig bezahlt wurde.

b) KfmG. Berlin, GenBl. 16, 176. Ein aus Versehen der Polizei internierter Handlungsgehilfe hat keinen Anspruch auf Gehalt für die ersten sechs Wochen der Internierung.

c) Insbesondere die Gehaltskürzungen und die Frage der Nachzahlung der gekürzten Beträge bei späterer Vertragsaufhebung. α. KfmG. u. LG. Freiburg i. B., GewuKfmG. 16, 82. Ein Handlungsgehilfe, der während des Krieges in eine Gehaltskürzung gewilligt hat, ist zum Verlangen der Nachzahlung des gekürzten Betrags berechtigt, wenn ihm während des Krieges gekündigt wird, ohne daß ein wichtiger Grund vorliegt.

β. AM. KfmG. u. LG. München, GewuKfmG. 16, 84.

γ. BauersZ. 23, 155 spricht sich gleichfalls gegen den Anspruch des Entlassenen auf Nachzahlung des Gehaltsabzugs aus. Die bisher ergangenen Entscheidungen verurteilten zwar in der Mehrzahl den Prinzipal zur Nachzahlung, indem sie von einem gültigen Kündigungsausschlusse für die Dauer des Krieges ausgehen; aber im vorliegenden Falle sei eine Verabredung, daß der Geschäftsführer für die Zeit des Krieges festangestellt sei, nicht getroffen worden.

δ. KfmG. Duisburg, GewuKfmG. 16, 324, verneint den Anspruch des Gehilfen auf Nachzahlung des bei Kriegsbeginn gekürzten Gehalts in einem Falle, wo der Gehilfe selbst gekündigt hatte.

ε. LG. Breslau 24. 5. 16, GewuKfmG. 16, 326. Eine Vereinbarung über Kürzung des Gehalts während der Kriegszeit verstößt nicht deshalb gegen die guten Sitten, weil für den Fall der Verweigerung der Unterschrift die Kündigung zum nächsten zulässigen Termin und Nichtwiedereinstellung in dem betreffenden Gewerbe vom Arbeitgeberverbande beschlossen wird.

ζ. Dresden 13. 1. 16, SächsRpflA. 16, 444. Weder der Wortlaut der Vereinbarung noch die ihren Abschluß begleitenden Umstände, insbesondere das Anerbieten des Geschäftsherrn, den Angestellten bis zur Beendigung des Krieges bei Herabsetzung des Gehalts durchzuhalten, gewähren einen Anhalt dafür, daß die Herabsetzung des Gehalts nur dann Geltung haben sollte, wenn der Geschäftsherr das Dienstverhältnis bis zur Beendigung des Krieges nicht kündige, und daß, falls eine Kündigung während des Krieges ohne wichtigen Grund erfolge, der Angestellte Anspruch auf Nachzahlung des gekürzten Gehalts habe. Als Gegen-

leistung dafür, daß der Angestellte in die Gehaltsherabsetzung willigte, gewährte der Prinzipal ihm den Vorteil, daß er zugunsten des Angestellten auf das Recht verzichtete, das Dienstverhältnis vor Beendigung des Krieges zu kündigen. Wenn der Geschäftsherr trotzdem vertragswidrig kündigte, hatte der Angestellte das Recht, auf Grund des Vertrags auch über den Kündigungstermin hinaus für die Zukunft das geminderte Gehalt zu verlangen, sofern er seine Dienste weiter zur Verfügung stellte. Auch dann, wenn der Angestellte gemäß § 70 aus einem wichtigen Grunde kündigt, steht ihm ein Anspruch auf Nachzahlung des gekürzten Gehalts nicht zu.

3. Entlassung vgl. § 70 Ziff. 3.

4. Konkurrenzklausel (vgl. §§ 74, 75). LG. Erfurt 21. 7. 16, GewuKfmG. 16, 18. Der zum Heeresdienst einberufene Angestellte behält den Anspruch auf Karenzentschädigung auf Grund der Konkurrenzklausel. Die Kriegsunterstützung ist auf die Karenzentschädigung nicht anzurechnen.

§ 63.

Gehaltsanspruch bei unverschuldetem Unglücke. Schloß, GewuKfmG. 16, 98 führt im Gegensatze zu Peters a. a. O. 15, 284 aus, daß der mit freier Station angestellte Handlungsgehilfe während der Dauer der Krankenhausverpflegung gegen den Prinzipal keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen könne.

§ 66.

KfmG. Breslau, GewuKfmG. 21, 239. Die Vereinbarung, mit der Tätigkeit auf bestimmte Zeit unter Gehaltsverzicht auszusetzen, schließt einen Verzicht auf Kündigung während bestimmter Zeit in sich.

§ 70.

1. Begriff des wichtigen Grundes. Wichtiger Grund ist Rechtsbegriff; Nachprüfung des Revisionsrichters s. oben Ziff. 5 zu § 723 BGB.

2. Ausschluß des Kündigungsrechts. RG. 6. 10. 16, R. 16 Nr. 1957. Die Kündigung aus wichtigen Gründen kann, wie im Falle des § 626 BGB., im voraus nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden.

3. Einzelne wichtige Gründe zur fristlosen Entlassung des Angestellten (vgl. § 626 BGB.) a) RG. 11. 1. 16, BauersZ. 23, 149, LeipzZ. 16, 401, SeuffA. 71, 288, WarnE. 16, 62. Ein wichtiger Grund liegt nicht schon dann vor, wenn die unter der Einwirkung des Krieges entstandene wirtschaftliche Lage den Betrieb, für den vertragsmäßig der Dienstverpflichtete tätig zu sein hat, nicht mehr lohnend erscheinen läßt, ja selbst dann nicht, wenn aus diesem Grunde der Prinzipal sich zur Einstellung des Betriebs entschließt; insoweit hat vielmehr der Dienstberechtigte die wirtschaftliche Gefahr des Betriebs zu tragen. Nur wenn die Weiterführung des Betriebs mit Rücksicht auf die Folgezustände des Krieges unmöglich erscheint, wenn sie nach den tatsächlichen Verhältnissen vernünftigerweise und nach Treu und Glauben dem Dienstberechtigten unter keinen Umständen zugemutet werden kann, ist ein wichtiger Kündigungsgrund gegeben. Hat sich die Tätigkeit des Angestellten vorzugsweise auf das Geschäft mit England, Frankreich und Belgien bezogen, hat er aber daneben auch die deutschen Geschäfte bearbeitet, so daß er nur etwa die Hälfte der Zeit auf Reisen, in der übrigen Zeit aber als Bureauchef im Bureau tätig war, und war der Angestellte nach seiner kaufmännischen Vorbildung für die Bearbeitung des Inlandgeschäfts geeignet, dann ist die Unmöglichkeit der Fortführung der Geschäfte mit England, Frankreich und Belgien kein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung.

b) Rostock 8. 7. 15, MecklZ. 34, 181. Das RG. hat JW. 03, 11 entschieden, daß die Einstellung der Fabrikation wegen ungünstiger Konjunktur dem Geschäftsherrn kein Recht zur Entlassung des Angestellten gibt; auf der anderen Seite hat das RG. (JW. 12, 250) anerkannt, daß die Aufgabe des Geschäfts wegen Unmöglichkeit eines lohnenden Weiterbetriebs ein wichtiger Grund für fristlose Entlassung sein kann. Ebenso hat das RG. einen wichtigen Grund angenommen, wenn der Geschäftsherr gestorben und die

Erben, weil sie nicht imstande sind, für ihre Person das Geschäft fortzuführen, es verkaufen (RG. 58, 257); ferner hat ein OLG. das Abbrennen der Handelsniederlassung als wichtigen Grund anerkannt (OLG. 2, 503). Wenn hieraus nun auch zu entnehmen ist, daß Umstände, die als vorübergehende anzusehen sind oder von vornherein in den Kreis der Erwägung der Vertragschließenden gezogen werden können, regelmäßig nicht ausreichen, um einen wichtigen Grund zur sofortigen Aufkündigung herzugeben, so müssen doch große unerwartet von draußen hereinbrechende Umstände, die die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Unternehmens völlig erschüttern, ausreichen. Der Ausbruch des Weltkriegs kann einen derartigen unvorhergesehenen und tiefgehenden Einfluß haben.

c) Colmar 22. 11. 95, BauersZ. 23, 211, JW. 16, 212, LeipzZ. 16, 262, OLG. 32, 94. Kurzzeitige Einberufung zum Heeresdienste (der Angestellte war nach 6 Wochen entlassen worden) berechtigt den Geschäftsherrn nicht zur (nachträglichen) Entlassung des Angestellten.

d) KfmG. Charlottenburg, GewuKfmG. 16, 178. Die Wegnahme eines Apfels im Werte von 15—20 Pf. berechtigt den Prinzipal eines Warenhauses nicht zur Entlassung eines Handlungsgehilfen, auch wenn dieser durch Unterschrift anerkannt hat, daß er auch bei Wegnahme des geringsten Gegenstandes entlassen werden könne.

e) KfmG. Frankfurt a. M., GewuKfmG. 16, 299. Ein Handlungsgehilfe, dessen Wettbewerbsverbot während seiner militärischen Einberufung zufolge des Gesetzes vom 10. Juni 1914 hinfällig geworden ist, kann nicht deshalb sofort entlassen werden, weil er sich weigert, bei seinem Wiedereintritt in das Geschäft eine neue rechtsgültige Wettbewerbsabrede zu treffen.

f) Colmar 22. 11. 16, BauersZ. 23, 211 (s. oben b). Unter den wichtigen Gründen sind nur solche zu verstehen, die den Dienstberechtigten an der Benutzung der Dienste so zwingend und in solchem Umfange verhindern, daß ihm nach der Auffassung aller gerecht und billig Denkenden nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, das für ihn entbehrlich und für längere Zeit nutzlos gewordene Vertragsverhältnis länger aufrechtzuerhalten. Das ist keineswegs der Fall bei den Beeinträchtigungen eines Gewerbebetriebs durch allgemeine Krisen, mögen solche auch durch einen Krieg entstanden sein. Die Billigkeit verlangt in solchen Fällen im Gegenteil die Aufrechterhaltung des Vertrags zugunsten des Dienstverpflichteten, weil dieser sonst ein derartiges Risiko des Geschäftsbetriebs dem Dienstberechtigten abnehmen müßte, während er anderseits an der Gunst der Verhältnisse nicht beteiligt wäre.

g) KfmG. München, GewuKfmG. 16, 210. Wenn auch im allgemeinen unsittliches Verhalten eines Angestellten als eine Tatsache, die nur sein Privatleben betrifft, nicht ohne weiteres einen Entlassungsgrund bildet, so ist doch die sofortige Entlassung dann gerechtfertigt, wenn der Angestellte mit der Tochter seines Prinzipals ein anstößiges Liebesverhältnis unterhält.

h) LG. Erfurt 21. 7. 16, GewuKfmG. 22, 18. Der Anstellungsvertrag wird nicht ohne weiteres hinfällig, wenn Militärfreiheit zur Bedingung der Anstellung gemacht, der Angestellte auch beim Vertragsabschluß „dauernd untauglich" war und erst infolge der Abänderung der Wehrordnung wieder militärpflichtig wurde. Doch gibt die Einberufung dem Prinzipale das Recht zur Kündigung nach § 72 Ziff. 3.

i) KfmG. Charlottenburg, GewuKfmG. 16, 22. Der Vorwurf der Liebelei mit einem verheirateten Manne berechtigt eine Handlungsgehilfin noch nicht unter allen Umständen zur sofortigen Verlassung der Stellung und Forderung von Schadensersatz.

k) KfmG. München, GewuKfmG. 16, 23. Wenn eine erkrankte Handlungsgehilfin ihr Ausbleiben verspätet entschuldigt (z. B. weil sie irrig annahm, der Arzt werde an die Firma schreiben), so ist das kein Grund zur sofortigen Entlassung.

l) **RG.** 11. 1. 16, R. 16 Nr. 1181. In der Bekanntmachung eines Angestellten an die übrigen Angestellten und die Kunden, daß der Vertreter des Prinzipals sich krasse Be-

rügereien zum Nachteile von Geschäftskunden habe zuschulden kommen lassen, liegt, auch wenn die Behauptungen wahr sind, ein Grund zur fristlosen Kündigung.

n) **RG.** 22. 2. 16; 88, 127. Zur Rechtfertigung der Entlassung des Handlungsgehilfen können in dem Rechtsstreite zwischen ihm und dem Dienstherrn nicht nur solche Tatsachen verwertet werden, die dem Dienstherrn erst nach der Entlassung bekannt geworden sind, sondern auch solche, die sich erst nach der Entlassung ereignet haben. Doch kann die fristlose Entlassung des Gehilfen nicht damit gerechtfertigt werden, daß der Gehilfe nach seiner Entlassung, obwohl er diese für unbegründet erklärt und seine Dienste dem Dienstherrn zur Verfügung gestellt hat, die Kunden seines bisherigen Dienstherrn diesem abspenstig zu machen und für sich zu gewinnen versucht hat. Der Dienstverpflichtete kommt durch eine Entlassung, die er für unbegründet ansieht, in eine zweifelhafte Lage. Er kann nicht mit Sicherheit voraussehen, wie das Gericht über die Rechtmäßigkeit der Entlassung entscheiden wird, und läuft, wenn er sich völlig zur Verfügung des Dienstherrn hält und seine Arbeitskraft brachliegen läßt, Gefahr, jeden Verdienst in der Zwischenzeit zu verlieren, falls die Entscheidung zu seinen Ungunsten ausfällt. Aber auch im Falle einer ihm günstigen Entscheidung muß er gewärtigen, daß seinen Vertragsansprüchen die Einrede entgegengesetzt wird, er habe einen anderweitigen Erwerb böswillig unterlassen (§ 615 BGB.). Deshalb muß der entlassene Dienstverpflichtete für befugt erachtet werden, obwohl er sich dem bisherigen Dienstherrn zur Verfügung stellt, seine Dienste, von denen dieser keinen Gebrauch macht, anderweit zu verwerten, und zwar auch in einem mit dem Dienstherrn in Wettbewerb stehenden Geschäfte, soweit nicht ein auch für diesen Fall wirksames vertragsmäßiges Wettbewerbsverbot entgegensteht. Jedenfalls kann der Dienstherr, der den Angestellten durch die unbegründete Entlassung in jene üble Lage versetzt hat, ihm keinen Vorwurf daraus machen, daß er in ein mit ihm in Wettbewerb stehendes Geschäft eintritt und schon vor dem Eintritte für dieses seine bisherigen Kunden zu gewinnen versucht. Etwas anderes würde es sein, wenn der Angestellte nach seiner Entlassung die ihm für den Prinzipal erteilten Kundenaufträge für seine Rechnung oder für Rechnung seines neuen Dienstherrn ausgeführt hätte; darin kann ein wichtiger Grund zur sofortigen Entlassung liegen.

§§ 71, 72.

Vgl. zu § 70.

§ 73.

Dienstzeugnis. I. Inhalt des Dienstzeugnisses. 1. KfmG. Berlin, Gew.- uKfmG. 16, 147. Der Handlungsgehilfe kann nicht verlangen, daß ihm im Zeugnisse nicht nur Fleiß, sondern auch Sorgfalt bescheinigt wird.

2. KfmG. Ratibor, GewuKfmG. 16, 238. Der kaufmännische Angestellte, dessen Tätigkeit eine besondere Ausbildung oder durch längere Erfahrung erworbene Kenntnisse und Tüchtigkeiten zur Voraussetzung hat, hat Anspruch darauf, daß diese Tätigkeit und seine darin erzielten Leistungen in dem Zeugnis ausdrücklich zum Unterschiede von den allgemeinen kaufmännischen Arbeiten hervorgehoben werden. Das gilt z. B. beim Korrespondenten, Provinzreisenden, Filialleiter, Dekorateur. War dagegen der Angestellte nur mit den üblichen Arbeiten eines Kontorangestellten beschäftigt, die jeder junge Kontorist ordnungsmäßig bewältigen kann, sofern er seine Lehrzeit in einem größeren Kontor durchgemacht hat, dann genügt es, wenn im Zeugnisse bestätigt wird, daß er bemüht gewesen sei, seine Arbeiten als Kontorist zur Zufriedenheit zu erledigen, besonders wenn die Zeit seiner Tätigkeit zu kurz war, um ein abschließendes Urteil über seine Leistungen zu ermöglichen. Die Bezeichnung „Kontorist“ ist eine jedem Kaufmanne verständliche, die zu Zweifeln über die ausgeübte Tätigkeit keinen Anlaß gibt.

II. Haftung für falsche Auskunft. 1. **RG.** 20. 5. 15, BauerZ. 23, 161, WarnE. 16, 122. Ein Kaufmann, der einem unehrlichen Angestellten ein Zeugnis ausstellt, das die Unehrlichkeit nicht erkennen läßt, haftet, mag auch das Wort „ehrlich“ nicht ausdrücklich angeführt sein.

2. **RG.** 8. 6. 16, WarnE. 16, 408, behandelt den Fall, daß ein Angestellter wegen einer Differenz in der Kasse entlassen wird, ohne daß sicher festgestellt werden kann, ob eine Unterschlagung oder eine bloße Nachlässigkeit vorliegt. Es wird der Inhalt des dem Entlassenen ausgestellten Zeugnisses besprochen, in dem die Differenz gar nicht erwähnt, anderseits aber auch ein Urteil über die Führung des Angestellten nicht abgegeben wird, und weiter erörtert, ob der Prinzipal haftet, wenn der Angestellte sich in seiner späteren Stellung eine Unredlichkeit zuschulden kommen läßt und ob der spätere Prinzipal vor Anstellung sich noch anderweit erkundigen mußte oder sich auf das Zeugnis verlassen durfte.

3. BauersZ. 23, 260. Wird über die Ehrlichkeit eines Angestellten, der z. B. eine Kasse zu verwalten oder sonst einen leitenden Posten zu versehen hatte, im Zeugnisse nichts gesagt, so kann in der Regel das nur dahin gedeutet werden, daß Dinge vorliegen, die man im Zeugnisse nicht erwähnen will, und daß wegen dieser Unvollständigkeit der Zeugniserteiler erwartet, es werde der, der dem Diensttuenden eine ähnliche Tätigkeit übertragen will, erst bei ihm anfragen. Unterläßt der neue Dienstherr das, so handelt er schuldhaft und kann, falls ihm der Unehrliche ebenfalls Schaden zufügt, gegen den früheren Dienstherrn nicht auf Schadensersatz klagen.

§§ 74, 75.

Konkurrenzklausel. 1. Schweigepflicht und Wettbewerbsverbot; Berührungspunkte; Anfang der Schweigepflicht. Jena 6. 7. 14, ThürBl. 62, 278. Es ist zwar möglich, daß die Vereinbarung der Schweigepflicht ein verstecktes Wettbewerbsverbot enthält; im allgemeinen haben aber die Vereinbarung der Schweigepflicht und die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots nichts miteinander gemein. Die vereinbarte Schweigepflicht kann natürlich nicht auf solche Umstände ausgedehnt werden, die der tägliche Geschäftsgang mit sich bringt und die der Handlungsgehilfe bei einem anderen Geschäfte der gleichen Art ebenfalls kennengelernt haben würde, die also Gemeingut der Öffentlichkeit oder wenigstens eines größeren Kreises von Personen sind, die diesen Fabrikationszweig kennen.

2. Konkurrenzverbot bei Nichtantritt des Dienstes s. **RG.** 3. 4. 14, BauersZ. 23, 21.

3. Dresden 28. 10. 15, SächsOLG. 37, 303. Keine Anwendung der §§ 74 ff. über das Wettbewerbsverbot auf Verträge zwischen einer GmbH. und ihrem Geschäftsführer.

4. **RG.** 5. 5. 16, R. 16 Nr. 1959. Das mit einem Angestellten vereinbarte Wettbewerbsverbot begründet nicht die Verpflichtung für diesen, sich des Gebrauchs seines Namens als Firma zu enthalten, zu deren Führung der Geschäftsherr auf Grund des Erwerbes eines früher von dem Angestellten unter seiner Namensfirma geführten Geschäfts das Recht erworben hatte. (Vgl. nächste Entscheidung.)

5. **RG.** 5. 5. 16, R. 16 Nr. 1960. Wenn auch in einem vertraglichen Wettbewerbsverbote stillschweigend die Verpflichtung des Angestellten enthalten sein sollte, sich seines Namens als Firma nicht zu bedienen, so kann der Geschäftsherr ihm doch die Führung seiner Namensfirma nicht verbieten, wenn er die Erfüllung des Wettbewerbsverbots nicht verlangen kann.

6. **RG.** 5. 5. 16, R. 16 Nr. 1958. Die Höhe der Vertragsstrafe kann in Verbindung mit anderen dazu geeigneten Tatsachen einem Wettbewerbsverbote den Stempel des Sittenwidrigen aufdrücken, und als solche Tatsachen können nach Befinden auch Vorgänge in Betracht kommen, die der Zeit nach dem Zustandekommen des Vertrags angehören.

7. **RG.** 22. 2. 16, JW. 16, 744. Der entlassene Dienstverpflichtete, der seine Dienste dem bisherigen Dienstherrn vergeblich zur Verfügung gestellt hat, ist befugt, seine Dienste auch in einem mit dem Dienstherrn in Wettbewerb stehenden Geschäfte zu verwerten, soweit nicht ein auch für diesen Fall wirksames vertragsmäßiges Wettbewerbsverbot (§ 75 Abs. 2 HGB.) entgegensteht.

8. Einfluß des Krieges vgl. §§ 63, 70, 72 A III und B 4.

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

§ 84.

1. Stellung des Handlungsagenten; Unterschied von Handlungsgehilfen. a) **RG.** 7. 1. 16; 87, 440. Vgl. § 92 II 2.

b) Stuttgart 4. 4. 16, R. 16 Nr. 1354, WürttZ. 27, 280. Der Vertrag zwischen Geschäftsherrn und Agent ist Dienstvertrag. Der Handlungsagent kann daher als Angestellter bezeichnet werden, und die Bezeichnung des Vertrags als „Anstellungsvertrag" beweist nichts für die Handlungsgehilfeneigenschaft. Entscheidend für die Frage, ob eine Person Handlungsgehilfe oder Agent ist, ist deren Abhängigkeit oder Selbständigkeit gegenüber dem Geschäftsherrn. Wer als Generalvertreter des Geschäftsherrn die ganze Organisation und Leitung des Reisevertriebs hat, für sein Gebiet Reisende annehmen kann (soweit ihm nicht der Geschäftsherr solche überweist) und also nicht schlechthin wie ein Handlungsgehilfe den Weisungen des Geschäftsherrn zu folgen hat, ist Agent. Auch der Umstand, daß der Angestellte nicht bei dem Geschäftsherrn, sondern in der eigenen Wohnung, wenn auch ohne Bureau arbeitet, spricht gegen die Handlungsgehilfeneigenschaft. Daß er seine Dienste lediglich dem Geschäftsherrn zu widmen verspricht, spricht nicht gegen die Eigenschaft als Agent. Auch der Umstand, daß er Gehalt bezieht, ist mit der Stellung eines Agenten nicht unvereinbar; übrigens ist diese als Fixum, nicht als Gehalt bezeichnete Summe so gering, daß sie nicht als wirkliches Gehalt, sondern als Vergütung für gewisse Auslagen zu gelten hat.

c) OLG. 7. 12. 12, JW. 16, 680. Die Grenze zwischen Agenten und Handlungsgehilfen ist flüssig. Entscheidend ist weder die Regelung der Bezüge, d. h. festes Gehalt oder Provision, noch die Tragung der Unkosten; auch das Risiko ist nicht maßgebend. Gegen die Annahme eines Angestelltenverhältnisses spricht aber stets, daß die Übernahme beliebig vieler „Vertretungen" nicht ausgeschlossen ist und auch tatsächlich stattfindet.

d) KfmG. München, GewuKfmG. 16, 323. Daß in dem Vertrage von einem Dienstvertrage die Rede ist, schließt die Annahme, daß Kläger Agent ist, nicht aus, weil allgemein anerkannt ist, daß auch die Tätigkeit eines Handlungsagenten als ein Dienstvertrag sich darstellt.

e) **RG.** 18. 4. 16, GewuKfmG. 16, 328, GruchotsBeitr. 60, 1024, JW. 16, 962, LeipzZ. 16, 1032. Kläger ist allerdings ursprünglich von dem Beklagten als Reisender angestellt worden. Seine Stellung hat sich aber im Laufe der Zeit umgestaltet. Auf Grund einer Übereinkunft der Parteien ist der Geschäftsbetrieb des Klägers zum Handelsregister unter dem Namen des Klägers als dessen Firma angemeldet; es ist als Geschäftsbetrieb Agentur und Kommission bezeichnet worden. Das Agenturverhältnis des Klägers ist dann weiter dadurch in die Erscheinung getreten, daß die Beklagte, die dem Kläger mehrere Untervertreter bestellt hatte, ihn selbst als ihren Generalvertreter bezeichnete und ihm die unmittelbare Erledigung des sog. Offertenbriefwechsels und der Rechnungsmitteilung an die Kunden überließ. Damit wurde dem nicht am Sitze der Beklagten wohnhaften Kläger ein solches Maß von Selbständigkeit und Unabhängigkeit eingeräumt, daß nach der Verkehrsauffassung an seiner Eigenschaft als Agent kein Zweifel sein kann. Der Umstand, daß Kläger neben seiner Provision ein festes Gehalt bezog, steht nicht entgegen. — Dazu Hachenburg, JW. 16, 962. Es bedarf keiner ausdrücklichen Bestellung als Agent. Der Handlungsgehilfe kann allmählich und vielleicht ohne sich dessen bewußt zu werden zum unabhängigen Vertreter werden.

2. Rehm, Handeln auf eigene Rechnung, aber im fremden Namen, LeipzZ. 16, 369. Neben dem Normalagenten des HGB. hat das wirtschaftliche Bedürfnis einerseits den „Kommissionsagenten" geschaffen, der nach innen Agent, nach außen Kommissionär ist, und das Gegenstück dazu, den „Eigenhändleragenten", der nach innen Eigenhändler, nach außen Agent ist. Bei letzterem schließt rechtlich die von ihm vertretene Firma nach außen den Vertrag ab, sie erteilt dem Kunden Rechnung im eigenen Namen und zieht auch so den Kaufpreis ein. Ein Stundungs- und Einziehungsrecht hat der Eigenhändleragent, sofern er nicht Reisevertreter ist, nicht. Nach innen ist der Eigenhändleragent Käufer und Verkäufer. Daher ist für die Abrechnung mit ihm der Preis maßgebend, den er mit dem Kunden vereinbarte.

Die Firma kann diesen Satz beim Abschlusse herabsetzen, aber dem Vertreter muß sie den Unterschied zwischen dem Preis, den er mit dem Kunden abmachte, und dem, den er an die Firma zu zahlen hat, gutbringen. In den Büchern der Firma erscheint der Agent nicht als Käufer; denn der Kaufmann bucht nicht die Abschlüsse, sondern die Ausführungen. Der Eigenhändleragent kommt besonders in Form des Alleinverkäufers, Alleinvertreters vor; doch sind nicht alle, die eine so allgemeine Vertretung haben, Agenten; es gibt auch solche, die nur Eigenhändler sind. Der Eigenhändleragent hat Ähnlichkeit mit dem procurator in rem suam; er ist procurator in rem suam, wenn er das Einzugsrecht besitzt.

3. Haftung des Agenten. Hamburg 8. 7. 16, BankA. 16, 16. Der Agent eines Bankiers, der diesem gegenüber für die von ihm vermittelten Börsenaufträge das Delkredere übernommen hat, hat im Zweifel nur für die Zahlungsfähigkeit des Kunden, nicht aber dafür einzustehen, daß der Kunde von dem Termin- oder Differenzeinwande keinen Gebrauch macht.

§ 85.

Stuttgart 21. 12. 15, R. 16 Nr. 529. § 85 ist nicht, auch nicht entsprechend, anzuwenden auf den Fall, daß ein Vermittlungsagent ein bindendes Angebot eines Dritten entgegennimmt.

§ 88.

Provisionsanspruch. 1. Hamburg 25. 11. 14, OLG. 32, 95. Beruht die Unterlassung der Ausführung des Geschäfts auf einer Unmöglichkeit in der Person des Geschäftsherrn, so kann der Agent nichts beanspruchen. Unterbleibt sie infolge eines Zufalls, so verliert auch der Agent seine Provision; er ist an diesem Risiko mitbeteiligt. Die Abmachung der Parteien, daß dem Geschäftsherrn die Annahme der Aufträge überlassen bleibe, hat nicht die Bedeutung einer Abänderung des Gesetzes. Der Geschäftsherr hat die Geschäfte nicht ausgeführt infolge Abbrennens seiner noch nicht wieder aufgebauten Schuhfabrik. Dem Agenten hätte danach der Beweis offengestanden, daß er trotz des Brandes zur Lieferung imstande war; er hat aber nur erklärt, der Geschäftsherr habe sich eindecken können. Das genügt nicht.

2. Breslau 6. 7. 15, OLG. 32, 96. Durch die Vereinbarung, es sei eine Provision nur dann zu zahlen, wenn die Ware abgeliefert und bezahlt werde, wurde die Ausschaltung des § 88 Abs. 2 herbeigeführt und zum Ausdrucke gebracht, daß für den Fall der Rückgängigmachung des Vertrags eine Vergütung nicht zu zahlen sei. Doch ist der Geschäftsherr nicht berechtigt, das Geschäft abzulehnen, weil er falsch kalkuliert habe und deshalb bei der Ausführung unverhältnismäßig verlieren würde; denn vor solcher Willkür soll der Agent nach § 88 Abs. 2 geschützt werden. Von einer Willkür des Geschäftsherrn ist dann nicht die Rede, wenn der Geschäftsherr durch betrügliches Verhalten des Agenten zum Abschlusse veranlaßt wurde.

3. KG. 30. 3. 16, LeipzZ. 16, 1330. Wenn der Geschäftsherr, durch äußere Umstände genötigt, die Produktion einstellt, hat der Agent keinen Anspruch auf Provision. Der Agent soll gegen vertragswidriges Verhalten des Geschäftsherrn geschützt werden, aber der Geschäftsherr soll nicht derart geknebelt werden, daß er zur Fortsetzung eines für ihn nicht lukrativen Geschäfts gezwungen wäre. Die Aufgabe des Geschäfts, weil sich der Weiterbetrieb nicht lohnt, ist ein stichhaltiger Grund zur Kündigung des Vertrags.

4. **RG.** 30. 5. 16, R. 16 Nr. 1028 (KrE.), 1069 (KrE.). Hat sich der Geschäftsherr durch den Agenten für den Kriegsfall von der Lieferung freizeichnen lassen, so braucht er sich auch mit dem Agenten nicht mehr wegen der Provision in Erörterungen darüber einzulassen, ob er imstande gewesen wäre, die laufenden Verträge zu erfüllen.

§ 89.

Provisionsanspruch des Bezirksagenten für die sog. direkten Geschäfte. Cassel 3. 3. 16, HessRspr. 16, 72. Die Zuweisung eines bestimmten Bezirkes kann zwar den Sinn haben, daß der Agent Provision von allen für den Bezirk bestimmten Lieferungen

erhalten soll, daß er also keine Provision erhält, wenn ein im Bezirke wohnender Kunde einen direkten Kauf für eine außerhalb des Bezirks gelegene Filiale abschließt. In der Regel hat aber der Agent Provision zu beziehen von allen Geschäften, die er selbst vermittelt oder abschließt, ferner von direkten Bestellungen, die ein Kunde von seiner im Bezirke gelegenen Niederlassung aus macht. Hierbei kann es keinen Unterschied machen, ob die Ware in den Bezirk des Agenten geliefert wird oder ob sie an eine Filiale des Bestellers außerhalb des Bezirkes geht. Dagegen kann der Agent keine Provision fordern, wenn umgekehrt der Kunde von der außerhalb des Bezirkes gelegenen Hauptniederlassung aus für seine im Bezirke des Agenten gelegene Zweigniederlassung kauft. Hervorzuheben ist noch, daß die im Bezirke des Agenten ohne dessen Mitwirkung geschlossenen Geschäfte (direkte Geschäfte) nicht gerade im Bezirke selbst abgeschlossen sein müssen. Entscheidend ist allein, ob die Geschäfte in das dem Agenten vorbehaltene Arbeitsgebiet fallen, ob sie also mit Kunden aus diesem Bezirke geschlossen worden sind. Der Agent kann daher auch Provision fordern für Abschlusse, die durch Korrespondenz zwischen Kunden und Geschäftsherrn betätigt werden, und weiter für solche, die von dem Kunden des Bezirkes persönlich in der außerhalb des Bezirkes gelegenen Niederlassung des Geschäftsherrn verabredet werden.

§ 91.

I. Recht des Agenten auf Buchauszug und Einsicht der Bücher des Geschäftsherrn. 1. Das JDR. 14 § 91 Ziff. 1 abgedruckte Urteil des RG. (14. 5. 15) findet sich auch **RG.** 87, 10.

2. BauersZ. 23, 70. Dem Interesse des Handlungsagenten steht entgegen das ernste Interesse des Geschäftsherrn an der Geheimhaltung seiner Handelsbücher und die Gesetzesnorm des § 91. Wo und soweit aber der Rechtsbehelf des § 91 durch vom Geschäftsherrn zu vertretende oder doch in seinem Geschäftsbetriebe liegende Umstände versagt, der Buchauszug nämlich nicht nur vereinzelte, ausnahmsweise Unrichtigkeiten, sondern durchschnittliche Unzuverlässigkeit aufweist, muß das rechtliche Interesse des Agenten im Sinne des § 810 ZPO. anerkannt werden. Vgl. JDR. 14 § 91 Ziff. 1.

3. **RG.** 2. 11. 15, LeipzZ. 16, 536. Die Erneuerung und Vervollständigung des Buchauszugs kann dem Geschäftsherrn nicht auferlegt werden, wenn er glaubhaft versichert, daß die mit dem Antrage gemeinten, weiteren Geschäfte nach seiner Auffassung überhaupt nicht vorhanden oder nicht provisionspflichtig sind, daß er also einen richtigen und vollständigen Auszug bereits erteilt habe, und wenn der Agent tatsächliche Angaben über das Vorhandensein bestimmter, im Auszuge fehlender Geschäftsgruppen nicht zu machen weiß. Die Meinung, der Agent dürfe sich auf das Bestreiten des Buchauszugs beschränken, da er die Wahrheit nur aus den Geschäftsbüchern des Geschäftsherrn erfahren könne, ist rechtsirrig.

4. *Landsberger, GewuKfmG. 16, 219 führt im Anschluß an RG. 14. 5. 15 (vgl. JDR. 14 § 91 Ziff. 1) aus: Der Provisionsberechtigte hat den Anspruch auf Mitteilung eines ordnungsmäßigen Buchauszugs aus ordnungsgemäß geprüften Handelsbüchern des Geschäftsherrn. Ist der Buchauszug in seiner ursprünglichen Form fehlerhaft, d. i. durchschnittlich oder durchgängig unzuverlässig, so reicht seine nachträgliche Berichtigung auf Einwand und Bemängelung des Provisionsempfängers nicht aus, vielmehr besteht in solchem Falle ein rechtliches Interesse des Provisionsberechtigten im Sinne des § 810 BGB. auf Einsicht der Handelsbücher des Geschäftsherrn.

§ 92.

I. Vertragsauflösung. 1. **RG.** 15. 10. 15, LeipzZ. 16, 225. Der Nachprüfung des RG. unterliegt nur die Frage, ob die festgestellten Vorkommnisse einen wichtigen Aufhebungsgrund abgeben können, Sache der tatsächlichen Würdigung ist es, ob im Einzelfalle der gegebene Tatbestand sich als wichtiger Grund darstellt. Vgl. § 723 BGB. Ziff. 5.

2. Celle 6. 11. 15, OLG. 32, 97. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist nur eine vollständige Auflösung des Vertrags zulässig, nicht aber eine Teilaufhebung (z. B.

Aufhebung des dem Agenten eingeräumten Rechtes zur Durchsicht sämtlicher Briefe und Rechnungen wegen teilweiser Vernichtung oder Abänderung der zugesandten Schriftstücke).

3. KG. 30. 3. 16, LeipzZ. 16, 1330. Vgl. oben § 88 Ziff. 3.

4. Dresden 9. 12. 15, SächsOLG. 37, 310. Die vom Agenten abgegebene Erklärung, er behalte die Aufträge, die er in Händen habe, bis zur Begleichung der schwebenden Differenzen mit dem Prinzipale zurück, berechtigt, auch wenn die Zurückhaltung nach dem Vertrag unzulässig war, den Geschäftsherrn dann nicht zur sofortigen Auflösung des Vertrags, wenn die Zurückbehaltung durch ein grob vertragswidriges Verhalten des Prinzipals veranlaßt worden ist.

5. **RG.** 28. 4. 16, R. 16 Nr. 1130 (KrE.). Aus der durch Kriegsausbruch veränderten Sachlage kann ein Recht zur Kündigung eines Agenturvertrags mit Alleinverkaufsrecht für einen bestimmten Bezirk nicht entnommen werden, wenn durch tatsächlich ausgeführte Lieferungen des Geschäftsherrn selbst in dem betreffenden Bezirke die Möglichkeit von Geschäften in dem Bezirke bewiesen ist

II. Dienstzeugnis des Agenten. 1. Dresden 11. 5. 15, BauersZ. 23, 142, LeipzZ. 15, 1579. In einzelnen Fällen, so wenn die Stellung des Agenten nach dem Vertrage sich der eines Handlungsgehilfen nähert, kann ein Anspruch des Agenten auf ein entsprechendes Dienstzeugnis wohl begründet sein.

2. Das Ziff. 1 abgedruckte Urteil aufgehoben durch **RG.** 7. 1. 16; 87, 440, Gew.-u.KfmG. 21, 240, HoldheimsMSchr. 16, 115, JW. 16, 590, LeipzZ. 16, 530, R. 16 Nr. 528. Der Inhalt des Vertrags rechtfertigt nicht die Annahme, daß es sich um eine für einen Agenten ungewöhnliche, der eines Handlungsgehilfen vergleichbare Stellung handle. Auch der Handlungsagent wirkt im Interesse des Geschäftsherrn. Er hat dieses Interesse bei seinen Verrichtungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen und ist auch verpflichtet, sachliche Weisungen seines Auftraggebers zu befolgen. Welche Verrichtungen dem Agenten obliegen und inwiefern er dabei an die Weisungen des Geschäftsherrn gebunden sein soll, ist Sache der vertragsmäßigen Regelung. Diese Regelung kann mehr oder weniger binden. Daraus, daß strenge, ins einzelne gehende Anordnungen gestellt werden, folgt aber nicht, daß es sich um Verpflichtungen handelt, die über den gewöhnlichen Pflichtenkreis eines Agenten hinausgehen, solange nur die persönliche Selbständigkeit gewahrt bleibt und nicht eine persönliche Unterordnung eintritt, wie sie die Stellung eines Handlungsgehilfen kennzeichnet. Aber auch wenn man annehmen wollte, daß der Kläger im fraglichen Falle eine Mittelstellung zwischen Agenten und Handlungsgehilfen einnehme, wäre eine Anwendung des § 73 HGB. auf den Agenten nicht zulässig, da der letztere nach § 84 in einem gewissen Gegensatze zum Handlungsgehilfen steht. Auch § 630 BGB. ist nicht anwendbar; denn wenn auch der Agenturvertrag eine Unterart des Dienstvertrags ist, so kann die Anwendung der §§ 611 ff. doch nur eine entsprechende sein und ist da ausgeschlossen, wo das Wesen des Agenturverhältnisses, insbesondere die Selbständigkeit des Agenten entgegensteht. § 630 BGB. soll dem Dienstpflichtigen, der seine Arbeitskraft einem bestimmten Arbeitgeber überlassen hat, das Fortkommen in einer anderen dienenden Stellung erleichtern und eignet sich also nur für Personen, die in einer gewissen Unterordnung unter dem Arbeitgeber stehen. — Zustimmend Bondi, LeipzZ. 16, 530 u. JW. 16, 590.

Achter Abschnitt. Handelsmäkler.

§ 93.

1. Begriff der Geschäftsvermittlung. **RG.** 5. 10. 15, LeipzZ. 16, 754. Bei dem Handelsmäkler ist der Begriff der Vermittlung nicht zu eng zu fassen; es muß unter Umständen eine bloße Namhaftmachung des Käufers genügen.

2. Gewerbegeheimnis des Mäklers. Hamburg 4. 1. 16, OLG. 32, 101. Der Mäkler steht in einer Art Treuverhältnis zu den Parteien und hat trotz der Verpflichtung zur Führung des Tagebuchs doch das Recht, Beweisfragen nicht zu beantworten, an deren Nichtoffenbarung er ein erhebliches eigenes Interesse hat.

3. Arglistige Täuschung. **RG.** 8. 10. 15, LeipzZ. 16, 226. § 463 BGB. greift nur Platz bei Kauf oder kaufähnlichen Geschäften, nicht aber bei Haftung aus einem Mäklervertrage.

§ 95.

Vorbehaltung der Bezeichnung des Vertragsgegners. 1. Vorbehaltener oder unbekannter Vertragsgegner. Hamburg 6. 1. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 205, LeipzZ. 16, 770, OLG. 32, 100. Die Mäkler hatten fest zwischen den von vornherein bestimmten Vertragsteilen abgeschlossen und nur mit Zustimmung der Parteien nicht dem einen Teile den Namen des anderen genannt; wäre die Namensnennung verlangt worden, wäre sie erfolgt, das Verlangen wurde aber nicht gestellt. Hiernach bestand niemals der dem Geschäft unter Vorbehalt eigentümliche Schwebezustand, sondern von vornherein ein fester Kaufvertrag. Deshalb ist kein Raum für § 95 Abs. 2. — Das Urteil des OLG. wurde vom **RG.** 6. 6. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 234 bestätigt.

2. Hamburg 23. 11. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 37, R. 16 Nr. 530. Hat der Empfänger der Schlußnote, in der die andere Partei nicht bezeichnet ist, bei Benennung dieser anderen Partei nicht geltend gemacht, daß die Benennung zu spät erfolgt sei, hat er sich vielmehr auf den Abschluß des Vertrags berufen, so kann er nachträglich nicht mehr geltend machen, daß die Benennung nicht innerhalb der angemessenen Frist erfolgt sei.

§ 98.

Haftung der Handelsmäkler. 1. Haftung wegen Mitteilung eines nicht abgeschlossenen Kaufes. Hamburg 18. 10. 15, OLG. 32, 98. Der Handelsmäkler hat für die Richtigkeit seiner Schlußnote insofern einzustehen, als, wenn ihre Unrichtigkeit festgestellt ist, angenommen werden muß, daß der Mäkler bei Aufstellung jener Schlußnote schuldhaft gehandelt hat, solange er nicht seinerseits nachweist, daß ein solches Verschulden nicht vorliegt. Hat also der Mäkler einer Partei unter Übersendung einer Schlußnote mitgeteilt, daß er für sie als Verkäuferin abgeschlossen habe, und wird die von dem angeblichen Verkäufer gegen den Käufer erhobene Klage, bei der der Mäkler als Streitverkündeter beteiligt war, abgewiesen, weil der Nachweis fehle, daß Beklagter Gegenkontrahent sei, dann muß der Mäkler dieses Urteil gegen sich gelten lassen und haftet auf das negative Vertragsinteresse.

2. Hamburg 3. 4. 16, R. 16 Nr. 992. Ein Handelsmäkler haftet, auch wenn er nur von der einen Partei Auftrag zur Vermittlung erhalten hat und ihm nur von dieser Mäklerlohn versprochen ist, gleichwohl auch der anderen Partei für fahrlässige Auskunft, wenn diese ihn unter Bezugnahme auf das abzuschließende Geschäft um Auskunft über die Zuverlässigkeit der Gegenpartei ersucht hat.

§ 99.

Provisionsanspruch. 1. Vergütung des nur eine Partei vertretenden Mäklers. a) Hamburg 5. 6. 15, OLG. 32, 99. Es ist an sich möglich, daß mehrere Mäkler gemeinschaftlich ein Geschäft vermitteln, und dann kann fraglich sein, wie dieses Rechtsverhältnis aufzufassen ist, ob z. B. als Gesellschaft. Eine solche Gemeinsamkeit des Handelns fällt weg, wenn jeder Mäkler für sich allein und nur für eine Partei tätig wird. Hier findet § 99 keine Anwendung; vielmehr hat jeder Mäkler nur einen Anspruch gegen seine Partei.

b) **RG.** 5. 10. 15, LeipzZ. 16, 754. Das Verhältnis des Mäklers kann auch so gestaltet werden, daß der Mäkler lediglich die Interessen einer Partei wahrnimmt. Bei solcher Gestaltung tritt der Mäkler, der darum doch Handelsmäkler bleibt, nicht in ein Vertragsverhältnis zu dem anderen Teile. Zwar nimmt Hamburg, OLG. 14, 348, an, daß auch der einseitig beauftragte Handelsmäkler gewisse Sorgfaltspflichten gegenüber dem anderen Teile habe; darunter dürfen aber nicht Vertragspflichten verstanden werden. Der einseitig verpflichtete Handelsmäkler hat keinen Anspruch auf Provision nach § 99 gegen beide Teile, sondern nur nach § 652 BGB. gegen seinen Auftraggeber.

2. Hamburg 10. 11. 15, SeuffA. 71, 194. Der Einfluß, den der Eintritt einer auflösenden Bedingung auf den bereits mit dem Abschlusse des bedingten Geschäfts zur Entstehung gelangten Lohnanspruch hat, ist streitig. Es bedarf hier keiner Stellungnahme zu der Frage, da der § 158 Abs. 2 BGB. bei seiner nachgiebigen Natur für den vorliegenden Fall (wo „glückliche Ankunft und eventuelles dänisches Ausfuhrverbot vorbehalten" war) jedenfalls keine Anwendung findet. Im kaufmännischen Verkehr ist die Einfügung auflösender Bedingungen überaus verbreitet; es entspricht aber nicht der Verkehrsauffassung, wenn in solchen Fällen der Mäkler seines Lohnanspruchs nachträglich mit dem Eintritte der Bedingung wieder verlustig gehen sollte. Der Vorbehalt des ausländischen Ausfuhrverbots ist während der jetzigen Kriegszeit eine selbstverständliche Vorsichtsmaßregel. Der Mäkler hat daher vom Standpunkte der gegenwärtigen Geschäftsverhältnisse aus in verkehrsüblicher Weise ein überhaupt nur durch die Hinzufügung der Bedingung für einen Auftraggeber annehmbares Geschäft vermittelt, und da auf den Abschluß gerade solcher Geschäfte seine Erwerbstätigkeit gerichtet ist, hat er auch, wenn nichts Gegenteiliges vereinbart, den Lohn zu verlangen.

3. Einfluß der Kriegsklausel. **RG.** 30. 5. 16, LeipzZ. 16, 1423. Der Vertrag zwischen den Parteien, kraft dessen der Kläger (Agent) alle Abschlüsse für den Beklagten (Geschäftsherrn) mit der Kriegsklausel vornehmen mußte und vornahm, ging gerade dahin, daß Beklagter kraft der Klausel von Erfüllung gegenüber dem Käufer frei bleiben, also über die verkauften Mengen, gleichviel ob und aus welchem Anlaß er zur Erfüllung bereits eingedeckt war, anderweit solle verfügen dürfen. Hat die Beklagte kraft der Klausel die Erfüllung nicht etwa nur der vom Kläger für sie vorgenommenen, sondern der sämtlichen von ihr und für sie gemachten Abschlüsse abgelehnt, dann ist mit der Ablehnung der Provisionsanspruch des Agenten weggefallen.

Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

§ 105.

1. **RG.** 13. 7. 15, R. 16, Nr. 665. Die Abrede, daß der eine Gesellschafter von der Teilnahme am Verluste frei sein und statt eines Gewinnanteils eine feste monatliche Zahlung erhalten soll, steht dem Wesen eines Gesellschaftsvertrags nicht entgegen.

2. **RG.** 29. 9. 16, JW. 16, 1477, LeipzZ. 16, 1429, R. 16 Nr. 1961. Die off. HG. hat kein Namensrecht, sondern nur ein Firmenrecht. Gegen den Gebrauch einer von ihrer Firma sich genügend unterscheidenden Firma durch einen anderen kann sie daher auch dann nicht einschreiten, wenn der andere in seiner Firma sich unbefugt des Namens eines der Teilhaber der Gesellschaft bedient. Dagegen kann dieser Teilhaber für sich die Unterlassungsklage aus § 12 BGB. erheben. Vgl. Ziff. 4 zu § 37 HGB.

3. *Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZBlFG. 16, 600 ff. Bestimmt die Satzung einer gemeinsamen Kommunalsparkasse, daß die Vereinsgemeinden solidarisch für die Sicherheit der Spargelder und aller Verbindlichkeiten der Anstalt haften, ohne irgendeine Haftungsbeschränkung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern vorzubehalten, so stellt sich ein solches kommunales Unternehmen als offene Handelsgesellschaft mit dem Charakter eines Vereins dar.

4. Eintritt eines neuen Gesellschafters. a) Das JDR. 14 § 109 Ziff. 1 abgedruckte Urteil findet sich auch BauersZ. 23, 22.

b) BayObLG. 13. 3. 16, R. 16 Nr. 993. Nach der in der Wissenschaft und Rechtsprechung herrschenden Ansicht hat bei einer aus mehr als zwei Teilhabern bestehenden off. HG. das Ausscheiden eines Teilhabers nicht die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, sondern wächst der Anteil des Ausscheidenden an dem gesellschaftlichen Gesamtgute den in der Gesellschaft verbleibenden Teilhabern zu. Auch bei einer nur aus zwei Personen be-

stehenden Gesellschaft ist bei dem Austritt eines Gesellschafters und dem gleichzeitigen Neueintritt eines neuen die Fortsetzung der bisher bestehenden Gesellschaft anzunehmen, wenn der Wille der Beteiligten nicht auf die Auflösung, sondern auf Fortsetzung gerichtet ist. Es tritt also beim Ausscheiden des einen der beiden Gesellschafter nicht notwendig Alleineigentum des anderen Gesellschafters an den Liegenschaften der Gesellschaft ein.

c) Vgl. § 131 Ziff. 4 (**RG.** 13. 7. 15, R. 16 Nr. 666).

Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

§ 112.

Konkurrenzverbot. 1. Geschäfte eines Gesellschafters im „Handelszweig der Gesellschaft". Hamburg 5. 6. 14, OLG. 32, 104. Der objektive Umfang des Geschäftsbetriebs entscheidet darüber, was „Handelszweig der Gesellschaft" ist. Diesen kann der eine Gesellschafter nicht durch sein Verbot einzelner Geschäfte einseitig verändern.

2. Dauer des Wettbewerbsverbots. **RG.** 11. 1. 16, R. 16 Nr. 1182. Nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters zufolge seines eigenen Konkurses besteht für ihn kein gesetzliches Wettbewerbsverbot; auch ein vertragsmäßiges Verbot für den Kündigungsfall trifft darauf nicht zu.

§ 114.

1. Haftung einer off. HG. für einen durch mangelhafte Einrichtung verursachten Betriebsunfall. Das JDR. 14 § 114 Ziff. 1 abgedruckte Urteil findet sich auch BauersZ. 23, 46.

2. **RG.** 11. 5. 16, WarnE. 16, 272. Vermutung dafür, daß ein Gesellschafter namens der Gesellschaft gehandelt hat. § 344 HGB. gilt nur für die von einem Einzelkaufmann oder einer Handelsgesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte; auf die des Gesellschafters einer off. HG. findet er keine Anwendung. Für die Frage, ob ein Gesellschafter bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts namens der Gesellschaft oder in privater Eigenschaft gehandelt hat, ist nicht § 344 HGB., sondern § 164 BGB. maßgebend. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, daß der von dem Gesellschafter seinem Namen beigefügte Zusatz „in Firma F. G. N." nur zur Bezeichnung seines Standes habe dienen sollen und die Annahme, er habe namens der Gesellschaft gehandelt, noch nicht rechtfertige, wurde vom RG. als nicht rechtsirrig erachtet. Bezüglich des in dem fraglichen Schuldscheine des Gesellschafters enthaltenen Vermerkes, daß er die Beträge zur Tilgung von Geschäftsschulden erhalten habe, führte das RG. aus: „Auf den Zweck der Aufnahme der Darlehen, auf den Beweggrund und ob der Gesellschafter insbesondere mit dem Gelde die Lücken ausfüllen wollte, die durch seine rechtswidrigen Geldentnahmen in der Geschäftskasse entstanden waren, kommt es entscheidend nicht an."

§ 121.

Gewinnanteil. Verjährung des Anspruchs auf den Gewinnanteil. **RG.** 19. 1. 16, JW. 16, 576. Vgl. oben zu § 722 BGB.

Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter nach außen.

§ 123.

Zu Unrecht eingetragene Handelsgesellschaft. Stuttgart 28. 1. 16, R. 16 Nr. 736. Der Dritte, der weiß, daß die auf den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags abzielenden Verhandlungen sich zerschlagen haben, kann sich nicht darauf berufen, daß die Eintragung der off. HG. erfolgt ist.

§ 124.

1. *Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZBlFG. 16, 600. Eine kommunale Sparkasse kann als offene Handelsgesellschaft mit dem Charakter eines Vereins Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben. Vgl. zu §§ 709, 730 BGB., §§ 36, 105, 146. HGB.

2. Aktivlegitimation der Gesamtheit der einzelnen Gesellschafter zur Klageanstellung. OLG. Kiel, JDR. 14 § 124 Ziff. 2, findet sich auch BauersZ. 23, 69.

§ 125.

1. **RG.** 28. 2. 16, R. 16 Nr. 1276. Der vom RG. aufgestellte Satz, daß bei Gesellschaften des BGB. jeder Gesellschafter die Leistung an alle Gesellschafter fordern kann, sofern sich die Leistung, auch wenn ihr Gegenstand an sich teilbar ist, wegen ihres Zweckes rechtlich als eine unteilbare darstellt, darf auf anders geartete Gesellschaften, insbesondere auf off. HG. und Kommanditgesellschaften, nicht ausgedehnt werden. Vgl. JDR. 14 § 125 Ziff. 1.

2. KG. 14. 1. 16, KGJ. 48, 127, R. 16 Nr. 1183, ZBlFG. 17, 50. Die Erben, die ein zum Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft in ungeteilter Erbengemeinschaft fortführen, können nicht durch Vertrag einzelne oder alle Miterben von der Vertretung ausschließen; eine analoge Anwendung des § 125 HGB. ist ausgeschlossen, da nur die im HGB. besonders zugelassenen Eintragungen zulässig sind; überdies bestehen zwischen Erbengemeinschaft und Handelsgesellschaft gerade im Vertretungspunkte wesentliche Unterschiede (vgl. § 48).

§ 126.

Mißbräuchliche Ausstellung von Wechseln seitens eines vertretungsberechtigten Teilhabers. BauersZ. 23, 69. Der Gesellschafter hat Wechsel der off. HG. für seine privaten Schulden ausgestellt. Da er vertretungsberechtigt war, haftet die Gesellschaft, es sei denn, daß der Wechselgläubiger der off. HG. zum Schadensersatze verpflichtet ist, weil er die Wechsel unerlaubt erwarb. Wenn das Berufungsgericht das verneint, weil der Gläubiger den Gesellschafter für einen zahlungsfähigen Mann gehalten hat, der größere Summen in Anrechnung auf seinen Geschäftsanteil entnehmen könne, so liegt hierin ein Rechtsirrtum. Geschädigt ist die off. HG., ganz abgesehen von dem Endergebnis einer Auseinandersetzung mit dem Gesellschafter, schon dadurch, daß sie mit den sie nichts angehenden Verbindlichkeiten belastet wurde.

§ 128.

Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten. 1. Haftung der Gesellschafter aus Besserungsscheinen der Gesellschaft. München 21. 2. 13, OLG. 32, 106. Aus einem Besserungsschein, in dem sich die off. HG. verpflichtet, die nachgelassenen 50 v. H. zu bezahlen, sobald sie zur Berichtigung ohne Beeinträchtigung ihres Geschäftsbetriebs in der Lage sein wird, kann nach Auflösung der Gesellschaft nicht gegen die Gesellschafter geklagt werden. Die Gesellschafter, die für die Gesellschaftsschuld solidarisch und unbeschränkt haften, hätten darüber hinaus noch eine vom Gesellschaftsverhältnis unabhängige persönliche Verpflichtung zwar übernehmen können; das ist aber nicht geschehen. Die Ausstellung des Scheines geschah offensichtlich, um die Fortführung der Firma zu ermöglichen; mit ihrer Auflösung stand fest, daß der Geschäftsbetrieb durch die Nachzahlung nicht mehr beeinträchtigt werden könne; damit war die Nachzahlungsverbindlichkeit fällig geworden. Da die Frist des § 159 bei Klagestellung schon abgelaufen war, ist eine Haftung der Gesellschafter nicht mehr gegeben.

2. Schulden der off. H.G. und deren Kenntnis vom Zwangsversteigerungsverfahren in ihrem Einfluß auf die Gesellschafter. **RG.** 21. 7. 16, LeipzZ. 16, 1303. Nach dem Wortlaute des § 128 könnte es den Anschein haben, als werde bei Eingehung einer Verbindlichkeit durch eine off. HG. in erster Linie nur die Gesellschaft, die Gesellschafter aber erst in zweiter Linie haftbar. Wäre das richtig, dann könnten bezüglich der Anwendbarkeit des § 1166 BGB. zugunsten des Gesellschafters Zweifel bestehen. Die für das alte Recht vom **RG.** 30, 35 vertretene Ansicht von der akzessorischen Haftung der Gesellschafter ist mit dem jetzigen HGB. nicht vereinbar, da die off. HG. kein selbständiges Rechtssubjekt ist. Die Verbindlichkeiten der off. HG. sind solche der einzelnen Gesellschafter, und zwar in der Weise, daß den Gläubigern einmal das unter der Gesellschaft vereinigte Gesamt-

vermögen der Gesellschafter, ferner jeder einzelne Gesellschafter mit seinem Sondervermögen haftet. Deshalb findet § 1166 zugunsten des einzelnen Gesellschafters Anwendung.

§ 129.

KG. 25. 5. 14, OLG. 32, 107. Verjährungseinrede des Gesellschafters, der nach rechtskräftiger Verurteilung der Gesellschaft ausschied, s. § 159.

§ 130.

Neueintritt eines Gesellschafters vgl. § 105 Ziff. 4.

Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

§ 131.

Auflösung. 1. Durch einstweilige Verfügung. a) KG. 24. 9. 15, DNotV. 16, 574, OLG. 32, 109. Durch einstweilige Verfügung kann jedenfalls keine Auflösung als ein endgültiger Zustand hergestellt und somit keine Liquidation herbeigeführt werden, weil das mit der Natur dieses Behelfes als einer einstweiligen Regelung nicht vereinbar ist.

b) **RG.** 28. 2. 16, R. 16 Nr. 1355. Die wenn auch lediglich im Wege der einstweiligen Verfügung rechtskräftig ausgesprochene Auflösung der Gesellschaft beschränkt die Vertretungspflicht der Gesellschafter, solange die einstweilige Verfügung in Kraft bleibt.

2. Tod eines Gesellschafters; Nichteintragung der Auflösung in das Handelsregister. KG. 9. 7. 14, DNotV. 16, 573, OLG. 32, 93, ZBlFG. 16, 634. Die Auffassung, daß die Erben eines verstorbenen Gesellschafters, wenn die Auflösung der Gesellschaft nicht in das Handelsregister eingetragen ist, als Gesellschafter für den Verstorbenen zu gelten hätten, dehnt die im § 15 HGB. an die Nichteintragung geknüpfte Folge unzulässig aus, indem statt der Nichtberücksichtigung der nicht eingetragenen Tatsache (Tod des Gesellschafters) die positive Fiktion einer gar nicht gegebenen und daher auch nicht einzutragenden Tatsache (Eintritt der Erben in die Gesellschaft) gesetzt wird. Die Erben können dem Gläubiger die nicht eingetragene Tatsache der Auflösung durch den Tod allerdings nicht entgegenhalten, aber sie gelten noch nicht als Gesellschafter, so daß sie deshalb nach § 128 HGB. für die Schulden der Gesellschaft persönlich hafteten. Die Folge der Nichteintragung ist nur die, daß der Gesellschaftsgläubiger diese tatsächlich und von selbst eingetretene Auflösung der Gesellschaft sich gegenüber nicht gelten zu lassen braucht; es wird ihm gegenüber so angesehen, als bestände die Gesellschaft noch unverändert fort, so daß also der Verstorbene persönlich nach § 128 HGB. haftet und an seiner Stelle seine Erben nach erbrechtlichen Grundsätzen für seine Schulden haftbar sind.

3. Einfluß der Auflösung einer off. HG. auf eine Genossenschaft, andere off. HG. oder Gesellschaft des BGB., deren Mitglied die aufgelöste war. **RG.** 21. 12. 15; 87, 408, JW. 16, 140, s. § 76 GenG.

4. **RG.** 13. 7. 15, R. 16 Nr. 666. Es ist rechtlich zulässig die Abrede zwischen den bisherigen Gesellschaftern und einem Dritten, daß dieser Dritte an die Stelle eines der bisherigen Gesellschafter eintritt und daß gleichzeitig das Rechtsverhältnis zwischen dem Neueintretenden und dem anderen Gesellschafter unter Auflösung der Gesellschaft geändert wird.

§ 133.

Auflösung wegen eines wichtigen Grundes. 1. **RG.** 22. 10. 15, R. 16 Nr. 110. Grobe Beschimpfungen des einen Gesellschafters gegen den anderen begründen die Ausschließung, zumal wenn es sich um Verfehlungen des Sohnes gegen den Vater handelt, mag ersterer auch gereizt gewesen sein.

2. **RG.** 22. 10. 15, LeipzZ. 16, 40. Ein wichtiger Grund liegt dann vor, wenn dem Gegner die Fortsetzung der Gesellschaft nicht mehr zugemutet werden kann, weil die Voraussetzungen für ihr Gedeihen aus sachlichen oder persönlichen Gründen nicht mehr vorliegen.

3. **RG.** 22. 10. 15, R. 16 Nr. 109. Fortsetzung der Gesellschaft trotz Kenntnis eines wichtigen Grundes beweist nicht ohne weiteres Verzeihung. Vielmehr ist es Tat-

frage, ob in der Fortsetzung eine Verzeihung zu erblicken ist. Daß auch verziehene Verfehlungen, die für sich allein die Auflösungsklage nicht mehr rechtfertigen können, mit späteren in Verbindung gebracht werden dürfen und in ihrer Verbindung einen wichtigen Auflösungsgrund bilden können, ist allgemein anerkannt.

§ 135.

Anspruch des Privatgläubigers eines Gesellschafters auf Erteilung der Liquidationsbilanzen. Das Urteil des OLG. Dresden, JDR. 14 § 135 Ziff. 1, findet sich auch BauerZ. 23, 43.

§ 138.

Ausscheiden eines Gesellschafters; Auflassung. Vgl. § 105 Ziff. 4, § 131 Ziff. 4, § 158.

§ 139.

Schrifttum: Kretzschmar, Haftung des Erben, wenn der Erblasser einer offenen Handelsgesellschaft angehörte, ZBlFG. 17, 7. Vgl. § 27.

1. *Riesenfeld, Die Erbenhaftung nach dem BGB. I, 240. Wenn man auf das Innenverhältnis der durch einen Gesellschaftsvertrag an die Gesellschaft gebundenen Erben lediglich erbrechtliche Grundsätze anwenden würde (vgl. jedoch Staub, Anm. 7 zu § 139), so würde es sich bald erweisen, daß eine Anwendung der Grundsätze des § 139 HGB. undenkbar wäre. Nach erbrechtlichen Grundsätzen unterliegt der gesamte Nachlaß der gemeinschaftlichen Verwaltung der sämtlichen Erben. Zur Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand sind die Erben gleichfalls nur gemeinschaftlich berechtigt (§§ 2038, 2040). Danach würden, solange der Gesamtnachlaß ungeteilt ist, die Erben nur gemeinschaftlich den Anteil ihres Erblassers am Gesellschaftsvermögen verwalten und nur gemeinschaftlich über ihn verfügen können, da er im Sinne des § 2040 ein Nachlaßgegenstand ist (er ist ein einzelner Komplex des Nachlaßvermögens). Dies würde aber im Falle der Uneinigkeit der Erben ausschließen, daß der einzelne Miterbe diejenige Stellung zur Gesellschaft einnehmen könnte, die ihm genehm wäre; es könnte also nicht der eine von ihnen offener Gesellschafter, der andere Kommanditist werden, der dritte ausscheiden. Die Erben würden sich ferner, solange keine Auseinandersetzung bezüglich des Geschäftsanteils erfolgt, insoweit stets in ungeteilter Gemeinschaft befinden. Es erhellt, daß erbrechtliche Grundsätze auf diese Verhältnisse nicht anwendbar sein können. Vielmehr ist hier allein der § 139 HGB. bestimmend. Der Wortlaut des Paragraphen läßt zweifelsfrei erkennen, daß bezüglich des Nachlasses, soweit er Gesellschaftsvermögen ist, die besonderen Grundsätze des Paragraphen zur Anwendung gelangen; er ergibt, daß jeder von mehreren Erben eines Gesellschafters vom Willen bzw. Einflusse der übrigen Erben unabhängig ist und selbständig die ihm passende Stellung zur Gesellschaft einnehmen kann. Eine solche unterschiedliche Stellungnahme ist aber undenkbar, wenn angenommen wird, daß die Erben hinsichtlich des im Gesellschaftsvermögen steckenden Teiles des Nachlasses aneinander gebunden sind. Es muß also, im Gegensatze zu dem übrigen Nachlasse, der bis zur Teilung in der Gesamtberechtigung der Erben steht, der im Gesellschaftsvermögen enthaltene Teil des Nachlasses eine Sonderstellung im Nachlaß einnehmen. Sie äußert sich vor allem darin, daß dieser Teil des Nachlasses unter den Erben als geteilt gilt. Der dabei dem einzelnen Miterben zufallende Teil richtet sich nach seiner Erbquote überhaupt. Als Zeitpunkt dieser Teilung ist derjenige des Erbfalls zu erachten, weil die spätere Stellungnahme des einzelnen Miterben jedenfalls nichts daran ändern kann, daß er entweder offener Gesellschafter oder Kommanditist ist oder aus der Gesellschaft ausscheidet.

2. Dresden 23. 10. 15, BauerZ. 23, 213, DNotV. 16, 573, R. 16 Nr. 1953, RJA. 15, 43, SächsOLG. 37, 49, ZBlFG. 17, 248. Die Erbengemeinschaft als solche kann nicht als Teilhaberin in eine off. HG. eintreten, vielmehr müssen die einzelnen Erben als Gesellschafter eintreten. Ein anderes läßt die Ausgestaltung der off. HG. nicht zu: denn danach können nur einzelne — natürliche oder juristische — Personen, nicht aber Gemeinschaften, auch nicht solche zur gesamten Hand, Gesellschafter sein.

3. KG. 14. 1. 16, KGJ. 48, 127, R. 16 Nr. 1183, ZBlFG. 17, 50. Die Erben, die ein zum Nachlasse gehöriges Handelsgeschäft in ungeteilter Erbengemeinschaft fortführen, können nicht durch Vertrag einzelne oder alle Miterben von der Vertretung ausschließen.

§ 140.

Auflösung, weil der eine Gesellschafter Engländer ist. Dresden 2. 11. 15, BauersZ. 23, 137, SächsRpflA. 16, 44. Vgl. JDR. 14 § 140 Ziff. 1.

§ 142.

Personenveränderung bei einer aus zwei Mitglieder bestehenden Gesellschaft. 1. Berichtigung des Grundbuchs bei dem Erwerbe des Grundstücks einer aufgelösten zweigliedrigen off. HG. seitens eines der Gesellschafter. Dresden 10. 4. 15, ZBlFG. 16, 679. Für den Übergang des Eigentums an dem Gesellschaftsgrundstück ist wesentlich die Vereinbarung der Gesellschafter, daß der eine Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehme. Der fehlende Nachweis für eine solche Übernahme des Geschäfts kann nicht etwa dadurch ersetzt werden, daß das Amtsgericht auf Grund der Anmeldung in der 2. Abteilung des Handelsregisters eingetragen hat, daß der eine Gesellschafter ausgeschieden sei und der andere das Geschäft und die Firma allein fortführe; denn nicht die Fortführung des Geschäfts, sondern dessen Übernahme mit Aktiven und Passiven ist das Wesentliche. Nur eine derartige Übernahme des Geschäfts kann bei der Auflösung einer zweigliedrigen Gesellschaft die Annahme der Anwachsung des Anteils des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen an den Anteil des anderen Gesellschafters und damit eines ohne Auflassung erfolgenden Eigentumsüberganges rechtfertigen.

2. Neueintritt eines Gesellschafters an Stelle des ausscheidenden vgl. § 105 Ziff. 4, § 131 Ziff. 4.

3. Dresden 23. 12. 15, DNotV. 16, 573, JW. 16, 350. Der Austritt des einen ausländischen Gesellschafters und die Übernahme des Geschäfts für alleinige Rechnung durch den anderen Gesellschafter unter Weiterführung der Firma bei einem unter Zwangsverwaltung gestellten britischen oder französischen Unternehmen kann nur auf die Anmeldung seitens des Verwalters in das Handelsregister eingetragen werden. S. hierzu Hachenburg, JW. 16, 350.

§ 143.

Anmeldung und Eintragung der Auflösung. Haftung der Erben eines Gesellschafters bei Nichteintragung der Auflösung der Gesellschaft. KG. 9. 7. 14, OLG. 32, 93. Wenn die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, die Auflösung aber in das Handelsregister nicht eingetragen worden ist, so hat das nicht etwa zur Folge, daß die Erben nun gegenüber den Gläubigern als Gesellschafter zu gelten haben und deshalb persönlich haften, sondern die Erben sind nur an Stelle des Gestorbenen nach erbrechtlichen Grundsätzen für seine Schulden haftbar. Vgl. § 131 Ziff. 2.

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

§ 145.

RG. 9. 5. 16, R. 16 Nr. 1184. Die Ansprüche einer off. HG. gehen mit deren Erlöschen nicht kraft Gesetzes auf die einzelnen Gesellschafter über. Es hängt vielmehr von dem Ergebnisse der Liquidation oder der sonstigen Art der Auseinandersetzung ab, ob ein der Gesellschaft zustehender Anspruch, auch ein solcher aus einem Versicherungsverhältnis, auf den einen oder anderen Gesellschafter übergeht oder wie sonst darüber verfügt wird.

§ 146.

Berufung der Liquidatoren. 1. *Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZBlFG. 16, 600. Ist der Sparkassenverein eine offene Handelsgesellschaft, so findet in der Regel die Liquidation durch die sämtlichen Gesellschafter, also die Vereinsgemeinden,

statt. Den Beschluß eines kommunalen Sparkassenvereins, sich in eine Kreissparkasse umzuwandeln, als Auflösungsbeschluß auszulegen, scheint kaum zulässig. Vgl. zu §§ 709, 730 BGB., §§ 36, 105, 124 HGB.

2. Arglistige Erschleichung der Bestellung als Liquidator. Josef, HoldheimsMSchr. 16, 97. Der Grundsatz, daß niemand ein formales Recht gebrauchen darf zum Zwecke einer der guten Sitte widerstreitenden Schädigung anderer, gilt auch für die im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergehenden Entscheidungen. Wer eine solche Verfügung durch Täuschung des Gerichts zwecks Schädigung eines anderen erschlichen hat, kann sich auf die durch diese Verfügung entstandene Rechtslage nicht berufen, mag die Verfügung auch formell rechtskräftig geworden oder unangefochten geblieben sein. Hat also nach Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter seine Bestellung als alleiniger Liquidator erwirkt durch die bewußt unwahre Angabe, daß der andere Gesellschafter in unbekannter Abwesenheit weile, und ist diese Verfügung, die dem letzteren durch öffentliche Zustellung bekanntgemacht war, rechtskräftig geworden, so ist ihm der Antragsteller schadensersatzpflichtig. Dieser kann sich nicht darauf berufen, daß durch die von ihm erwirkte Verfügung, da sie rechtskräftig geworden, das Rechtsverhältnis endgültig geregelt sei. Denn eine Rechtskraft der im § 322 ZPO. bezeichneten Art, also gänzlicher Unabänderlichkeit, gibt es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht. In dieser werden vielmehr Entscheidungen, soweit sie der einfachen Beschwerde unterliegen, überhaupt nicht rechtskräftig im Sinne der Unabänderlichkeit, und soweit sie der sofortigen Beschwerde unterliegen, rechtskräftig nur in dem Sinne, daß das Gericht bei gleichbleibender Sachlage das Zuerkannte nicht ändern, das Aberkannte nicht zuerkennen kann, auf Grund veränderter Sachlage aber eine neue Verfügung erlassen kann, durch die die erste ihrer Wirksamkeit beraubt wird. Danach steht der Anwendung des § 826 BGB. auf arglistig erschlichene Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nichts entgegen.

§ 149.

Aufgabe der Liquidatoren. Kiel 18. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 76. Zu den im § 149 genannten, vom Liquidator einzuziehenden Forderungen der Gesellschaft sind auch die Forderungen zu rechnen, die der Gesellschaft gegen ihre Mitglieder zustehen. Der beklagte Gesellschafter kann sich gegen eine solche Inanspruchnahme nicht darauf berufen, daß der Liquidator als Vertreter der Gesellschaft einzelne von dem Gesellschafter vereinnahmte Beträge herausgreift und einklagt. Es ist dem Liquidator nicht verwehrt, von einem Gesellschafter, der Schuldner der Gesellschaft ist, jede einzelne Schuld getilgt zu verlangen. Der Liquidator braucht nicht eine das gesamte Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter umfassende Abrechnung aufzustellen und den Saldo gegen den Gesellschafter einzuklagen.

§ 158.

BayObLG. 13. 3. 16, R. 16 Nr. 994 (vgl. § 105 Ziff. 4 b). Gilt eine zweimännige off. HG. kraft Gesetzes trotz Auflösung und Löschung mangels Auseinandersetzung hinsichtlich eines Vermögensstücks (Grundstücks) als fortbestehend, so ist eine Anwachsung des Eigentums an den allein übrig bleibenden Gesellschafter nach Ausscheiden des anderen Gesellschafters ohne Auflassung ausgeschlossen.

Sechster Titel. Verjährung.

§ 159.

KG. 25. 5. 14, OLG. 32, 107. Gesellschafter können, wenn sie persönlich belangt werden, Einwendungen, die nicht in ihrer Person begründet sind, nur insoweit erheben, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können (§ 129). Kann also die Gesellschaft Verjährung nicht einwenden, weil ihr gegenüber die Verjährung durch den Vorprozeß rechtzeitig unterbrochen und mit ihrer Verurteilung nach § 218 BGB. an Stelle der 4 jährigen Frist die 30jährige getreten ist, so kann auch der persönlich belangte Gesellschafter,

der erst nach rechtskräftiger Verurteilung der Gesellschaft ausschied, sich nicht auf die Verjährung des § 196 BGB. berufen, sondern nur auf die besondere Verjährung des § 159.

Anhang: Stempelrecht.

1. Stempel für Umschreibung eines Gesellschaftsgrundstücks auf den das Geschäft allein fortsetzenden Teilhaber. TarifNr. 11 c u. d RStempG. **RG.** 11. 5. 15, BauersZ. 23, 67. Haben die beiden Gesellschafter einer off. HG. vereinbart, daß im Falle des Ablebens eines der Gesellschafter der Überlebende berechtigt sein solle, das Geschäft gegen eine bestimmte, den Erben des Vorversterbenden zu zahlende Abfindung zu übernehmen, so stellt dieser Vertrag nicht etwa eine durch den Tod des einen Gesellschafters bedingte Veräußerung der einzelnen Vermögensstücke dar; er hat vielmehr nur die Wirkung, daß die Liquidation der Gesellschaft verhindert und dadurch Raum geschaffen wurde für den nach § 738 BGB. in einem solchen Falle eintretenden Rechtsvorgang, durch den der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen dem anderen Gesellschafter von selbst zuwuchs. Einer besonderen Übertragung der Vermögensstücke bedarf es nicht, und ein mit den Erben des gestorbenen Gesellschafters geschlossener Vertrag über Überlassung ist kein unter TarifNr. 11 c u. d fallendes Rechtsgeschäft. Dagegen ist der Fall der TarifNr. 11 Abs. 2 gegeben, nach dem der Antrag auf Umschreibung von Gesellschaftseigentum auf den Namen eines Gesellschafters dem Auflassungsstempel auch dann unterliegt, wenn nach bürgerlichem Rechte eine Auflassung, nicht erforderlich ist.

2. **RG.** 19. 4. 15, DNotV. 16, 615, HoldheimsMSchr. 15, 200. Haben die Gesellschafter einer off. HG. vereinbart, daß nach dem Tode des Erstversterbenden der Überlebende berechtigt sein soll, das Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven gegen bestimmte Abfindung zu übernehmen, so wirkt diese Vereinbarung dinglich. Auflassung ist nicht erforderlich. Der Vertrag des Überlebenden mit den Erben des Verstorbenen über die Übernahme und die Höhe usw. der Abfindung unterliegt deshalb nicht dem Überlassungsstempel TarifNr. 1 A e. Anwendbar ist TarifNr. 11 b Abs. 2 RStempG. (Umschreibung von Gesellschaftseigentum auf den Namen eines Gesellschafters); es ist also der Auflassungsstempel, und zwar vom Werte des ganzen Grundstücks, zu entrichten.

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.

§ 161.

1. Buch, Schuld und Haftung 32. Bei der Kommanditgesellschaft wird die Haftung zur Quelle der Schuld bei Komplementären wie Kommanditisten. Wenn der Kommanditist nur bis zur Höhe seiner Einlage haftet, so bedeutet das nicht nur eine rechnerische Beschränkung der Haftung, sondern eine Limitierung der Schuld derart, daß nach erfolgter Leistung des Einlagebeitrags nicht bloß die Haftung, sondern jede unmittelbare Schuld den Gesellschaftsgläubigern gegenüber beendigt ist.

2. BayObLG. 17. 5. 15, OLG. 32, 109. Da die Vorschriften für die off. HG. auf die Kommanditgesellschaft Anwendung finden, kann auch bei Auflösung der Übergang des Vermögens auf den persönlich haftenden Gesellschafter ohne Liquidation vereinbart werden.

3. **RG.** 28. 2. 16, BauersZ. 23, 270, BayRpflZ. 16, 201, JW. 16, 837. Der Satz, daß der Teilhaber einer off. HG. nicht im eigenen Namen eine an die Gesellschaft zu bewirkende Leistung einklagen kann (**RG.** 86, 66, vgl. JDR. 14, 469, § 125 HGB.), findet auch bei der Kommanditgesellschaft Anwendung.

§ 171.

Hamburg 23. 5. 14, OLG. 32, 109. § 171 Abs. 2 ist nicht auch anwendbar, wenn nach Auflösung der Gesellschaft der Komplementär in Konkurs geht. Die Gläubiger können also ihre Rechte gegen den Kommanditisten unmittelbar verfolgen. Daß dann die, die zuerst ein Urteil erlangten, Zahlung erhalten, andere aber leer ausgehen, ist ein

Zustand, der mehr oder weniger überall entsteht, wo ein Schuldner mehrere Gläubiger hat. Ganz anders steht die Sache, wenn die Gesellschaft noch besteht; denn dann ist der Konkursverwalter Verwalter über das im Konkurse befindliche Gesellschaftsvermögen, das die Einlage des Kommanditisten mitumfaßt; deshalb müssen dann die Rechte der Gesellschaftsgläubiger gegen den Kommanditisten durch den Verwalter ausgeübt werden.

§ 177.

Schrifttum: Kretschmar, Haftung des Erben, wenn der Erblasser Kommanditist war, ZBlFG. 17, 10.

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.

Vorbemerkung: Das laufende Berichtsjahr hat auf dem Gebiete des Schrifttums hauptsächlich die Erörterung zweier Fragen gebracht. Die eine Frage betrifft die Sonderrücklage für die Kriegsgewinnsteuer, ihre rechtliche Natur, bilanz- und steuerrechtliche Behandlung; die hierzu veröffentlichen Abhandlungen finden sich bei § 262 abgedruckt. Fast noch mehr als mit dieser Frage hat sich das Schrifttum mit der Frage der Berechnung der Vorstands- und Aufsichtsratstantiemen beschäftigt; auch hier hat die Erörterung, ob die Sonderrücklage für die Kriegsgewinnsteuer tantiemepflichtig sei oder nicht, einen großen Raum eingenommen. Daneben fand auch die Tantiemepflicht des Gewinnvortrags eingehende Erörterung (vgl. § 237). Hervorzuheben sind weiter die Abhandlungen über das Recht des Aktionärs auf Auskunfterteilung in der Generalversammlung (s. § 250) und der Aufsatz Pinners über die Stellung des RG. zur Frage der Minderheitsrechte der Aktionäre (s. § 271 II 6). Aus dem Bereiche der Rechtsprechung seien zwei Urteile des RG. hervorgehoben; das eine (abgedruckt bei § 213) beschäftigt sich mit der Einlösungsgarantie einer AG. für die von ihr ausgegebenen Aktien, das zweite, das bei § 306 wiedergegeben ist, bespricht den Einfluß der Fusion zweier AG. auf Kontokurrentforderungen.

Schrifttum: Plesch, Die Aktiengesellschaft nach ungarischem Rechte, HoldheimsMSchr. 16, 94. — Gergely, Zur Frage der Vereinheitlichung des Aktienrechts, das. 237.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 179.

BauersZ. 23, 142. Der Rückkauf von Genußscheinen, und zwar aus den laufenden Mitteln, wobei der Kaufpreis über Handlungsunkosten verbucht wird, ist geeignet, den Reingewinn der Gesellschaft zu verkürzen. Deshalb läßt sich wohl vertreten, daß die Kriegsgewinnsteuer von der zum Ankauf ausgegebenen Summe mitzuberechnen ist.

§ 182.

Gründung; Gesellschaftsvertrag. 1. Wirkung der Übernahme der Gründungskosten im Gesellschaftsvertrag, auch wenn der Aktienstempel unterdessen erhöht wurde oder der Aktionär inzwischen seine Aktien verkaufte. BauersZ. 23, 80. Vgl. Anhang zu § 319 RStempG. Ziff. 1.

2. **RG.** 28. 9. 15, BauersZ. 23, 107. Der Auftrag zur Besorgung aller Vorarbeiten zwecks Gründung einer AG. stellt sich als jederzeit widerruflicher Mäklervertrag dar.

3. Firma. Firma eines hinzuerworbenen Geschäfts. **RG.** JDR. 14 § 182 VI B 3 auch OLG. 32, 110 Anm. u. unten Ziff. 4 zu § 306.

§ 185.

Vorzugsaktien. Wiederaufhebung des Vorrechts; Vorlage der Aktien. BauersZ. 23, 147. Vorzugsaktien lassen sich ihrer Vorrechte wiederum entkleiden, gleichviel ob sie im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch eine Änderung desselben entstanden sind. Zwecks entsprechender Abstempelung der Aktien fordert der Vorstand die Vorzugsaktionäre zur Vorlage der Aktien auf. Kommen die Aktionäre der Aufforderung nicht nach, so steht der Verwaltung ein Zwangsmittel nicht zu. Das Gesetz kennt für einen solchen Fall kein Amortisationsrecht. Für die Anstellung einer Zivilklage mit dem Antrage, den säumigen Aktionär zur Vorlage seiner Aktien zwecks Berichtigung zu verurteilen, fehlt es an einer rechtlichen Handhabe.

§ 186.

RG. 13. 7. 16, JW. 16, 1413, R. 16 Nr. 1772. Der Gesellschaftsvertrag unterliegt den allgemeinen Auslegungsvorschriften des BGB., auch soweit Vereinbarungen der Gründer nach § 186 Abs. 2 H G B. in Betracht kommen, die der Gesellschaft gegenüber nur wirksam sind, wenn sie im Gesellschaftsvertrage zum Ausdrucke gebracht sind.

§ 189.

Aktienzeichnung. 1. Anfechtung der Aktienzeichnung s. § 213.

2. Inhalt des Zeichnungsscheins. a) Düsseldorf 5. 5. 16, LeipzZ. 16, 1059. Ein Zeichnungsschein, wonach 6 Personen 29 Aktien à 1000 M. „zu gleichen Teilen" übernehmen, ist dahin zu verstehen, daß das Konsortium im ganzen 29 Aktien zeichnet und jeder Teilnehmer zu dem vollen Betrage der AG. haftet, die Angabe des Teilungsmaßstabs aber nur die Bedeutung hat, daß im inneren Verhältnisse der Teilnehmer zueinander jeder ein Sechstel zu dem gezeichneten Betrage beizutragen hat. Den Erfordernissen der §§ 189 Abs. 2, 281 Abs. 1 HGB. ist daher genügt.

b) Vgl. § 281 Abs. 2.

§ 191.

Abs. 2. Gründerbericht. König, SächsRpflA. 16, 298. Als Stichtag für die nach § 191 Abs. 2 abzugebende Erklärung der Gründer hat der Tag zu gelten, an dem der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen oder an dem unter dessen Abänderung in bezug auf die Sacheinlagen oder Sachübernahmen der für die Eintragung maßgebende Gesellschaftsvertrag festgestellt wird.

§ 195.

Anmeldung. KG. 5. 3. 15, ZAktWes. 23, 10. Die Notariatsgebühren für die Beglaubigung der Unterschriften zur handelsregisterlichen Anmeldung sind nach dem Grundkapitale, nicht nach der Quote der Gründungsbeteiligung zu berechnen.

§ 201.

Zweigniederlassung. 1. Pflicht des Vorstandes bei Betriebseinstellung einer Zweigniederlassung, das Erlöschen der Firma der letzteren zum Handelsregister anzumelden. **RG.** JDR. 14 § 201 auch ZAktWes. 23, 4.

2. Fusion; Fortführung des aufgenommenen Geschäfts als Zweigniederlassung. **RG.** 8. 6. 15, ZBlFG. 16, 388. Vgl. § 306.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 211.

Einzahlungspflicht des Aktionärs. Keine Verweigerung der Einzahlung wegen Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszwecks. **RG.**, JDR. 14 § 211 Ziff. 3, auch BauersZ. 23, 32.

§ 212.

Nebenleistungsgesellschaft. **RG.** 11. 1. 16, R. 16 Nr. 737. Ob die Aktionäre bei ihren Beschlüssen auf Rübenlieferung sich der seit 1900 eingetretenen Rechtsänderung bewußt waren, ist belanglos.

§ 213.

Vermögensrechtliche Ansprüche des Aktionärs gegen die Gesellschaft. I. Dividendenanspruch. 1. BauersZ. 23, 32. Es ist zulässig, ohne Generalversammlungsbeschluß und ohne Änderung des Gesellschaftsvertrags, wenn ein Dritter z. B. zwecks Sanierung der Gesellschaft ein Darlehen gegeben hatte, den Aktionären den Anspruch auf Gewinn derart zu verkürzen, daß der Dritte zwecks Tilgung des Darlehens und der Zinsen im Gewinnbezuge ihnen vorgeht und vertraglich das Recht auf einen bestimmten Gewinnanteil erwirbt. — Wegen der bilanzmäßigen Behandlung solcher Posten s. § 261.

2. BauersZ. 23, 101. Unterschiedliche Behandlung der Vorzugsaktien und Stammaktien in der Auszahlung der beschlossenen Dividende. Hat eine AG. Vorzugsaktien ausgegeben, die lediglich Anrecht auf eine 6 %ige Dividende gewähren, während der Rest des Gewinns den Stammaktien zufallen soll, und hat die Generalversammlung beschlossen, aus dem Überschusse die Vorzugsaktien mit den 6 %, die Stammaktien mit 16% zu bedenken, so ist es zulässig, zu beschließen, daß die 6 % sofort auszuzahlen seien, die Ausschüttung der 16 % dagegen bis zum Kriegsende zu verschieben. In der Regel wird zwar die Gewinnermittlung und Auszahlung des Gewinns für die beiden Aktiengattungen die gleiche sein. Das Gesetz verbietet aber eine unterschiedliche Behandlung in Anbetracht der Auskehrung der Dividende nicht.

II. Einlösungsgarantie. **RG.** 12. 10./26. 11. 15; 87, 339, BauersZ. 23, 198, HoldheimsMSchr. 16, 227, JW. 16, 490, LeipzZ. 16, 384, R. 16 Nr. 531, 532. Daß jedes Versprechen einer AG., ihre Aktien in Zukunft zu einem bestimmten Betrag einzulösen, dem § 213 HGB. zuwiderlaufe, ist nicht richtig. In Übereinstimmung mit **RG.** 68, 309, 76, 310 ist zu unterscheiden, ob das Versprechen dem Aktionär in Verbindung mit der Gründung oder Kapitalserhöhung erteilt wurde oder ob es einem die Aktien betreffenden Umsatzgeschäft als Bestandteil angehört. Nur im ersten Falle greift § 213 HGB. Platz und hat die Nichtigkeit der Einlösungsgarantie zur Folge. — Hierzu Hachenburg a. a. O.: Kann die AG. ihren Aktionären gültig den Rückkauf zusagen, sobald dies nur nicht bei der Gründung oder Erhöhung des Grundkapitals erfolgte, so kann sie damit für den Fall ihres Zusammenbruchs ihre Aktionäre zu Gläubigern machen. Die AG. braucht nicht in Konkurs zu sein. Es genügt schon, daß ihre Aktien entwertet sind. Wenn die Aktien, die zu 100 von der AG. verkauft sind und die sie zu diesem Kurse zurückzunehmen hat, nur 30 wert sind, so schüttet die AG. 70 % ihres Kapitals an die Aktionäre zum Schaden der Gläubiger aus. Solche Konsequenz wird das RG. nicht ziehen; deshalb wird es seine Ansicht nachprüfen müssen. — Breit a. a. O. stimmt dem Urteile zu; die Richtigkeit der Ansicht des RG. ergebe sich, sofern man auf den wirtschaftlichen Vorgang den Nachdruck lege, schon aus § 227 HGB., denn wenn z. B. die Satzung bestimme, daß einzelne bestimmte Aktien gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme nach 5 Jahren zu amortisieren seien, so sei das nichts anderes als ein Versprechen der AG., diese Aktien in Zukunft zu einem bestimmten Betrag einzulösen.

III. Verjährung des Anspruchs auf den Gewinnanteil. **RG.** 19. 1. 16 vgl. oben zu § 722 BGB.

IV. Bildung stiller Reserven s. § 262.

V. Anfechtung eines Aktienkaufs. 1. Haftung aus betrügerischen Verkäufen eigener volleinbezahlter Aktien. KG. 27. 4. 15, OLG 32, 110. Sind die Aktien voll einbezahlt, handelt es sich also nicht mehr um eine die Kapitalbeschaffung betreffende Handlung (in welchem Falle eine Anfechtung ausgeschlossen ist), so muß es gleichgültig bleiben, ob die Aktienbank ihre eigenen Aktien oder fremde verkauft. In solchem Falle steht die Bank dem Käufer nur als Verkäuferin gegenüber; sie haftet also wegen Betrugs, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen.

2. **RG.** 2. 6. 16; 88, 271, BankA. 15, 428, JW. 16, 1194. Allgemein ist zwar anerkannt, daß die Aktienzeichnungserklärungen bei der Gründung der Gesellschaft oder bei einer Kapitalserhöhung der Anfechtung wegen Irrtums, Betrugs oder Drohung entzogen sind und daß insoweit die allgemeinen Grundsätze des BGB. sowie die Vorschriften des Börsengesetzes über die Prospekthaftung nicht zur Anwendung gebracht werden dürfen. Die Rechtsprechung hat diesen Grundsatz ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung aus der Erwägung abgeleitet, daß die Zeichnungserklärungen als gesellschaftliche, rechtspolizeiliche, der Allgemeinheit gegenüber vollzogene Vorgänge gälten, daß sie die notwendige rechtliche und wirtschaftliche Grundlage der Gesellschaft als einer reinen Kapitalgesellschaft bildeten und daß im Falle der Zulässigkeit der Anfechtung dieser Erklärungen und ihrer Wiederaufhebung diese Grundlage in Frage gestellt wäre. Gerade dieser Grund, der bei den Zeichnungserklärungen für den Ausschluß der Anfechtung und der Schadensersatzklagen

gegen die Gesellschaft maßgebend war, fehlt jedoch, wenn, nachdem die AG. mit dem ursprünglichen oder erhöhten Kapital in das Leben getreten ist, der Umsatz der Aktien in Frage steht. Dann mangelt es gerade an dem rechtspolizeilichen, nach außen hin kundgegebenen Akte, dessen nach außen hinausgreifende Bedeutung es allein rechtfertigt, von den Anfechtungsregeln des BGB. abzuweichen. Es muß dann vielmehr bei den Regeln verbleiben, denen zufolge der Aktienkäufer diese seine Beteiligungserklärung wegen Irrtums, Betrugs oder Drohung anfechten darf. Die auf die Sicherung des Aktienkapitals zielenden Vorschriften des HGB., insbesondere § 213, können nicht entgegengehalten werden. Sie gelten gegenüber dem, der rechtsgültig Aktionär geworden ist; die Anfechtung bestreitet aber gerade diese Voraussetzung und macht geltend, daß der Aktienkauf und die Beteiligungserklärung nichtig sind. Kein Zweifel besteht endlich darüber, daß die im § 45 BörsG. geregelte Prospekthaftung sich auch gegen die AG. selbst richtet, wenn der Prospekt von ihr ausgeht.

3. **RG.** 4. 4. 16, LeipzZ. 16, 871. Vgl. § 15 GmbHG.

§ 221.

Übertragung der Forderungen der AG. auf rückständige Einlagen. Rosendorff, BankA. 15, 357. Die Frage, ob Forderungen der AG. auf rückständige Einlagen übertragbar sind, wird von Staub § 221 Anm. 9 unter Bezugnahme auf ein Urteil des OLG. Düsseldorf verneint. Das ist nicht richtig. Die in dem erwähnten Urteil enthaltene Berufung auf § 221 ist nicht zutreffend; denn durch die Zession werden die Aktionäre von ihren Leistungen nicht befreit, und es ist keineswegs im Gesetz als unzulässig erklärt, wenn die Gesellschaft gegen Abtretung ihrer Ansprüche auf die rückständigen Einlagen etwas von einem Dritten erwirbt. Auch § 717 BGB. kann nicht herangezogen werden. Gerade daraus, daß das bürgerliche Recht eine ausdrückliche Bestimmung enthält, muß man für die AG. mangels einer solchen Bestimmung das Gegenteil annehmen. Übrigens handelt es sich im § 717 nicht um Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Mitglieder, sondern, da die Gesellschaft keine Rechtspersönlichkeit hat, um Ansprüche der Mitglieder gegeneinander. Auch der besondere Zweck der Beiträge, der Gesellschaft die Mittel zur Erreichung des Gesellschaftszwecks zu verschaffen, schließt das Recht der Abtretung nicht aus. Die Rechte aus den §§ 219, 220 HGB. gehen durch die Abtretung natürlich nicht auf den Dritten über. Das RG. hat die Möglichkeit, den Anspruch einer GmbH. auf Einzahlung der Stammeinlage abzutreten oder zu verpfänden, ständig anerkannt. Da das RG. hierbei Rechtsgrundsätze ausgesprochen hat, die zweifellos aus der Eigenschaft der Gesellschaft als Kapitalsgenossenschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit fließen, so sind sie auch für die AG. verwertbar. Ebenso BauersZ. 23, 245.

§ 222.

Namensaktien. Kiel 17. 6. 16, SchlHolstAnz. 16, 163. Der Verkäufer einer Namensaktie ist verpflichtet, dem Käufer durch Abtretungserklärung oder Indossament die Legitimation als Berechtigter zu verschaffen. Er kann sich nicht darauf berufen, daß der Besitz der Aktienurkunde in Verbindung mit einer Ausfertigung des gerichtlichen Vergleichs genüge, den Käufer als Erwerber zu legitimieren; denn der Wortlaut des Vergleichs, der nur von der Verpflichtung zur Aushändigung der Aktie, also zur Übertragung des Besitzes, spricht, ist unklar.

§ 223.

Anmeldung der Übertragung von Kleinaktien. BauersZ. 23, 54. Die Anmeldung des Überganges bei der Gesellschaft geschieht recht häufig durch den derzeitigen, noch im Aktienbuch eingetragenen Aktionär, also durch den Veräußerer. Das erweist sich sehr oft als ungenügend, und zwar trotz des Nachweises der vom Gesetze verlangten Unterlagen. Die Abtretungserklärung, das Indossament, die Einholung der Zustimmung von Aufsichtsrat und Versammlung stellen nämlich einseitige Rechtshandlungen dar und liefern noch nicht den Beweis, daß auch der Erwerber einverstanden war. Dieses Einverständnis muß sich die Verwaltung auf alle Fälle verschaffen.

§ 224.

Eigentumsübertragung an Aktien durch Übergabe der Dividenden- und Zinserneuerungsscheine. RG. 8. 5. 16, BankA. 16, 16, WarnE. 16, 412. Die Aushändigung der Dividendenscheine, die selbständige Inhaberpapiere für die Dividendenbezüge sind, überträgt nicht das Eigentum an den Aktien selbst, und die Übergabe des Scheines über die Hinterlegung der Aktien, dem vom Berufungsgerichte mit Recht die Eigenschaft eines Verfügungspapiers abgesprochen wird, war nach Maßgabe der getroffenen Abmachungen des Kaufgeschäfts nicht als die Übergabe ersetzende Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe im Sinne des § 931 BGB. anzusehen. Die Zinserneuerungsscheine aber sind Ausweispapiere, die den Inhaber zum Empfange neuer Zinsscheine, jedoch nicht gegen den Willen des Aktienbesitzers, ermächtigen; sie kommen als Träger des Aktienrechts nicht in Betracht. Vgl. § 252.

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

§ 231.

Vorstand. I. Übertragung der Vertretung an eine andere Gesellschaft. BauersZ. 23, 260. Die Übertragung der entscheidenden Stimme in Anbetracht der ganzen Geschäftsführung an eine andere Gesellschaft oder einen sonstigen Dritten läßt sich mit dem Wesen und Bau einer AG. nicht in Einklang bringen.

II. Rechtsverhältnisse des Vorstandes. 1. BauersZ. 23, 25. Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrats, die sich für die AG. verbürgen, haben dafür Anspruch auf Provision.

2. BauersZ. 23, 25. Der Vertrag über die Verschaffung einer Auszeichnung an einen Direktor ist sittenwidrig; es gibt daher keine Rückforderung der geleisteten Anzahlung.

3. BauersZ. 23, 74. Auch Vorstandsmitglieder, die von ihrer Gesellschaft nach einem anderen Orte versetzt werden, können ihre Mietwohnung nach § 750 BGB. kündigen.

4. BauersZ. 23, 109. Ein entlassener und Schadensersatz fordernder Vorstand braucht sich nicht das anrechnen zu lassen, was er als Teilhaber einer off. HG. bezieht. § 615 Abs. 2 BGB. kann hier keine Anwendung finden.

5. BauersZ. 23, 217. Der Vorstand, der sich von den Kunden der Gesellschaft eine Provision bezahlen ließ, muß diese Provision auf Verlangen der Gesellschaft dieser herausgeben, und zwar ganz gleich, ob die Gesellschaft durch sein Verhalten geschädigt worden ist oder nicht.

6. Inhalt des Dienstzeugnisses. BauersZ. 23, 74. Die Tätigkeit des Dienstverpflichteten muß im Zeugnisse so weit ersichtlich sein, daß die für Neubewerbung in Betracht kommenden Kreise sich ein klares Bild machen können; insoweit muß die Tätigkeit im Zeugnisse spezialisiert sein.

7. Bamberg 30. 11. 15, BauersZ. 23, 219. Das Verhältnis der besoldeten Mitglieder des Vorstandes zur Gesellschaft ist nach den Regeln über den Dienstvertrag zu beurteilen. Die Gesellschaft darf bei dem Angestellten die Kenntnisse und Fähigkeiten voraussetzen, die man auf dem betreffenden Gebiete bei gewöhnlichem Fleiße und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit verlangen kann. Wer sich zur Leistung von Diensten verpflichtet, die eine besondere Sachkenntnis erfordern, übernimmt nach Treu und Glauben die Garantie dafür, daß er die erforderlichen Eigenschaften besitzt. Wenn der Dienstverpflichtete keine Arbeit oder keine solche der vereinbarten Art leistet, hat er seinen Vertrag nicht erfüllt und erhält keine Vergütung. — Hierzu bemerkt die Schriftleitung von BauersZ.: „Die Ausführungen des Urteils lassen sich nur rechtfertigen, wenn die Gesellschaft gar keinen Nutzen durch die Amtsführung der Vorstandsmitglieder hatte. In allen anderen Fällen geht es nicht an, ihnen die ganze Gegenleistung zu versagen."

III. Beendigung der Vorstandsstellung; Entlassung und Kündigung. 1. ZAktWes. 23, 1. Ein Vorstandsmitglied, das bei seiner Abfindung verschweigt, daß von

ihm bereits mit einer anderen Gesellschaft ein neues Dienstverhältnis eingegangen wurde, handelt nicht gegen die guten Sitten.

2. BauersZ. 23, 49. Wenn der Gesellschaftsvertrag die Anstellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder dem Aufsichtsrate zugewiesen hat, dann scheidet nach der ständigen Rechtsprechung des RG. eine Befugnis der Generalversammlung zur Vornahme von sich hierauf beziehenden Maßnahmen aus. Auch wenn die Generalversammlung dem Vorstande wegen einer pflichtwidrigen Handlung Entlastung erteilt oder die Anstellung einer Ersatzklage gegen den Vorstand abgelehnt hat, ist der Aufsichtsrat berechtigt, den Vorstand hierwegen zu entlassen.

3. BauersZ. 23, 51. Die AG. ist berechtigt, den Dienstvertrag mit dem Vorstand aufzuheben, falls dieser seit Kriegsbeginn einberufen ist und infolgedessen jetzt bereits mehr als ein Jahr an der Leistung seiner Dienste behindert ist.

4. Kündigung des Vorstandes bei Umgestaltung seiner Dienststellung. München 19. 6. 14, BauersZ. 23, 146, OLG. 32, 111. Der Vorstand, dem nach dem Anstellungsvertrage die Stellung eines alleinigen Vorstandes eingeräumt wurde, kann zwar nicht verhindern, daß ihm diese Stellung wieder genommen oder daß ein Nebenvorstand aufgestellt wird. Er braucht aber eine erhebliche Einschränkung seiner Befugnisse nicht hinzunehmen, sondern ist dann zur fristlosen Kündigung und zur Schadensersatzforderung befugt.

IV. Haftung der Aktiengesellschaft für Handlungen des Vorstandes. 1. **RG.** 16. 1. 15, BauersZ. 23, 26. Die AG. haftet, wenn der Vorstand wissentlich oder fahrlässig eine Patentverletzung in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begeht.

2. **RG.** 26. 10. 15, BauersZ. 23, 151. Haftung einer Aktienbank für die bei ihrer Zweigniederlassung eingezogene und weitergegebene Auskunft.

3. **RG.** 19. 11. 15, BauersZ. 23, 121. Haftung einer Aktienbank, deren Filialleiter (Prokurist und Direktor) einen unerfahrenen Kunden zum Börsenspiel verleitet.

4. Haftung bei Gesamtvertretung vgl. § 232 Ziff. 1.

§ 232.

Gesamtvertretung. 1. **RG.** (Strafs.) 21. 1. 13; 47, 32, BankA. 15, 186. Eine Aktiengesellschaft muß bei bestehender Gesamtvertretung (außer in den Fällen einer Ermächtigung im Sinne des § 232 Abs. 1 Satz 2) ihr nachteilige Verfügungen eines Vorstandsmitglieds als Einzelvertreters gegen sich gelten lassen, wenn das Vorstandsmitglied unter erkennbarer Duldung der zur Mitwirkung Berufenen nach außen so auftritt, als ob keine Gesamtvertretung bestand.

2. ZAktWes. 23, 3. Falls die Gesellschaft durch zwei Vorstandsmitglieder oder ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen vertreten werden kann, fällt das im übrigen bestehende Prinzipals- und Befehlsrecht des ersteren weg. Das Vorstandsmitglied besitzt nicht das Recht, dem Prokuristen die Mitwirkung ohne weiteres anzubefehlen. Vielmehr hat der Prokurist nur nach eigener Prüfung und nach seinem eigenen Urteile zu handeln, und er kann sich im Schadensfalle nicht darauf berufen, daß er unbesehen auf Anordnung des Vorstandes seine Unterschrift gegeben hat. Nur wenn das Geschäft bereits von den zwei Vorstandsmitgliedern rechtsverbindlich abgeschlossen ist, ist der Prokurist verpflichtet, auf erhaltene Anweisung die schriftliche Bestätigung zusammen mit einem der beiden Vorsteher zu unterschreiben, ohne daß er sich dadurch haftbar macht, weil er ja nicht abgeschlossen hat.

3. Die Kündigung und Entlassung der Angestellten bei gemeinsamer Vertretung der Vorstandsmitglieder. BauersZ. 23, 218. Die Eingehung und Lösung eines Dienstvertrags stellt ein Rechtsgeschäft dar. Sie ist also für die Gesellschaft nur dann rechtskräftig, wenn die gesetzliche oder satzungsmäßige Vertretung der Gesellschaft Beachtung fand. Doch genügt es, wenn die Erklärung gegenüber dem Angestellten auch

nur von einem Gesellschaftsvertreter ausgesprochen worden ist. Das stillschweigende Einverständnis des andern Vorstandsmitglieds würde hier ebensoviel bedeuten, als wenn dieser Vorsteher ebenfalls die Erklärung ausdrücklich abgegeben hätte. Bei nicht wenigen AG. hat sich unter Kenntnis und Geschehenlassen des Aufsichtsrats die Gepflogenheit gebildet, daß jeder Vorstand im Bereich seines Arbeitsgebiets selbständig alle Veränderungen in den Reihen der Dienstverpflichteten vornimmt, auch wenn nach dem Gesellschaftsvertrage die Vertretung durch zwei Personen zu erfolgen hat, unbeschadet der Tatsache, daß beim Abschlusse schriftlicher Anstellungsverträge deren Vollziehung durch zwei Kollektivvertreter vor sich geht. In einem solchen Falle liegt das Wesen der Handlungsvollmacht im Sinne des § 54 HGB. begründet, und die rechtsgeschäftlichen Erklärungen in Dienstvertragsangelegenheiten erweisen sich für die Gesellschaft als verbindlich, wenn sie nur durch ein Vorstandsmitglied vorgenommen sind; denn Anstellung und Kündigung erfordern zu ihrer Gültigkeit nicht etwa die Beachtung einer bestimmten Form, so daß der Abschluß und die Lösung eines solchen Vertrags sowohl mündlich wie schriftlich oder durch zustimmende Handlung möglich ist.

§ 236.

Konkurrenzverbot der Vorstandsmitglieder. ZAktWes. 23, 2. Das ehrenwörtliche Versprechen der Konkurrenzenthaltung hat nicht die Ungültigkeit des ganzen Anstellungsvertrags eines Vorstandsmitglieds zur Folge.

§ 237.

Tantieme des Vorstandes (zu vgl. über Sonderrücklage und Tantieme auch Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 3, 298). I. Schrifttum. 1. Fuld, R. 16, 94. Die Kriegsgewinnrücklage unterliegt nicht der Tantiemepflicht. Tantiemenfrei sind alle Beträge, die nicht verteilt werden, gleichviel ob die Nichtverteilung auf einem gesetzlichen Zwange oder einem freiwilligen Beschlusse beruht; auch der Zweck der Rücklegung macht keinen Unterschied. Der Umstand, daß die Höhe der Forderung des Reiches noch nicht feststeht, ändert nichts.

2. Dagegen für Tantiemepflicht der Kriegsgewinnrücklage BauersZ. 23, 97 und ebenso S. 145 unter Verwerfung der gegenteiligen von Hachenburg in der Frankfurter Zeitung vertretenen Ansicht.

3. Esser, Zur Berechnung der Gewinnanteile (Tantiemen), Bonn 1915. a) Der Gewinnvortrag bildet keine Rücklage; mithin hat die Berechnung der Tantiemen des Vorstandes und des Aufsichtsrats von dem Gewinn, der auf die neue Rechnung übertragen wird, in dem Jahre zu erfolgen, in dem dieser Gewinn erzielt worden ist, während er in dem neuen Jahre, in dem er nicht verdient, sondern nur übernommen ist, tantiemefrei bleibt. b) Falsch ist die Ansicht, daß bei der Berechnung des Gewinnanteils des Vorstandes der Gewinnanteil des Aufsichtsrats und umgekehrt bei dem des Aufsichtsrats der des Vorstandes gewissermaßen als Handlungsunkosten, also als den wirklichen Reingewinn mindernd, vorweg abzuziehen seien. — Vgl. hierzu Besprechung Lehmanns, JLBl. 16,11, der zu b sich zustimmend verhält, dagegen die Richtigkeit der Ausführungen zu a bezweifelt. Esser vertritt seine obige Ansicht auch in einem zweiten Aufsatze JW. 16, 794.

4. Wald, Berechnung der Gewinnanteile (Bonn 1915). a) Im Gegensatze zu Colmar, JDR. 13 § 237 Ziff. 8 und Leist, nach deren Ansicht von dem Gewinnvortrag in dem Jahre, in dem er vorgetragen wird, eine Tantieme nicht berechnet werden darf, ist in Übereinstimmung mit Kiel, JDR. 13 § 237 Ziff. 7, die Tantiemepflicht des Gewinnvortrags zu bejahen. Denn der normale Gewinnvortrag stellt keine Reserve dar; und auch dann, wenn man den Begriff Rücklage weiter faßt als den Begriff Reserve, ist er jedenfalls keine Rücklage im Sinne des § 237. Die Einbeziehung des Vortrags hat aber nur für die Tantieme des Vorstandes Geltung. Da der Aufsichtsrat grundsätzlich an den für die Aktionäre bestimmten Gewinn gebunden ist, so fällt, weil in diesem der Vortrag nicht enthalten ist, die Einbeziehung von selbst fort. b) Da nach richtiger Ansicht die Vorstandstantieme zu den Geschäftsunkosten gehört, steht vor ihrer Aussonderung ein Reingewinn überhaupt nicht fest. Es muß also die Tantieme vor ihrer Berechnung aus dem Gewinne, der bis dahin noch

eine Art Bruttogewinn ist, ausgesondert werden. Erst der dann feststehende unbedingte Reingewinn kann die Grundlage der Tantiemeberechnung abgeben. Das gilt auch für die Aufsichtsratstantieme (22). c) Die Vorstandstantieme ist von dem Reingewinne, der für die Berechnung der Aufsichtsratstantieme in Frage kommt, abzusetzen (24). d) Dagegen ist die Ansicht, daß die Aufsichtsratstantieme von dem Reingewinn abzuziehen sei, bevor die Berechnung der Vorstandstantieme erfolgen könne, nicht richtig (26). e) Unter Reingewinn im Sinne der §§ 237, 245 ist nicht der bilanzmäßige, sondern nur der im Geschäftsjahre selbst erwirtschaftete Reingewinn zu verstehen. Ein Verlustvortrag ist bei Berechnung der Vorstandstantieme nicht zu berücksichtigen, wohl aber bei Festsetzung der Tantieme des Aufsichtsrats. f) In der Regel wird die Tantieme des Aufsichtsrats sich einfach als Prozentsatz der Superdividende ergeben. Doch trifft das nicht immer zu. Die Tantiemesumme, d. h. der aus dem Jahresgewinne den Aktionären noch zustehende Betrag kann kleiner und größer sein als die Superdividende. Kleiner ist die Tantiemesumme dann, wenn zurückgestellte Mittel als Dividende verteilt werden. Größer kann die Summe sein, wenn die Generalversammlung beschließt, von dem den Gesellschaftern zustehenden Gewinnbetrag, also dem Betrage, der als Dividende nach Abzug des Vortrags verteilt werden könnte, einen Teil für Ausgaben zu verwenden, die nicht den Charakter von Geschäftsunkosten haben. g) Bei den Verteilungen aus dem Reingewinn ist der Unkostencharakter zu untersuchen; solche Beträge (Gratifikationen an das Personal, Zuweisungen an Pensionskassen, dann bei Lebensversicherungen Rückvergütung auf die Prämie) sind tantiemefrei. — Eine Besprechung der Arbeit Walbs s. BauersZ. 23, 95 u. 224. Am letzteren Orte wird Stellung genommen gegen die Beweisführung Walbs in der Frage, ob der Vorstand auch von der Kriegsgewinnrücklage Tantieme fordern kann.

5. Oertmann, Rücklagen und Tantiemepflicht, DJZ. 16, 160. Rücklagen sind nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes tantiemefrei. Die im Prozesse der Vereinigten Stahlwerke van der Zypen und Wissener Eisenhütten in Cöln hervorgetretene gegenteilige Ansicht, die sich auf den Gesellschaftsvertrag der genannten AG. gründet, ist falsch; denn § 237 ist zwingendes Recht, kann also durch Vertrag nicht abgeändert werden. Es ist auch unzulässig, zwischen solchen Rücklagen, die erforderlich, und solchen, die nach dem inneren Verhältnisse der Gesellschaft nicht erforderlich waren, zu unterscheiden und letztere für tantiemepflichtig zu erklären. Eine dem Gesetze widerstreitende Tantiemegewährung ist nach der herrschenden Ansicht nichtig. Die Richtigkeit kann mit der Anfechtungsklage nach § 271 geltend gemacht werden. Oertmann schließt sich in dem Aufsatze weiter der Ansicht an, daß der Gewinnvortrag in dem Jahre, in dem er vorgetragen wird, tantiemefrei sei.

6. Hamm, DJZ. 16, 164. Die Tantiemen sind vom ganzen Betrage des Gewinns einschließlich der als Tantiemen zu zahlenden Beträge zu berechnen. Der Gewinnvortrag ist in dem Jahre, in dem er vorgetragen wird, tantiemefrei.

7. ZAktWes. 23, 73 vertritt die Ansicht, daß der Gewinnvortrag in dem Jahre seiner Entstehung tantiemepflichtig ist.

8. BauersZ. 23, 74. Verbuchung der Tantiemen auf Geschäftsunkosten.

9. Samson, Tantieme und Kriegsgewinn, LeipzZ. 16, 661. Bei der AG. fällt der nicht ohne Absicht als Sonderrücklage bezeichnete, für die Steuer zurückzulegende Betrag des Kriegsgewinns unter die Rücklagen. Die Sonderrücklage bleibt im Eigentume der Gesellschaft, ist jedoch ihrer freien Verfügung entzogen. Sie ist also ein Zwangsreservefonds, der mit einer Beschlagnahmeverfügung des Staates belastet ist und für den Fiskus nur reserviert ist. Dennoch bleibt der Charakter als Rücklage kraft Gesetzes bis zur Abgabe an den Staat bestehen. Es ist hier ein ähnliches Verhältnis wie bei der Talonsteuerreserve. Daß diese tantiemefrei ist, wird keiner bestreiten. Für die Kommanditgesellschaft auf Aktien enthält § 320 Abs. 3 HGB. die maßgebende Bestimmung. Da im § 325 HGB. die den Vorstand der AG. betreffenden Vorschriften, die auf die persönlich haftenden Gesellschafter entsprechend Anwendung finden, erschöpfend aufgezählt sind und ein Hinweis auf § 237 HGB. fehlt, so kann die Geltung dieser Bestimmung für persönlich haftende Gesellschafter nicht in

Frage kommen. Es ist vielmehr bei ihnen vertragliche Regelung zulässig und in Ermangelung von Vereinbarungen die Rechtslage die gleiche wie bei der GmbH. (s. unten). Die Berechnung der dem Aufsichtsrate der AG. zufallenden Tantieme richtet sich nach § 245 HGB. Für die Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist die Anwendung des § 245 HGB. auf die Tantieme des Aufsichtsrats dispositives Recht. Eine dem § 237 HGB. entsprechende Bestimmung fehlt. Die Berechnung der Tantieme der Geschäftsführer richtet sich daher in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag und, wenn dieser nichts enthält, nach dem Anstellungsvertrage. Fehlt jede Vereinbarung, so ist die Tantieme nach Abzug der gesetzlichen und statutarischen Abschreibungen und Rücklagen und, da die Sonderrücklage kraft Gesetzes als Rücklage anzusehen ist, nach Abzug dieser zu berechnen. Häufig wird aus den Verträgen der Wille der Parteien erhellen, die Geschäftsführer am ganzen erzielten Gewinne zu beteiligen, besonders dann, wenn sie kein Gehalt bekommen. In solchen Fällen wird man regelmäßig dazu kommen müssen, die Sonderrücklage als tantiemepflichtig anzusehen. Maßgebend ist auch hier die Auslegungsregel des § 157 BGB. Die Vorstandsmitglieder der einzelnen Genossenschaften stehen bezüglich der Tantiemeberechnung den Geschäftsführern der GmbH. gleich.

10. Rosendorff, BankA. 15, 391, bejaht in Übereinstimmung mit Hirschfeld, Sondermann (DJZ. 16, 433), Krause (VossZ. vom 27. 4. 16) und Korsch (JW. 16, 628) und im Gegensatze zu Hachenburg (JW. 16, 23), Pinner (VossZ. vom 8. 4. 16), Rheinstrom und Samson (s. oben) die Tantiemepflicht der Sonderrücklagen für die Kriegsgewinnsteuer.

11. Korsch, JW. 16, 790. Eine Rücklage im Sinne des Gesetzes ist gemäß allgemeiner Begriffsbestimmung und angesichts des Sinnes der §§ 237, 245 nur dann und insoweit vorhanden, als es sich um eine Vermögensmehrung der Gesellschaft handelt. Diese Vermögensmehrung muß auf der freien Entschließung der Gesellschaft beruhen und unterliegt auch hinsichtlich der Verwendung lediglich deren freier Bestimmung. Eine Ausnahme macht nur der handelsgesetzliche Zwangsreservefonds, der gebildet und zur Deckung bilanzmäßiger Verluste angesammelt werden muß. Im übrigen sind Kapitalansammlungen mit rechtlich oder wirtschaftlich gebundener, also mit unwiderruflicher, rechtlich oder wirtschaftlich im Bilanzjahre begründeter Zweckbestimmung nicht als Rücklagen anzusehen, da sie Vermögensminderungen sind und der freien Verfügungsgewalt der Gesellschaft nicht unterstehen. Hierzu gehört auch die Kriegsgewinnsteuersonderrücklage. Sie ist eine aus dem Reingewinne resultierende und daraus zu entnehmende Antizipation, die als Teil dieses Reingewinns dessen tantiemerechtliches Schicksal teilt.

12. BauersZ. 23, 197 erachtet die Kriegsgewinnrücklage für tantiemepflichtig.

13. Sondermann, DJZ. 16, 434. Die Kriegsgewinnsteuerrücklage unterliegt der Tantiemeberechnung, da sie in ihrem Wesen mit der abzugspflichtigen Rücklage nichts gemein hat.

14. Hirschfeld, LeipzZ. 16, 867. Die Sonderrücklage für die Kriegsgewinnsteuer ist tantiemepflichtig.

15. Vgl. ferner §§ 245, 262 HGB.

II. Rechtsprechung. 1. LG. Cöln 16. 2. 16, BauersZ. 23, 148, 220, DJZ. 16, 354. Zurückstellung für Erweiterungen der Werkanlagen, für Herstellung eines neuen Verwaltungsgebäudes sind Rücklagen und tantiemefrei. Ebenso ist eine Rückstellung für eine später zu zahlende Talonsteuer eine Gewinnrücklage im Sinne der §§ 237, 245 und somit tantiemefrei. Der Gewinnvortrag stellt ebenfalls eine echte Rücklage dar. Für das Jahr seiner Entstehung ist er daher tantiemefreier Bestandteil der freiwilligen Rücklage, um diese bei der Tantiemeberechnung im folgenden Jahre tantiemepflichtig zu verlassen, wenn und soweit er nicht auch weiterhin unverteilt bleibt oder soweit er durch einen bilanzmäßigen Verlust des Nachjahrs nicht aufgezehrt worden ist. Beträge, die zur Belohnung der Angestellten benutzt werden sollen, sind, selbst wenn solche Belohnungen auf Grund der

Anstellungsverträge zu zahlen sind, keine Rücklagen und deshalb tantiemepflichtig. Abgesehen von dem bei dem Aufsichtsratsgewinnanteile zu berücksichtigenden Abzug der Vordividende von 4 v. H. ist derselbe Reingewinn der Berechnung der Tantieme des Aufsichtsrats wie des Vorstandes zugrunde zu legen.

2. BauersZ. 23, 58. Die im Vorjahre gezahlte Tantieme für Extraabschreibungen kann nicht vom Reingewinne des folgenden Geschäftsjahrs gekürzt werden.

3. BauersZ. 23, 158. Der Geschäftsführer, dem vor seiner Anstellung der Geschäftsgewinn zu hoch angegeben wurde, kann nicht Tantieme aus diesem Betrage verlangen; denn die Aufsichtsratsmitglieder haben durch ihre bewußt unwahren Angaben über den bisherigen Jahresgewinn irgendeine Gewähr für die künftige Erzielung eines Reingewinns in bestimmter Höhe nicht übernommen. § 249 BGB. würde lediglich das Verlangen nach Herstellung des Zustandes rechtfertigen, der bestände, wenn die unrichtige Angabe unterblieben oder der Geschäftsführer sie nicht geglaubt hätte; er kann also nicht die Herstellung des Zustandes fordern, der bestände, wenn die Angabe über den Gewinn richtig gewesen wäre. Behauptungen in der Richtung, daß er ohne die falschen Angaben die Stelle nicht angetreten und anderswo mehr verdient hätte, hat der Geschäftsführer nicht gemacht.

III. Tantiemesteuer von Gutschriften s. Anhang.

§ 238.

Bestellung eines Prokuristen durch den Aufsichtsrat (vgl. JDR. 14 § 238). ZAktWes. 23, 6 vertritt in Übereinstimmung mit den Beschlüssen der LG. Leipzig und München und gegen Mayer, LeipzZ. 15, 1088 (vgl. JDR. 14 § 238) die Ansicht, daß der Aufsichtsrat im Gesellschaftsvertrag ermächtigt werden kann, einen Prokuristen zu bestellen, weil es rechtlich unbegreiflich wäre, daß der Aufsichtsrat zwar nach § 182 Ziff. 4 ein Vorstandsmitglied, aber nicht den diesem untergeordneten Prokuristen bestellen könnte.

§ 241.

Pflichten des Vorstandes in bezug auf die Geschäftsführung. 1. BauersZ. 23, 98. Bei Pflichtverletzungen der Vorstandsmitglieder von AG. und der Geschäftsführer einer GmbH. kommen neben § 241 HGB., § 53 GmbHG. auch die sonst bestehenden kürzeren Verjährungsfristen zur Anwendung; denn die §§ 241, 53 haben nicht den Zweck, die die Rechtsverfolgung erschwerenden Sonderbestimmungen auszuschalten.

2. Bedeutung der fünfjährigen Verjährungsfrist bei Ersatzansprüchen gegenüber den Vorstehern und Aufsichtsratsmitgliedern. Wann tritt eine Verjährung nach § 852 BGB. ein? S. JDR. 14 GenG. § 41.

3. BauersZ. 23, 262. Der Vorstand ist gehalten, die im Gesellschaftsvertrag in Ansehung der Vertretung auferlegten Beschränkungen gewissenhaft zu beachten, insbesondere also die Zustimmung des Aufsichtsrats in den nach dem Gesellschaftsvertrage notwendigen Fällen einzuholen, und falls dem Aufsichtsrat satzungsgemäß ein allgemeines Befehlsrecht eingeräumt ist, muß der Vorstand den Beschlüssen desselben, ganz gleich, ob es sich um einzelne Anordnungen oder um eine umfängliche Geschäftsordnung handelt, nachkommen. Anderenfalls haftet der Vorstand, sofern nicht der Aufsichtsrat nachträglich die Eigenmächtigkeit des Vorstandes gutheißt. Eine solche nachträgliche Genehmigung liegt vor, wenn der Aufsichtsrat in seinen Bemerkungen zum Geschäftsberichte des Vorstandes ganz allgemein sein Einverständnis mit der Geschäftsführung des letzteren erklärt und keinerlei Vorbehalt in irgendeinem Punkte macht.

§ 245.

Vergütung des Aufsichtsrats. 1. Herabsetzung der Aufsichtsratstantieme. BauersZ. 23, 99. Der Anspruch der Aufsichtsratsmitglieder auf die bereits verdiente Tantieme ist privatrechtlicher Natur; er kann ihnen also durch Generalversammlungsbeschluß nicht verkürzt oder entzogen werden. Aus diesem Grunde ist ein Beschluß auf Herabsetzung der

Tantieme für das abgelaufene Jahr nicht möglich; nur für die Zukunft kann eine Herabsetzung beschlossen werden. Sie gilt erst dann, wenn sie im Handelsregister eingetragen ist; denn es handelt sich um eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags. Eine solche Herabsetzung für die Zukunft muß auch in der Tagesordnung angekündigt werden; denn die ordentliche Generalversammlung hat sich nur mit der Tantieme für das abgelaufene Jahr zu befassen.

2. BauersZ. 23, 99. Kann der Aufsichtsrat sich selbst Reisespesen und Tagegelder bewilligen? Was die Eisenbahnfahrt anlangt, so handelt es sich nur um Ersatz einer Auslage, die auch ohne dahin gehenden Beschluß des Aufsichtsrats oder der Generalversammlung verlangt werden kann. In Anbetracht der Diäten ist zu unterscheiden. Handelt es sich um bloße Tagegelder, die den Mitgliedern deshalb gewährt werden, weil sie infolge der Ausübung ihrer Tätigkeit mehr ausgeben müssen, als wenn sie an ihrem Wohnorte verbleiben, dann ergibt sich ebenfalls die Ersatzpflicht von Rechts wegen und ohne irgendwelchen Beschluß. Soll aber mit den Tagegeldern auch eine Entschädigung für Zeitversäumnis gewährt werden, dann hat man es nicht mit den üblichen Auslagen, sondern mit einer Honorierung zu tun, die nur von der Generalversammlung beschlossen werden kann.

3. BauersZ. 23, 197. Der Tantiemeanspruch des zum Heeresdienst einberufenen Aufsichtsratsmitglieds.

4. Vgl. § 237 HGB.

§ 246.

Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats. 1. Haftung, weil er der Generalversammlung bei der Entlastung des Vorstandes gewisse Vorgänge verschwiegen hat, ZAktWes. 23, 6. Vgl. § 260.

2. Berechtigung zur Bestellung eines Prokuristen s. § 238.

3. Verhältnis zur Inventuraufnahme. BauersZ. 23, 124. Es besteht nirgends die Übung, daß der Aufsichtsrat entweder selbst oder durch einen Beauftragten aus seiner Mitte die Inventur mitmacht oder sonst beim Zustandekommen der Inventur mithilft. Eine solche Pflicht wollte das Gesetz dem Aufsichtsrat auch nicht auferlegen. Ebensowenig wie es verlangt, daß der Aufsichtsrat der Buchführung anwohnt, ebensowenig mutet es ihm eine Beteiligung bei der Inventur zu. Es spricht vielmehr nur von der Prüfung des Inventars.

4. Keine Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Vornahme von Satzungsänderungen. BauersZ. 23, 171. Vgl. § 274.

5. BauersZ. 23, 193. Nach Rechtsprechung und Rechtslehre steht dem Aufsichtsrate das Recht zu, zu Lasten der Gesellschaft deren Abschluß samt Büchern durch einen Sachverständigen nachprüfen zu lassen.

6. BauersZ. 23, 196 zählt eine Reihe von Fällen auf, in denen der Aufsichtsrat haftbar erklärt wurde, weil er ungeeignete Personen (23jährige, bisherige Kontoristen oder Bureaugehilfen) zu Vorständen oder Geschäftsführern bestellt hatte. Vgl. § 249.

7. KG. 11. 2. 16, RJA. 15, 53. Eine Satzungsbestimmung, die das Recht zur Bestellung von Liquidatoren dem Aufsichtsrat überträgt, ist unzulässig.

8. BauersZ. 23, 123. Da bei dem gewaltigen Aufschwunge der Industrie sich häufig das Bedürfnis zeigt, auch den technischen Teil der AG. durch ein einzelnes Mitglied des Aufsichtsrats unter Aufsicht und Kontrolle zu halten, erscheint die Ausgestaltung des § 246 durch Zulassung oder Bestellung eines technischen Abgeordneten angezeigt.

§ 249.

Haftung des Aufsichtsrats. 1. Anstellung eines Vorbestraften als Vorstand. BauersZ. 23, 28. Stellt der Aufsichtsrat eine vorbestrafte Person als Direktor an, so kann ihm ein begründeter Vorwurf dann nicht gemacht werden, wenn die Bestrafung nicht derart war, daß sie das Vertrauen in den Bewerber erschüttern und ihn des allgemeinen Ansehens verlustig erscheinen lassen mußte, das zur Ausfüllung eines solchen Postens erforderlich ist. Eine spätere Anfechtung der Vorstandsbestellung durch den Aufsichtsrat, und zwar wegen Irrtums, vermag bei einer verschwiegenen Bestrafung nur dann mit Aussicht auf Erfolg

erhoben zu werden, wenn dieser Umstand gewissenhaft handelnde Aufsichtsräte von dem Abschlusse des Anstellungsvertrags abgehalten hätte.

2. Vgl. auch § 246 Ziff. 1 u. 6.

§ 250.

I. Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung. 1. Celle 3. 11. 15, BauersZ. 23, 152, OLG. 32, 113. Aus dem Wesen der AG. folgt, daß diese Befugnis nicht willkürlich von dem einzelnen, sondern nur von der Gesamtheit der Mitglieder ausgeübt werden kann und daß sich die Befugnis des einzelnen in der Ausübung der ihm verfassungsmäßig zustehenden Rechte auf Antragstellung und Mitwirkung bei der Beschlußfassung erschöpft. Alle dem Aktionär im Gesetze gegebenen Sonderrechte auf Erstattung des Geschäftsberichts, Vorlegung der Bilanz zielen auf Klarlegung des Vermögensstandes und des Reingewinns, und hierdurch ist auch der im Gesetze nicht besonders bestimmte Umfang des Geschäftsberichts und der zu der Bilanz zu gebenden Erklärungen abzugrenzen. Grundsätzlich anders verhält es sich mit den inneren Vorgängen der Geschäftsführung, die jeder Kaufmann möglichst geheimhält und bei denen eine Pflicht zur Offenlegung für die AG. aus dem Inhalte des Aktionärrechts nicht ohne weiteres abzuleiten ist. Ein Sonderrecht der Aktionäre besteht hier auch dann nicht, wenn im einzelnen Falle die gestellte Frage unbeschadet der Interessen der Gesellschaft hätte beantwortet werden können.

2. **RG.** 22. 4. 13, BauersZ. 23, 81. § 260 Abs. 2 schreibt vor, daß den Aktionären zur Vorbereitung der Beschlußfassung bestimmte Schriftstücke vorzulegen sind. Sind diese Vorlagen lückenhaft, so kann Vertagung oder Einsetzung von Revisoren verlangt werden. Daneben haben Vorstand und Aufsichtsrat aber auch mündlich Aufklärung zu geben. Diese Aufklärungspflicht ist ohne engherzige Geheimniskrämerei auszuüben. Sobald ein Aktionär in der Generalversammlung eine Frage stellt, deren Beantwortung ohne Verletzung der Interessen der AG. möglich ist, ist die Antwort zu erteilen. Läßt der Vorstand eine Frage unbeantwortet, so hat sich der Fragesteller an die Versammlung zu wenden und die Stellung der Frage zu beantragen. Wird dem Antrag entsprochen, dann wird die Antwortspflicht der Verwaltung, die Unschädlichkeit der Frage vorausgesetzt, zur Rechtspflicht. Wird beschlossen, die Frage nicht zu stellen, so hat sich der Aktionär in der Regel damit zu bescheiden. In besonderen Ausnahmefällen kann die Verweigerung der Fragestellung die Anfechtungsklage begründen. Ein Individualrecht auf Auskunftserteilung besteht aber nicht.

3. Horrwitz, Recht des Aktionärs auf Auskunft in der Generalversammlung, JW. 16, 887 wendet sich gegen das unter Ziff. 2 wiedergegebene, auch **RG.** 82, 182, JW. 13, 742 abgedruckte Urteil des RG. Gibt man dem Einzelaktionär das Sonderrecht der Debatte, so muß man ihm auch das Sonderrecht geben, von den Verwaltungsorganen jede rechtlich erforderliche und rechtlich zulässige Auskunft zu verlangen. Rechtlich zulässig ist jede Auskunft, die die Gesellschaftsinteressen nicht schädigt. Das Recht auf Debatte ist ein Zubehör des Stimmrechts, das Recht auf Auskunft ein Zubehör des Rechtes auf Debatte. Wie die Generalversammlung grundsätzlich nicht das Recht hat, darüber zu beschließen, ob ein Aktionär sich an der Debatte beteiligen darf oder nicht, so kann ihr ebensowenig das Recht zustehen, darüber zu beschließen, ob er eine an sich zu erteilende Auskunft fordern darf oder nicht.

4. Rosendorff, Das Recht des Aktionärs auf Auskunft in der Generalversammlung, BauersZ. 23, 174, verficht das Recht des Einzelaktionärs, insbesondere bei der praktisch wichtigsten Frage der Bilanzprüfung, Auskunft über die einzelnen Posten der Bilanz, namentlich über die Minderbewertung und die stillen Reserven zu verlangen (vgl. § 264).

5. Gegen Rosendorff wendet sich Pinner, JW. 16, 1389. Den Ausführungen Rosendorffs sei zwar an sich zuzustimmen, aber die von ihm vertretene Ansicht, daß sich dieses Auskunftsrecht des Aktionärs auch gegenüber dem **RG.** 82, 182 halten lasse, könne nicht beigepflichtet werden. Was das Verhältnis des angeführten Urteils des RG. zu § 264 Abs. 2 anlangt, so erklärt Pinner: Der Einzelaktionär hat, von Ausnahmen abgesehen, nach der Rechtsprechung des RG. kein Recht auf Auskunftserteilung, soweit die Mehrheit dies nicht

beschließt; eine Minderheit von 10 v. H. hat das Recht, wenn sie Ansätze der Bilanz bemängelt hat, und daraufhin die Generalversammlung vertagt ist, in der neuen Generalversammlung Aufklärungen über die bemängelten Posten der Bilanz zu verlangen. Es ist also mit anderen Worten das Recht auf Auskunftserteilung, das man bisher als Einzelrecht des Aktionärs angesehen hat, ein Minderheitsrecht geworden.

6. BauersZ. 23, 261. Der Antrag, betreffend die Abstimmung über eine vom Vorstande verweigerte Auskunft, bedarf nicht der vorherigen Ankündigung.

7. BauersZ. 23, 265. Anwendung der Grundsätze von **RG.** 82, 182 auf die GmbH. s. § 45 GmbHG.

8. BauersZ. 23, 174. Das Anfechtungsrecht des einzelnen Aktionärs wegen verweigerter Auskunftserteilung und die Beanstandung bestimmter Ansätze der Bilanz durch die Aktionärminderheit vgl. § 264.

9. Pinner, JW. 16, 988 (abgedruckt bei § 271).

II. Recht des Vorsitzenden der Generalversammlung gegenüber störenden Aktionären. 1. Pinner, JW. 16, 175. Das Gesetz kennt zwar den Vorsitzenden der Generalversammlung, spricht aber nirgends aus, welche Befugnisse er hat. Der Versuch Staubs, in Anlehnung an die Grundsätze deutscher Parlamente die Rechte des Vorsitzenden festzulegen, ist mißlungen. Es bedarf aber auch einer solchen Hilfskonstruktion nicht. Das PrALR. Einl. § 89 hatte den Satz: „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann." Dieser Satz ist zwar nicht in das BGB. aufgenommen, aber nur, weil er als selbstverständlich galt. Danach ist der Leiter der Generalversammlung befugt, die Mittel anzuwenden, ohne die er das ihm übertragene Recht der Leitung nicht ausüben kann. Nun ist die Generalversammlung der Ort, wo die Aktionäre Anträge stellen, Beschlüsse fassen, die ihnen gesetzlich als Mehrheits- und Minderheitsrechte zustehenden Befugnisse ausüben, ebenso das Fragerecht. Die Durchführung dieser Rechte hat der Vorsitzende zu gewährleisten. Bei ordnungsmäßig gestellten Anträgen ist der Vorsitzende in erster Linie Hüter der Rechte der Minderheit bzw. der Einzelaktionäre. Er muß aber auch die Mehrheit schützen, wenn die Minderheit oder Einzelaktionäre (durch Schreien, zweckloses Reden) Beratung oder Abstimmung stören oder unmöglich machen. Die Mittel, die der Leiter zu gebrauchen berechtigt und verpflichtet ist, gehen soweit, als sie nötig sind: Ordnungsruf, Androhung der Wortentziehung, Wortentziehung, gewaltsame Entfernung des Störers.

2. BauersZ. 23, 150 erachtet abweichend von Pinner (s. oben 1) ein Recht des Vorsitzenden zur gewaltsamen Entfernung störender Aktionäre nicht für gegeben. Das Hausrecht im Versammlungsraume wird in der Regel der AG. zustehen, zum Ausweisen wäre solchenfalls bloß der gesetzliche Vertreter der AG., nämlich der Vorstand befugt. Auch die Gesellschafterversammlung verfügt als solche nicht über das Hausrecht. Nach der jetzigen Rechtslage ist der Vorsitzende der Versammlung lediglich auf das Anstandsgefühl der Erschienenen angewiesen. Es steht ihm bloß frei, im Notfalle das Einschreiten dessen anzurufen, der befugt ist, die Aufforderung, sich zu entfernen, ergehen zu lassen.

III. Recht des Vorsitzenden zur Vertagung der Generalversammlung. LG. Berlin, BauersZ. 23, 100. Der Vorsitzende kann nicht aus eigener Machtvollkommenheit die Vertagung der Generalversammlung vor Erledigung der Tagesordnung verfügen. Das würde praktisch nichts anderes als ein unbeschränktes Vetorecht bedeuten. — AM. KG., BauersZ. 23, 172. Eine streng formelle und unzweideutige Abgrenzung des Beginns und des Endes der rechtlich erheblichen Betätigung der Versammlung bildet ein dringendes Erfordernis der Rechtssicherheit. Beginn und Ende müssen, um deutlich erkennbar hervorzutreten, Akte einer Einzelperson, also eben des Versammlungsleiters sein; sie bilden einen Ausfluß der Leitungsbefugnis und sind daher formell wirksam, ohne daß es auf die Zustimmung oder den Widerspruch der Mehrheit der Versammlung ankäme. Es geht also nicht an, daß trotz des vom Vorsitzenden verfügten Schlusses der Versammlung sich die Widersprechenden zu einer neuen Versammlung zusammenschließen und als Fortsetzung der

geschlossenen Versammlung Beschlüsse fassen. Solche Beschlüsse sind absolut nichtig; daran ändert nichts, daß sie im notariellen Protokoll als Beschlüsse aufgeführt sind.

§ 252.

Stimmrecht. 1. Stimmrecht nach Grundkapitalserhöhung durch Zuzahlungen. F. Simon, HoldheimsMSchr. 16, 173. Wenn bei einer Kapitalserhöhung durch Zuzahlung nicht alle Aktien die Zuzahlung leisten, so hat das zur Folge, daß sich das Grundkapital nach Durchführung der Erhöhung aus Aktien mit verschiedenem Nennbetrage zusammensetzt. Wenn nun der Gesellschaftsvertrag festgesetzt hatte, daß jede Aktie eine Stimme hat, und die Generalversammlung bei der Kapitalserhöhung hieran nichts änderte, tritt der Fall ein, daß Aktien mit verschiedenem Nennbetrage gleiches Stimmrecht haben. Gegen § 252 HGB. verstößt das nicht; er ist nicht in dem Sinne auszulegen, daß das Stimmrecht bei Aktienverschiedenheit ganz genau im Verhältnisse der Aktienbeträge verteilt sein müsse; arg. § 252 Abs. 1 Satz 2. Daher wird, wenn eine genaue Austeilung des Stimmrechts gelegentlich des Erhöhungsbeschlusses unterblieb, wegen § 252 nicht von selbst die Vermehrung des Stimmrechts entsprechend den Nennbeträgen sich herstellen. Wird den aufzahlenden Aktionären durch den Beschluß ein höheres Stimmrecht gewährt, so wird darin eine nach § 185 HGB. unzulässige Benachteiligung der nicht aufzahlenden Aktionäre nicht liegen, auch wenn das Verhältnis nicht ganz genau den Nennbeträgen entspricht, sofern nur die Erhöhung des Stimmrechts keine unverhältnismäßige ist.

2. **RG.** 6. 4. 16, R. 16 Nr. 1356. Das Stimmrecht verkaufter Aktien besteht trotz Aushändigung der Gewinn- und Erneuerungsscheine sowie der Hinterlegungsbescheinigung an eine vom Stimmrecht ausgeschlossene Partei fort, wenn nach dem Kaufvertrage das Eigentum an den Aktien erst nach der Generalversammlung übergehen soll (vgl. § 224).

3. Abs. 3. Beschränkung des Stimmrechts.

a) Schiebung von Aktien zur Ausübung des Stimmrechts. α) Pinner, JW. 16, 988 abgedruckt bei § 271.

β) **RG.** 8. 5. 16, BankA. 16, 16. (Vgl. das in der gleichen Sache ergangene, JDR. 14 § 252 abgedruckte Urteil des RG.)

b) **RG.** 6. 4. 16, R. 16 Nr. 1357. Wer nach Abs. 3 beteiligt ist, darf auch für fremde Aktien weder selbst noch durch einen Bevollmächtigten das Stimmrecht ausüben. Das gilt auch für die Ausfüllung einer Blankovollmacht zur Vertretung solcher Aktien, deren Eigentum erst nach der Generalversammlung an den Beteiligten übergehen soll.

c) **RG.** 6. 4. 16, R. 16 Nr. 1358. Folgen der Nichtanfechtung eines unter Verstoß gegen § 252 Abs. 3 gefaßten Beschlusses (vgl. § 271).

§ 256.

Ankündigung der Tagesordnung. 1. BauersZ. 23, 53. Handelt es sich um eine Neufassung des Gesellschaftsvertrags, so wird häufig der gesamte Wortlaut des Entwurfes veröffentlicht. Das ist nicht notwendig. Nach § 274 Abs. 2 soll die beabsichtigte Änderung nach ihrem wesentlichen Inhalte bekanntgemacht werden. **RG.** 68, 234 sagt ausdrücklich, daß die geplante Änderung selbst nicht angegeben zu werden braucht, daß vielmehr die Mitteilung genügt, in welcher Beziehung und in welcher Richtung die Satzung geändert werden solle. Die geplante Erhöhung des Grundkapitals erfordert also keineswegs die Mitteilung, daß Aktien mit Vorrechten ausgegeben werden sollen, oder die Mitteilung des Betrags der Erhöhung der in Aussicht genommenen Einzahlungen u. a. Wenn die Veröffentlichung das Wesen der geplanten Änderung so andeutet, daß ein Aktionär mit durchschnittlichem Auffassungsvermögen wissen muß, um was es sich handelt, dann ist es nicht notwendig, daß die Tagesordnung Einzelheiten erkennen läßt. Vgl. auch JDR. 14 § 256.

2. Bei Kapitalserhöhung, **RG.**, JDR. 14 § 256, jetzt auch **RG.** 87, 155, BauersZ. 23, 103, HoldheimsMSchr. 16, 227.

3. **RG.** 13. 11. 14, BauersZ. 23, 127. Zur Bezeichnung des Gegenstandes

der Tagesordnung erforderlich, aber auch genügend ist jede Angabe, die erkennen läßt, worüber verhandelt werden soll; der Gegenstand der Verhandlung muß inhaltlich so deutlich gekennzeichnet werden, daß die Beteiligten sich entsprechend vorbereiten können.

4. BauersZ. 23, 161. Wenn sich die Generalversammlung mit der Absetzung des Aufsichtsrats befassen soll, genügt „Neuwahl des Aufsichtsrats" als Gegenstand der Tagesordnung nicht.

§ 259.

Protokoll über die Generalversammlung. 1. Haftung des protokollierenden Notars. ZAktWes. 23, 7. Der Notar handelt bei Aufnahme des Protokolls in Erfüllung einer Amtspflicht. Diese Erfüllung einer Amtspflicht kann nicht Gegenstand einer vertraglichen Bindung sein. Früher hat das RG. die Auffassung vertreten, daß der die Amtstätigkeit des Notars Anrufende zugleich mit ihm einen Dienstvertrag abschließt. Davon ist das RG. aber abgegangen (**RG.** 82, 85; 85, 409).

2. BauersZ. 23, 31. Vor einem unzuständigen Notar beurkundete Generalversammlungsbeschlüsse sind ungültig. Vgl. JDR. 14 § 259.

3. Beurkundung der Generalversammlungsbeschlüsse, insbesondere bei Beteiligung Sprachfremder. Ritter, SchlHolstAnz. 16, 65. Die Verhandlungen in der Generalversammlung sind gemäß § 186 GVG. in der Regel in deutscher Sprache zu führen; werden sie in einer fremden Sprache geführt, hat der Notar die Beurkundung der Beschlüsse abzulehnen. Will ein Sprachfremder an der Verhandlung teilnehmen und läßt die Versammlung das zu, so muß der Notar gestatten, daß er sich in der fremden Sprache äußert. Er hat in diesem Falle einen Dolmetscher zuzuziehen. Der Dolmetscher hat nur die Aufgabe, dem Notar die Äußerungen des Sprachfremden zu verdolmetschen, nicht aber alle Äußerungen der übrigen Teilnehmer dem Sprachfremden zu übersetzen. Ist der Notar der fremden Sprache mächtig, wird die Zuziehung des Dolmetschers unnötig. Wenn der Notar der fremden Sprache mächtig ist und dies erklärt und sämtliche übrigen Beteiligten Sprachfremde sind und in der fremden Sprache verhandeln wollen, hat der Notar das zu gestatten. Die Generalversammlung findet dann also in der fremden Sprache ohne Dolmetscher statt. Gibt der Notar die Erklärung nicht ab, so wird gleichwohl in der fremden Sprache, aber unter Zuziehung eines Dolmetschers verhandelt. Ebenso kann, wenn der Notar die oben erwähnte Erklärung abgibt, die Verhandlung in der fremden Sprache geführt werden, falls ein oder mehrere Sprachfremde beteiligt sind, während alle übrigen Anwesenden sowohl der deutschen wie der fremden Sprache mächtig sind. Ob dies der Fall ist, hat der Notar festzustellen. Gibt der Notar die Erklärung nicht ab, muß in deutscher Sprache verhandelt und ein Dolmetscher zugezogen werden. Das Protokoll ist stets in deutscher Sprache aufzunehmen. Ob in der Generalversammlung anwesende Personen der deutschen Sprache mächtig sind, entscheidet der Notar auf Grund der Überzeugung, die er sich gebildet hat. Abweichend von § 179 FGG. und § 2244 BGB. genügt die Erklärung des Betreffenden, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, nicht ohne weiteres. Der Prozeßrichter hat zwar im Prozesse den Namen des Dolmetschers in das Protokoll aufzunehmen, aber für den Notar besteht eine solche Vorschrift nicht. Auch ist es nicht vorgeschrieben, daß er über die Sprache, in der verhandelt wird, Feststellungen im Protokolle trifft. Doch werden Feststellungen in beiden Richtungen zweckmäßig sein. Die Vorschrift des § 55 GKG. (Erhöhung der Gebühr) findet keine Anwendung.

4. Abs. 5. Eintragung der Beschlüsse in das Handelsregister. BauersZ. 23, 173. Wennschon dem Registerrichter ein allgemeines Aufsichtsrecht in bezug auf die ins Handelsregister einzutragenden Beschlüsse nicht zusteht, so darf ihm doch nicht die Eintragung eines Beschlusses zugemutet werden, der sich auf Grund der Unterlagen ohne weiteres als nichtig herausstellt.

§ 260.

Gegenstände der ordentlichen Generalversammlung und ihre Vorbereitung. 1. BauersZ. 23, 193. Gewohnheitsrechtlich wird dem Vorstande bzw. der Geschäftsführung

bei Mangel einer Vorschrift des Gesellschaftsvertrags das Recht zugesprochen, Bilanz samt Gewinn- und Verlustrechnung auf Kosten der Gesellschaft durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen, und zwar auch ohne das Einverständnis oder gegen den Willen des Aufsichtsrats.

2. BauerZ. 23, 262. Einfluß der Bemerkungen des Aufsichtsrats zum Geschäftsbericht auf Maßnahmen, die der Vorstand ohne Zustimmung des Aufsichtsrats getroffen hat. Vgl. § 241 Ziff. 3.

3. BauerZ. 23, 76. Über die Aufzählung der Gewinnverwendung im Geschäftsberichte.

4. Entlastung des Vorstandes. a) ZAktWes. 23, 6. Die Entlastung des Vorstandes hat nur insofern Wirkung, als die Generalversammlung aus den ihr gemachten Vorlagen ausreichend unterrichtet war. Pflichtverletzungen, die sich nicht aus den unterbreiteten Vorlagen ergeben und die auch sonst nicht Gegenstand der Besprechung in der Generalversammlung waren, werden durch die Entlastung nicht gedeckt. Da also insoweit die Haftung des Vorstandes trotz der Entlastung fortbesteht, ist eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder deshalb, weil sie der Generalversammlung gewisse Vorgänge bei der Entlastung des Vorstandes verschwiegen haben, nicht gegeben.

b) BauerZ. 23, 241. Wenn die entlastungsberechtigten Verwaltungspersonen ordnungsmäßig Rechnung gelegt haben, und es bestehen keine Verdachtsgründe, die einen Ersatzanspruch der Gesellschaft rechtfertigen, dann besteht das Recht auf bedingungslose Entlastung. Niemand braucht eine beschränkte oder bedingte Entlastung hinzunehmen, da eine solche der Erklärung gleichkommt, die Gesellschaft habe Anlaß, sich wegen gewisser Vorgänge ihre Ansprüche vorzubehalten. Nimmt die Versammlung gewisse Rechtsgeschäfte oder Geschäftsarten von der Entlastung aus, so kommt der davon Betroffene zum mindesten in die Lage, Feststellungsklage gegen die Gesellschaft dahin anzustrengen, daß ihr aus dem angedeuteten Vorkommnis Ersatzansprüche nicht zustehen.

c) Anfechtung der Entlastung. Kiel 26. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 99. Vgl. § 271.

§ 261.

Bilanz. 1. Eine Zusammenstellung der über die Frage der Kriegsbilanzen erschienenen Erörterungen findet sich JW. 16, 75.

2. BauerZ. 23, 32. Ansprüche Dritter, die lediglich aus dem Gewinne bezahlt werden sollen, stellen keine Schulden der Gesellschaft dar und brauchen deshalb in der Bilanz als Passiven nicht berücksichtigt zu werden. Vgl. § 213.

3. Rentabilitätsgarantie eines Dritten als Aktivum. **RG.** JDR. 14 § 261 Ziff. 3, jetzt auch BauerZ. 23, 51.

4. Abschreibungen auf erst im Bau begriffene Gebäude. BauerZ. 23, 57. Das PrOVG. 14, 227 hat nur ausgeführt, daß eine Abschreibung auf ein noch unvollendetes Gebäude nicht damit gerechtfertigt werden dürfe, daß sein erst künftig in die Erscheinung tretender „Gebrauchswert" die Herstellungskosten nicht erreicht. Hier ist dagegen von dem Steuerpflichtigen behauptet worden, daß der gemeine oder Verkaufswert des Neubaues hinter den Herstellungskosten zurückbleibt, und es ist nicht erfindlich, warum dies nicht möglich sein soll. Besteht aber eine Differenz zwischen den Herstellungskosten und dem gemeinen Werte, so kann dieser Verlust dadurch berücksichtigt werden, daß entweder der wirkliche Wert des Gebäudes als Zugang im Aktivum gebucht wird oder der Herstellungspreis, vermindert durch eine jener Differenz entsprechende Abschreibung. Auch solche Bauten, die einer Geschäftserweiterung des Unternehmens dienen, dürfen, wenn nicht von der Bilanzierung des § 261 Ziff. 3 Gebrauch gemacht wird, nur zum gemeinen Werte, der den Herstellungspreis nicht übersteigt, in die Bilanz eingestellt werden, und hieraus folgt, daß auch schon während der Bauzeit Abschreibungen zulässig sind.

5. BauerZ. 23, 74. Verbuchung der Tantiemen auf Geschäftsunkosten.

6. BauerZ. 23, 152. Es ist nicht zu beanstanden, wenn sich die Gesellschaften, was

die Aufzeigung in der Gewinn- und Verlustrechnung betrifft, möglichst kurz fassen, schon damit der Konkurrenz nicht allzuviel Einblick gewährt wird. Deshalb ist auch der Vortrag der Handlungsunkosten und Zinsen in einem Posten zulässig. Wünscht die Generalversammlung weiteren Aufschluß, dann mag sie einen dahin gehenden Beschluß fassen.

7. BauersZ. 23, 226 behandelt die Frage, wie eine AG. ihre an eine Gewerkschaft geleisteten Zubußen in ihren Büchern zu verbuchen und in der Bilanz zu führen hat. Danach können Zubußen, die dazu bestimmt sind, eine Unterbilanz der Gewerkschaft zu tilgen oder infolge von Entwertungen usw. notwendige Abschreibungen vorzunehmen, in der Bilanz der AG. nicht aktiviert werden. Anders, wenn die Zubußen eine Verwendung zur Verbesserung oder Erweiterung der Anlagen oder zur Tilgung von Schulden finden. Dann vermehren sie das Anlagekapital der Gewerkschaft; es darf also der Kux um die Zubuße höher in die Bilanz kommen. Beides zusammen, Kux und Zubuße, darf aber eine Bewertung nur in den Grenzen des § 40 Abs. 2 HGB. erfahren. Eine AG. hat außerdem § 261 Ziff. 1 zu beachten, wonach höchstens der Börsen- oder Marktpreis angesetzt werden darf; sofern dieser Preis jedoch den Gestehungspreis überschreitet, höchstens der letztere.

§ 262.

Reservefonds. I. Stille Reserven und Steuerrecht. 1. Haußmann, BankA. 15, 192. Die in Aussicht stehende Kriegsgewinnbesteuerung hat auch die Frage nach der Zulässigkeit der Bildung stiller Reserven wieder in Fluß gebracht. In Betracht kommt hier in erster Linie der Fall der „Unterbewertung von Aktivposten", der aber nicht immer, sondern nur ausnahmsweise als Bildung einer stillen Reserve zu erachten ist. Da jede Bewertung Meinungssache ist und das Prinzip der Schätzung bei der tatsächlichen Unsicherheit der vielen für die Bewertung in Betracht kommenden Faktoren zumeist nur zu einem annähernd richtigen Ergebnisse führen kann, da weiter der zu bewertende Gegenstand nicht isoliert für sich, sondern nur als Teil des ganzen Geschäfts betrachtet werden kann und diese Einheitlichkeit zur Rücksichtnahme auf die Gesamtlage und die Aussichten des Unternehmens als Ganzes zwingt, so scheidet von vornherein ein großer Teil der Fälle aus, die äußerlich als eine Unterbewertung angesehen werden könnten, bei denen es sich aber lediglich um Modalitäten der Bewertung gerade im Interesse einer der wahren Sachlage entsprechenden Würdigung handelt. Eine zur Bildung von stillen Reserven führende Unterbewertung kommt im wesentlichen nur dann in Frage, wenn irgendwelche, nur in der Zukunft liegende Gründe Anlaß niedrigerer Ansätze sind, ohne daß dies sich bereits nach der gegenwärtigen Sachlage rechtfertigen ließe. Aber auch diese Art der Unterbewertung ist zulässig, soweit sich eine dahin gehende Gewohnheitsrechtsbildung feststellen läßt. Da § 261 HGB. nur einer zu hohen Bewertung, nicht aber einer Unterbewertung entgegentreten wollte, so gilt der obige aus § 40 HGB. folgende Grundsatz auch für die Aktiengesellschaften. Die Bildung stiller Reserven, die sich im Wege eines bewußt zu niedrigen Ansatzes im Interesse der allgemeinen Solidität der Gesellschaft vollzieht, unterliegt, weil aus dem Rahmen des § 40 HGB. hinausfallend, der Anfechtung nach § 271 HGB. Da aber die Interessen des Aktionärs (möglichst hohe Dividende) und das Gesamtinteresse der Gesellschaft (finanzielle Sicherung und Solidität des Unternehmens) sich hier gegenüberstehen, ist das Anfechtungsrecht nach § 271 Abs. 3 für den Fall von Abschreibungen über den wirklichen Stand der Dinge hinaus erschwert (20. Teil des Grundkapitals). Eine in der Natur der Sache liegende Einschränkung des Anfechtungsrechts ergibt sich auch daraus, daß es sich bei der Aufstellung der Bilanz in den einzelnen Ansätzen um Fragen handelt, bei deren Entscheidung „ein gewisses freies Ermessen zugestanden werden muß" (**RG.** 43, 127). Der Aktionär kann hiernach nicht schlechthin anfechten mit der Behauptung, daß die Bewertung materiell unrichtig sei, da dies das Schätzungsrecht der Mehrheit aufheben würde (**RG.** 72, 38), vielmehr nach ständiger Rechtsprechung nur dann, wenn die Bilanz als eine willkürliche sich darstellt oder Arglist der Organe vorliegt (**RG.** 32, 53; 40, 33; 43, 127; 72, 38). Wann eine solche Willkür vorliegt, ist Tatfrage. Eine Willkür ist aber darin noch nicht zu erblicken, daß nach pflichtgemäßem

Ermessen der Vorstand eine Reservestellung im Interesse der Solidität der Gesellschaft für unbedingt erforderlich erachtet; denn er ist berufen, die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen. Voraussetzung der Unanfechtbarkeit ist noch die Ordnungsmäßigkeit der betreffenden Vorlagen in der Generalversammlung; der Aktionär muß in der Lage gewesen sein, sich ein Urteil zu bilden. Aber auch dann, wenn über die Reservebildung ein ausdrücklicher Hinweis im Geschäftsberichte nicht enthalten ist und auch in der Versammlung aus eigenem Antrieb Aufklärungen nicht gegeben werden, sind die Vorlagen nicht ohne weiteres gesetzwidrig. Geht auch die Ansicht Staubs, daß eine Unvollständigkeit der Vorlagen regelmäßig unschädlich sei, zu weit, so gibt es doch sicher Fälle, wo die Organe pflichtgemäß, z. B. im Interesse der Geheimhaltung vor der Konkurrenz, gewisse Dinge im Geschäftsberichte nicht offenzulegen brauchen. — Was die steuerrechtliche Behandlung betrifft, so erfolgt nach §§ 13, 15 PrEStG. die Feststellung des steuerpflichtigen Einkommens auf Grund der Bilanz. Die Steuerbehörde ist also grundsätzlich an die Bilanz gebunden, soweit sie den handelsrechtlichen Vorschriften und kaufmännischen Gebräuchen entspricht. Wenn ein Bilanzansatz ohne Rücksicht auf die Aufgabe einer Bewertung lediglich im Interesse der finanziellen Vorsorge für die Zukunft erfolgt, so ist dies steuerlich nicht maßgebend. Daß die Bildung solcher Reserven im Verhältnisse zwischen Gesellschaft und Aktionären im Gesamtinteresse der Gesellschaft zulässig ist, ist für die Besteuerung belanglos. Eine falsche steuerliche Behandlung der Reservebildung wäre es aber, wenn eine Abschreibung, bei der es sich lediglich um eine Modalität der gegenwärtigen Bewertung selbst handelt, von den Steuerbehörden nicht als solche erkannt und schematisch lediglich gefragt würde, wieviel der betreffende Gegenstand — ohne Rücksicht auf die Einheitlichkeit des Ganzen, ohne Rücksicht auf die angewandte Methode der Bewertung und ohne Rücksicht auf den Einfluß zukünftiger Umstände auf die gegenwärtige Bewertung — als solcher an Wert verloren hat. Durch das vorbereitende Gesetz zur Besteuerung des Kriegsgewinns wird, was die Frage der stillen Reserven anlangt, an dem bisherigen Rechtszustand, insbesondere an der bisherigen Beurteilung der Zulässigkeit stiller Reserven nichts geändert. Das hat vor allem Bedeutung für die viel erörterte Frage der Vergleichung der Friedensjahre mit den Kriegsjahren. Wenn behauptet wird, daß, wer vor dem Kriege gewohnt war, auf seine Aktiven mehr, als die Wertminderung unbedingt ausmacht, abzuschreiben, diese Beträge in den Kriegsjahren ebenfalls abschreiben dürfe, so ist das nicht richtig. Die Eigenart der durch den Krieg hervorgerufenen Verhältnisse kann aber zu besonderen Modalitäten der Wertermittlung Anlaß geben, z. B. bei Bewertung gewisser hochwertiger, jetzt unverkäuflicher Gegenstände oder bei der Bewertung der der Kriegsfabrikation dienenden Anlagen.

2. Flechtheim, Die stillen Reserven und der Entwurf eines Kriegsgewinnsteuergesetzes, BankA. 15, 243. Es ist zu unterscheiden zwischen steuerrechtlich zulässigen und unzulässigen Abschreibungen; letztere, die in Wirklichkeit den Charakter zurückgestellten Reingewinns haben, bilden einen Teil des steuerpflichtigen Geschäftsgewinns. Die Unterscheidung zwischen echten Abschreibungen und stiller Reserve ist aber in der Praxis sehr schwierig. Bestritten war die Frage, wie es zu halten sei, wenn eine in Friedensjahren gelegte stille Reserve während der Kriegsgeschäftsjahre realisiert wird. Es hat z. B. eine Gesellschaft ihre wertvollen Maschinen auf 1 M. abgeschrieben und verkauft sie nun während des Krieges. Mit Hachenburg ist anzunehmen, daß entscheidend ist, wann der Gewinn gemacht wird, nicht wann er in die Erscheinung tritt. Die in den „Friedensgeschäftsjahren" gelegten stillen Reserven sind also dem bilanzmäßigen Geschäftsgewinne dieser Jahre zuzurechnen; deshalb darf der aus ihrer Realisierung entstandene Buchgewinn nicht noch einmal dem Realisationsjahre zugeschlagen werden. Das gleiche hat aber für solche Buchgewinne zu gelten, die aus der Auflösung stiller Reserven entstehen, die in noch weiter zurückliegenden Jahren gebildet wurden. Hachenburg will dieses Prinzip noch weiter auf andere „gleichgeartete Fälle" ausdehnen, so auf den Fall, daß infolge der im § 261 HGB. oder § 42 GmbHG. vorgeschriebenen Bewertung gewisse Vermögenswerte nur zu ihrem Anschaffungs- oder Herstellungspreis und deshalb möglicherweise unter ihrem Werte eingesetzt werden dürfen;

dadurch entständen gleichfalls stille Reserven, die nur nicht den Charakter der Freiwilligkeit haben; der bei ihrer Realisierung entstehende Buchgewinn sei deshalb gleichfalls nicht Kriegsgewinn. Dieser Ansicht ist nicht beizutreten.

3. BauersZ. 23, 118. Die Umwandlung stiller Reserven in offene Reserven mit Zustimmung der Generalversammlung eventuell im Wege der Statutenänderung ist zulässig.

4. BauersZ. 23, 153. Abschreibungen und stille Reserven nach dem Kriegsgewinnsteuergesetze.

II. Die Sonderrücklage für die Kriegsgewinnsteuer; ihre rechtliche Natur; ihre Tantieme-, Steuerpflicht und Pfändbarkeit (vgl. § 237 und Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 2, 256; 3, 302 ff.). 1. Samson, HoldheimsMSchr. 16, 151. Hachenburg, JW. 16, 11, erklärt die Gesellschaften nur für formale Eigentümer, für Nutznießer, den Fiskus dagegen für den materiellen Eigentümer. Korsch, JW. 16, 628 (vgl. unten) schließt sich zwar dieser Ansicht an, spricht aber dem Fiskus schlechthin das Eigentum zu. In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung ist die Gesellschaft als Eigentümer der Sonderrücklage anzusehen. Sie ist Eigentum der Gesellschaft, belastet mit einer Beschlagnahmeverfügung des Staates. Es ergibt sich ein Zwangsreservefonds, der nicht als Schuld an den Fiskus, sondern unter die Passiva aufzunehmen ist, wenn er auch nicht ohne weiteres aus der Bilanz oder dem Jahresabschluß ersichtlich sein muß. Diese aus volkswirtschaftlichen Gründen erlaubte Verschleierung nimmt jedoch der Sonderrücklage nicht den Charakter der Rücklage. Wird die Sonderrücklage aber als Rücklage im Sinne des HGB. angesehen, so zwingt der klare Wortlaut der §§ 237, 245 HGB. zum Abzuge der Sonderrücklage von dem Gewinne, von dem die Tantieme berechnet wird. Das gilt für die Tantieme des Vorstandes und des Aufsichtsrats der AG., des Aufsichtsrats der Aktienkommanditgesellschaften und eventuell des Aufsichtsrats der GmbH. Im übrigen, also vor allem für die Geschäftsführer der GmbH., richtet sich die Frage der Tantiemefreiheit und Tantiemepflicht nach den Gesellschafts- und Anstellungsverträgen. Enthalten diese Verträge keine Bestimmung, so ist die Tantieme nach Abzug der Sonderrücklage zu berechnen. Der Einkommensteuer unterliegt die Sonderrücklage weder nach preußischem noch nach sächsischem Rechte, und ähnlich liegen die Verhältnisse in anderen deutschen Bundesstaaten. Der Zugriff dritter Personen und damit auch die Pfändung der Sonderrücklage ist unzulässig.

2. Korsch, JW. 16, 628. Der Herrschaftswille und die Herrschaftsmöglichkeit ist der Gesellschaft entzogen und an ihre Stelle tritt der Fiskus. Mit anderen Worten, die Reichsgewalt hat, wie in so vielen anderen Fällen, auch hier für Kriegszwecke eine Enteignung vorgenommen und kraft Verfügung von hoher Hand ein zivilrechtliches Verhältnis gemäß § 868 BGB. geschaffen. Der Fiskus ist demnach nunmehr Eigentümer geworden und ihm gegenüber die Gesellschaft nur auf Zeit zum unmittelbaren Besitze der Papiere als deren Fremdbesitzerin berechtigt. Ein Treuhänderverhältnis der Gesellschaft ist abzulehnen. Die Gesellschaft ist lediglich Verwahrerin und Nutznießerin hinsichtlich des ein Fremdvermögen darstellenden Kapitals. Das Eigentum des Fiskus ist anderseits mit gewissen Auflagen belastet, u. a. denjenigen, den durch die künftige Steuerforderung nicht in Anspruch genommenen Teil zurückzuerstatten. Um eine Rücklage oder um einen Reservefonds kann es sich bei dieser rechtlichen Natur des Sondervermögens nicht handeln. Die Sonderrücklage unterliegt nicht der Einkommensteuer. Die Entscheidung des PrOVG., daß Rücklagen für die Talonsteuer einkommensteuerpflichtig sind, kann nicht für die gegenteilige Ansicht herangezogen werden. Beide Fälle sind grundverschieden. Vermögensansammlungen zum Zwecke der später einmal eintretenden Talonsteuer sind in das freie Ermessen der AG. gestellt; angesichts der vollen Verfügungsfreiheit handelt es sich bei der Talonsteuer-Rücklage um einen eigentlichen Dispositionsfonds, während bei der Gewinnsteuer zwingende unabänderliche Bestimmungen bestehen. Die Gewinnsteueransammlung ist, da sie keine Rücklage ist, tantiemepflichtig.

3. Menner, LeipzZ. 16, 846. Die Kriegsgewinnsteuer-Sonderrücklage bildet einen gesetzlichen Reservefonds ähnlich dem im § 262 HGB. geregelten. Bezüglich der Sonder-

rücklage ist ein gesetzliches Verfügungs-, nicht blos Veräußerungsverbot angeordnet, und zwar ein absolutes, nicht etwa nur ein relatives, das bloß den Schutz des Reichsfiskus bezwecken würde. Die Sonderrücklage steht im Eigentume der Gesellschaft und nicht etwa des Reichsfiskus. Man kann auch nicht davon reden, daß ein Anspruch des Reichs auf Übereignung dieses gesetzlichen Spezialreservefonds begründet ist. Verfügungen, die durch Dritte im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgen, sind bezüglich der Sonderrücklage nicht ausgeschlossen. Weil echte Reserve, ist die Sonderrücklage in der Bilanz unter den Passiven vorzutragen, wenn auch nicht notwendig ausgeschieden für sich allein; die zur Bildung der Rücklage angeschafften Schuldverschreibungen dürfen dagegen unter die Aktiva eingerechnet werden. Die zur Bildung der Sonderrücklage eingestellten Werte sind als echte, wirkliche, freie, d. h. nicht mit einer Verbindlichkeit belastete Reserven im Sinne des § 11 Abs. 1 Ziff. 1 WehrbeitrG. zu behandeln. Sie unterliegen in Preußen und Bayern der Einkommensteuerpflicht. Dagegen sind sie nicht tantiemepflichtig.

4. BauersZ. 23, 128. Zur Berechnung der Kriegsgewinnrücklage.

5. Vgl. oben Ziff. I.

6. Verhältnis der Kriegsgewinnrücklage zum gesetzlichen Reservefonds. BauersZ. 23, 142. Die Rücklage von dem Kriegsmehrgewinn ist der erste Posten, der von dem in einem Kriegsgeschäftsjahre sich ergebenden Reingewinne gekürzt wird. Sie hat also den Vorrang vor der Zuweisung der gesetzlichen 5 v. H. an den Zwangsreservefonds. Der gesetzliche Reservefonds kann erst von der Gewinnsumme bedacht werden, die nach Bildung der Kriegsrücklage verbleibt.

III. **RG.** 29. 2. 16, BankA. 15, 288, R. 16 Nr. 1601. Der gesetzliche Reservefonds, der nur zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden, in dieser auch besonders kenntlich zu machenden Verlustes bestimmt ist, darf zum Ausgleiche zweifelhafter Forderungen nicht verwendet werden.

§ 264.

Bilanzgenehmigungsverhandlung. BauersZ. 23, 174. Nach der herrschenden Rechtsprechung hat der einzelne Aktionär, sofern ihm auf eine gestellte Anfrage von der Verwaltung in der Generalversammlung keine Auskunft erteilt wird, durch Antragstellung eine Entscheidung der Versammlung herbeizuführen; lehnt die Versammlung sein Verlangen ab, hat er sich hierbei zu beruhigen. Es fragt sich, ob das gleiche auch für den § 264 gilt. § 264 verleiht der Aktionärminderheit ein Recht auf Auskunft über die einzelnen Bilanzposten. Die Minderheit muß, um sich über die Frage der Bilanzgenehmigung schlüssig zu machen, in den einzelnen Posten klar sehen, und der Vorstand muß das Fehlende ergänzen. Würde die Generalversammlung das Auskunftsrecht der Minderheit verletzen und die Bilanz trotz Beanstandung und Vertagungsverlangens genehmigen, dann könnte die Minderheit diesen Beschluß anfechten. § 264, der dem öffentlichen Rechte angehört, wird durch die Rechtsprechung, die den einzelnen Aktionär in Ansehung geäußerter Auskunftswünsche der Beschlußfassung der Generalversammlung unterstellt, keineswegs berührt. Vg. Pinner, JW. 16, 1389, abgedruckt bei § 250.

§ 266.

Revisorenbestellung. BauersZ. 23, 101. In einem bestimmten Falle hatte die Verwaltung auf Drängen einer Minderheit den Antrag auf die Tagesordnung gesetzt: „Prüfung von Vorgängen bei der Gründung und Geschäftsführung." Diese wurde dann auch beschlossen. Es unterblieb aber die Wahl von Revisoren. Weder dieser Antrag noch der Beschluß entspricht dem Inhalte des § 266.

§ 271.

Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse. I. Unterlassene Anfechtung. **RG.** 6. 4. 16, R. 16 Nr. 1358. Auch wenn ein unter Ausübung eines verbotenen Stimmrechts gefaßter Generalversammlungsbeschluß nicht fristzeitig angefochten ist, können Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung geltend gemacht werden.

II. Anfechtungsgründe. 1. Verweigerung der Auskunftserteilung s. § 250.

2. Ungesetzliche Rücklage; Einstellung eines Betrags in den gesetzlichen Reservefonds statt in das freiwillige Konto: Hilfs- und Sicherungsfonds. Das JDR. 14 § 271 Ziff. 3 abgedruckte Urteil findet sich auch BauersZ. 23, 103.

3. Kiel 26. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 99. Der Beschluß auf Genehmigung der Bilanz und Erteilung der Entlastung kann, wenn das fragliche Geschäft ordnungsgemäß in die Bilanz aufgenommen ist, nicht ohne weiteres deshalb angefochten werden, weil die Gesellschaftsorgane einen Ankauf fremder Papiere satzungswidrig vorgenommen hätten. Der Gesellschaft steht das Recht zu, auch hinsichtlich Geschäfte, die ihrer Meinung nach satzungsgemäß nicht hätten vorgenommen werden dürfen, die Entlastung auszusprechen und dadurch nachträglich zu genehmigen. Gesetzwidrig ist ein solcher Entlastungsbeschluß nur, wenn die Majorität ihre Übermacht bewußt und absichtlich in sittenwidriger Weise zum Nachteile der Gesellschaft oder der Minderheit benutzt.

4. **RG.** 21. 9. 15 u. 1. 10. 15, BauersZ. 23, 127. Gesetzes- oder Statutenverletzungen, die auf das Zustandekommen des Beschlusses ohne jeden Einfluß geblieben sind, können zur Begründung der Anfechtungsklage nicht herangezogen werden. Vgl. JDR. 14 § 51 Ziff. II 3 GenG.

5. Sittenwidrige Ausbeutung der Mehrheitsrechte zum Nachteile der Minderheit. **RG.** 22. 2. 16, JW. 16, 575 vgl. § 48 GmbHG.

6. Pinner, Die Minderheitsrechte der Aktionäre und das RG., JW. 16, 988. Durch die Anerkennung des Grundsatzes, daß die Regel des BGB., nach der jedes gegen die guten Sitten verstoßende Geschäft nichtig ist, auch auf die Beschlüsse der Generalversammlungen anzuwenden sei, und durch die Gewährung der Anfechtungsklage nach § 271 HGB. für solche Fälle hat das RG. die Rechte der Minderheit wesentlich gestärkt. Anderseits hat aber das RG. in den letzten Jahren eine Reihe von Entscheidungen erlassen, die zwar wortgemäß das Anfechtungsrecht nicht antasten, in ihrem praktischen Ergebnis aber zu dessen Beschränkung dienen. So im Hibernia-Falle. Dort war beschlossen worden, Vorzugsaktien auszugeben, und zwar sollten unter Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre Gebote von Personen abgelehnt werden, die nach Ansicht des Vorstandes den Erwerb der Aktien benutzen würden, um den Fortbestand der Gesellschaft zu gefährden, d. h. es sollten Aktien der bisherigen Mehrheit überlassen werden, um diese zu stärken. Die Anfechtung wurde an sich wohl mit Recht verworfen, höchst bedenklich erscheint aber die Begründung, wo es heißt: „Im Gesetz ist der Grundsatz zur Anerkennung gelangt, daß die Mehrheit über die Verwaltung und darüber entscheidet, was im Interesse der Gesellschaft und ihrer Aktionäre zu tun und zu lassen ist.“ Einen solchen Grundsatz stellt das Gesetz nirgends auf; nicht das Interesse der Aktionär, sondern das der Gesellschaft entscheidet. In einem anderen Falle hatte der Hauptaktionär mit 4491 Aktien, um den anderen Aktionär mit nur 9 Aktien aus der Gesellschaft zu drängen, den Weg gewählt, daß die Generalversammlung, d. h. der Großaktionäre die Herabsetzung des Grundkapitals in der Weise beschloß, daß je 45 Aktien auf 44 herabgesetzt werden sollten. Der zweite Aktionär mit seinen 9 Aktien konnte dem nicht nachkommen, nach § 219 HGB. wurden seine Aktien versteigert. Das RG. erkannte mit Urteil vom 11. 12. 1913 (HoldheimsMSchr. 14, 66) trotz des feststehenden Zweckes das Verfahren als zulässig an, weil die Betätigung des eigenen wirtschaftlichen Interesses trotz des Bewußtseins der Schädigung des Dritten nicht sittenwidrig sei. Anders allerdings das Urteil vom 22. 2. 1916, wo Sittenwidrigkeit angenommen wurde (vgl. § 48 GmbHG.). Aber nicht nur durch Aufstellung des Grundsatzes der Allmacht der Mehrheit, sondern auch durch beschränkende Auslegung der gesetzlichen Minderheitsrechte greift das RG. die Stellung der Minderheit an. So wenn es zu § 252 Abs. 3 HGB., wonach der nicht mitstimmen darf, mit dem ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll, den Satz aufstellt (**RG.** 81, 37, JW. 15, 195), daß bei Beschlüssen, die sich auf die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft beziehen, den Aktionären das Mitstimmen nicht deshalb verboten werden kann, weil der Inhalt des Beschlusses zugleich sich auf deren persönlichen Rechtskreis erstreckt, so daß also

bei Wahlen, Abberufungen, Besoldungen der zu Wählenden und Gewählten, bei Einforderung von Einzahlungen die Verpflichteten mitstimmen können. So hat das RG. zu § 252 Abs. 3 HGB. weiter erkannt, daß den Beteiligten das Mitstimmen nur verboten sei, wenn durch den Beschluß der Generalversammlung ein Geschäft wirklich abgeschlossen wird, nicht aber, wenn die Generalversammlung den Vorstand erst anweist, das Geschäft abzuschließen (**RG.** 68, 241); eine Auslegung, die zwar dem Wortlaut entspricht, aber geeignet ist, der gesetzlichen Bestimmung den Boden zu entziehen. Selbst da, wo, wie bei Fusionen, die Generalversammlung selbst die Verträge genehmigen muß, hat **RG.** 85, 170 (vgl. J 52 HGB. u. JDR. 15 § 252 HGB.) einen Ausweg gefunden, indem es die von dem beteiligten Aktionäre zwecks Erlangung des Stimmrechts für seine Aktien betätigte Veräußerung der Aktien an einen Dritten als ernstlich gemeint für zulässig hält. Eine schwere Verletzung der Minderheitsrechte enthält endlich das Urteil des RG. über das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, indem es ausspricht, daß falls die Auskunft nicht erteilt wird, die Versammlung darüber zu beschließen hat, ob die Auskunft erteilt werden solle. Die Entwicklung der Rechtsprechung entspricht weder dem Gesetze noch den Interessen der Aktiengesellschaften.

III. Josef, HessRspr. 17, 62. Die rechtskräftige Abweisung der Anfechtungsklage des Aktionärs in ihrer Einwirkung auf die Tätigkeit des Registergerichts. Die Frage, ob das klagabweisende Urteil den Registerrichter schlechthin verpflichtet, den Beschluß einzutragen, oder ob ihm gleichwohl das Recht zur Ablehnung der Eintragung zusteht, weil er nach eigener Prüfung den Beschluß als nichtig ansieht, ist mehrfach erörtert worden (Kuttner, Fischers Abhandlungen 26, 107 und Neukamp, GoldschmidtsZ. 78, 563). Bei der grundsätzlichen Verschiedenheit der Verfahrensarten des Prozeßgerichts und des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit bedarf es ganz besonderer und schwerwiegender Gründe, um die Gebundenheit der einen Gerichte an die Entscheidungen der anderen zu folgern. Eine solche Bindung läßt sich aus § 32 FGG. für das Prozeßgericht herleiten. Dagegen fehlt es an jeder gesetzlichen Vorschrift, daß das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit an die Entscheidungen des Prozeßgerichts gebunden sei. Aus der Denkschrift zu § 16 HGB. ergibt sich im Gegenteil, daß die Gesetzgebung für die Handelsregisterführung weit davon entfernt war, den Urteilen des Prozeßgerichts eine bindende Wirkung beizulegen. Danach hat zu gelten: Das Urteil, das die nach § 271 von einem Aktionär erhobene Anfechtungsklage abweist, macht nach § 325 ZPO. Recht nur unter den Parteien; es verpflichtet nur den unterlegenen Aktionär, gegenüber der Gesellschaft die Rechtswirksamkeit des Beschlusses anzuerkennen. Dagegen begründet das Urteil nicht die gleiche Pflicht des Registerrichters, der vielmehr selbständig die Rechtswirksamkeit des einzutragenden Beschlusses zu prüfen hat und in dieser Pflicht nicht behindert werden kann durch Erklärungen der Beteiligten, die diese vor dem Prozeßgericht abgegeben haben und auf deren Grundlage das Urteil erlassen ist.

IV. Sonstiges. 1. BauersZ. 23, 126. Eine Anfechtungsklage wird nicht durch die gültige Wiederholung des Beschlusses gegenstandslos. Vgl. JDR. 14 § 51 Ziff. II 2 GenG.

2. **RG.** 4. 4. 16, R. 16 Nr. 995. Die Bestimmung, daß der Gesellschafter Beschlüsse der Generalversammlung mangels Klage gegen sich gelten lassen muß, gilt nur für den Gesellschafter als solchen, nicht auch für einen Gesellschafter, der als Gläubiger gegen die Gesellschaft Ansprüche erhebt.

§ 272.

Prozessuale Behandlung der Anfechtungsklage. 1. Zustellung der Klage. Kiel 26. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 99. Da § 272 absichtlich, um Kollisionen zu verhüten, die Vertretung der Gesellschaft regelmäßig beiden Gesellschaftsorganen (Vorstand und Aufsichtsrat) überträgt, kann § 171 Abs. 3 ZPO. insoweit keine Anwendung finden, als die Zustellung an ein Mitglied eines der beiden Gesellschaftsorgane nicht genügt. Beiden Organen muß zugestellt werden. Die Zustellung an jedes dieser beiden Organe setzt aber nicht eine

Behändigung an alle Mitglieder voraus, sondern es muß die Zustellung an je ein Mitglied genügen.

2. Sicherheitsleistung. Kiel 26. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 99. Daß der Gesellschaft Prozeßkosten erwachsen, kann als drohender, das Verlangen einer Sicherheit rechtfertigender Nachteil nicht gemeint sein.

3. BayObLG. 22. 10. 15, BauersZ. 23, 175, 271, BayRpflZ. 15, 389, DNotV. 16, 575, LeipzZ. 16, 408, R. 16 Nr. 294, RJA. 15, 41, ZBlFG. 17, 246. Die Bekanntmachungspflicht ist auf andere Klagen als auf Anfechtungsklagen gemäß § 271 HGB. nicht auszudehnen, insbesondere nicht auf Bilanznichtigkeitsklagen.

§ 273.

BayObLG. 22. 10. 15, R. 16 Nr. 295. Eine Anmeldepflicht zum Register besteht nach dem Wortlaute des Gesetzes für Nichtigkeitsurteile außerhalb des § 271 HGB. nicht.

Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 274.

1. BauersZ. 23, 171. Keine Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Vornahme von Satzungsänderungen. Ein Beschluß der Generalversammlung, der den Aufsichtsrat zur Vornahme einer Änderung der Firma und der Satzung ermächtigt, ist ungültig und der Eintragung in das Handelsregister unfähig; denn hierzu ist nach dem Gesetz ausschließlich die Generalversammlung selbst zuständig. Von einer Übertragung dieser Befugnis auf ein anderes Organ weiß das Gesetz nichts. § 274 Abs. 1 gestattet lediglich die Übertragung statutarischer Fassungsänderung an den Aufsichtsrat. Mit einer solchen Fassungsänderung hat man es aber nicht zu tun, wenn der Aufsichtsrat ermächtigt werden soll, selbst dem Gesellschaftsvertrage den ihm geeignet scheinenden Inhalt zu geben.

2. Abs. 2. BauersZ. 23, 53. Inhalt der Ankündigung der Statutenänderung s. § 256 Ziff. 1.

§ 275.

Verhältnis des § 275 Abs. 3 zu § 288 Abs. 3. BauersZ. 23, 245 s. § 288.

§ 281.

Zeichnungsschein. 1. Ausstellung von Zeichnungsscheinen, wenn keine neuen Aktien ausgegeben, sondern nur der Nennwert der alten Aktien erhöht wird. BauersZ. 23, 244. Die im HGB. behandelte Erhöhung des Grundkapitals hat ausnahmslos die Ausgabe neuer Aktien zum Gegenstande. Die Kapitalvermehrung, die darin besteht, daß der Nennwert der Aktien eine Heraufsetzung erfährt —, ein Verfahren, das nach Praxis und Rechtswissenschaft für zulässig erachtet wird — ist im Gesetze nicht geregelt. Bei der Vorschrift des § 281, daß die Zeichnung der neuen Aktien mittels Zeichnungsscheine geschieht, hatte der Gesetzgeber also nur die infolge der Kapitalvermehrung auszugebenden neuen Aktien im Auge. Gleichwohl ist der § 281 auch auf die andere Art der Kapitalvermehrung anzuwenden; denn auch hier hat sowohl das Registergericht wie die Allgemeinheit ein begründetes Interesse daran, zu erfahren, von wem und wie das Erhöhungskapital aufgebracht wurde. Das Gesetz erfordert bei jeder Vermehrung des Grundkapitals eine Belegung des Erhöhungsbetrags und gestattet keine Ausnahme, wenn letzterer statt durch Ausgabe wirklicher neuer Aktien dadurch beschafft wird, daß die Aktionäre eine den Nennbetrag erhöhende Zuzahlung leisten.

2. Abs. 2. Düsseldorf 5. 5. 16, LeipzZ. 16, 1059. Bei der Neugründung einer AG. erfolgt nach Feststellung des Gesellschaftsvertrags zunächst die Zeichnung der von den Gründern nicht übernommenen Aktien, und demnächst wird die Generalversammlung zur Beschlußfassung über die Errichtung der Gesellschaft berufen (§ 196). Demgemäß heißt es im § 189 Abs. 4, daß der Zeichnungsschein gültig wird, wenn der Zeichner „auf Grund einer dem Abs. 2 entsprechenden Erklärung" in der Generalversammlung stimmt. Bei der Kapitalserhöhung dagegen muß der Tag, an dem der Beschluß über die Erhöhung des Kapitals gefaßt

wird, der Zeichnung vorausgehen (§ 281 Ziff. 1). Die Ausübung des Stimmrechts „auf Grund" des Zeichnungsscheins ist also unmöglich. Bei entsprechender Anwendung des § 189 Abs. 4 haftet daher ein Aktionär aus dem an sich ungültigen Zeichnungsscheine, wenn er in der Generalversammlung, die zur Beschlußfassung über die Erhöhung des Kapitals berufen ist, gestimmt hat.

§ 282.

Das Aktienbezugsrecht. 1. *Karo, Die rechtliche Natur des Aktienbezugsrechts und seine Gestaltung bei dem Bestehen eines Pfandrechts (Erlanger Diss. 1916). a) Es ist das abstrakte und das konkrete Bezugsrecht zu unterscheiden. Das abstrakte Bezugsrecht ist ein nicht ausübungsfähiges Recht ohne rechtlich erheblichen Inhalt. Es ist weder ein obligatorisches noch ein dingliches Recht, sondern ein Teil des Mitgliedschaftsrechts des Aktionärs. Als solches hat es die Natur eines Sonderrechts im Sinne des § 35 BGB. (2—11). Das konkrete Bezugsrecht ist getrennt in dem Zeitraume vor der Ausübung und nach der Ausübung zu betrachten. Vor der Ausübung ist es als „verhaltener Anspruch" anzusehen, auch hat es ebenfalls die Natur eines Sonderrechts. Es ist also unentziehbar — unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß die Kapitalserhöhung auch tatsächlich durchgeführt wird. Das Bezugsrecht ist vor der Ausübung übertragbar, und zwar bei Inhaberaktien auch ohne gleichzeitige Übertragung des Aktienrechts (11—14). Im Verhältnisse zum Aktienrecht ist das konkrete Bezugsrecht eine Frucht, da es im Sinne des § 99 BGB. als Ertrag anzusehen ist, den das Aktienrecht seiner Bestimmung gemäß gewährt (S. 15—24). Durch die Ausübung wird das Bezugsrecht zu einem fälligen Anspruche, der ein von dem Aktienrechte losgelöstes Gläubigerrecht darstellt. Dieses ist erfüllt, sobald die neuen Aktienrechte durch Eintragung der Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister entstanden sind. Vorher kann der Anspruch auf neue Aktienrechte zufolge § 287 Abs. 2 HGB. nicht mit Wirksamkeit gegenüber der Aktiengesellschaft übertragen werden, eine solche Abtretung hätte also nur die Wirkung einer obligatorischen Bindung zwischen den Parteien, deren Erfüllung erst mit dem Entstehen des neuen Aktienrechts möglich wird (24—26).

b) Die Gestaltung des Bezugsrechts beim Bestehen eines Pfandrechts. Sofern nicht ein Nutzungspfandrecht vereinbart ist, bleibt der Pfandschuldner Subjekt des Bezugsrechts. Er hat gegen den Pfandgläubiger, der die alten Aktien im Pfandbesitze hat, einen Anspruch auf Vorlegung der Aktien bei der Aktiengesellschaft, der ihm die Ausübung des Bezugsrechts tatsächlich ermöglicht (26—33). Hat er es ausgeübt, so erhält er die neuen Aktien, während der Pfandgläubiger die alten Aktien zurückbekommt. Die neuen Aktien unterliegen nicht ohne weiteres der Pfandhaft des Pfandgläubigers, jedoch hat dieser einen Anspruch auf Verpfändung der neuen Aktien gegen den Pfandschuldner. Das Bezugsrecht hatte, da es in der Aktie verkörpert ist, zwar auch der Pfandhaft unterlegen, aber das Pfandrecht kann infolge § 1274 BGB. nicht auf den fälligen Anspruch auf die neuen Aktien übergehen, da dieser Anspruch nach § 287 Abs. 2 HGB. nicht mit Wirksamkeit gegenüber der Aktiengesellschaft übertragen werden kann. Das Pfandrecht läßt jedoch eine obligatorische Bindung zwischen den Parteien entstehen, die sich auf Herstellung des Zustandes richtet, der beim Bestehenbleiben des Pfandrechts eingetreten wäre, d. h. auf die Bestellung eines Pfandrechts an den neuen Aktien.

Das Pfandrecht setzt sich also in einem Anspruch auf Verpfändung fort (S. 33—41). Tritt während der Frist, die für die Ausübung des Bezugsrechts festgesetzt ist, die Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers ein, so kann er die Aktien mit Bezugsrecht verkaufen, sofern nicht aus besonderen Tatsachen auf einen andern Willen der Parteien zu schließen ist. Erklärt der Pfandschuldner, er wolle das Bezugsrecht ausüben, so muß der Pfandgläubiger, wenn er sich für seine Forderung durch einen Verkauf der Aktien ohne Bezugsrecht voll befriedigen kann, die Aktien auch ohne Bezugsrecht verkaufen (41—44).

2. Güldenstein, Das Aktienbezugsrecht, München 1914 (Diss.). Das Bezugsrecht ist vor dem Kapitalserhöhungsbeschluß ein aufschiebend bedingtes Recht (aber kein Sonderrecht) des Aktionärs, nach dem Beschluß ein unbedingtes Sonderrecht, von der Geltendmachung gegen-

über der Gesellschaft an aber ein reines, seiner Natur als Mitgliedschaftsrecht verlustig gegangenes, deshalb vom Besitze der Aktie nicht mehr abhängiges Gläubigerrecht, letzteres jedoch mit der Maßgabe, daß es schon, bevor es zum reinen Gläubigerrechte wurde, im allgemeinen frei veräußert und vererbt werden kann, mit Ausnahme des Falles der Namensaktien, bei denen die Gesellschaft, falls die neuen Aktien vinkuliert sind, jederzeit die Veräußerung des Bezugsrechts hindern kann (1—14). — Die Bekanntmachung des Vorstandes muß sich bezüglich des Bezugspreises mit dem Beschlusse der Generalversammlung decken. Auch falls der Vorstand absichtlich oder versehentlich einen niedrigeren Preis veröffentlicht, als die Generalversammlung beschlossen hat, ist der von der Generalversammlung festgesetzte Preis maßgebend. Sollte ein Aktionär dadurch einen Schaden erleiden, so kann man ihm wohl einen Schadensersatzanspruch gegen den Vorstand nach § 823 Abs. 2 BGB. einräumen, falls man nur annimmt, daß die Veröffentlichungspflicht des Vorstandes aus § 282 Abs. 2 HGB. ein „Schutzgesetz" für die Aktionäre ist. Dagegen kann der Aktionär die Zeichnung auf die neuen Aktien nicht anfechten (16). — Ist eine Frist für die Ausübung des Bezugsrechts nicht bestimmt, so haben die Aktionäre das Bezugsrecht so lange, als überhaupt neue Aktien noch vorhanden sind. Allerdings wird in diesem Falle wohl auch eine nachträgliche Fristsetzung statthaft sein (16). — Die Schrift behandelt weiter die Veräußerung des Bezugsrechts durch gleichzeitige Veräußerung der Aktie, die selbständige Veräußerung (Kauf, Schenkung) des Bezugsrechts allein (31), insbesondere wenn sog. „Bezugsrechtsscheine" ausgegeben sind (33), das Vermächtnis eines Bezugsrechts, die Stellung der Erbengemeinschaft gegenüber einem Bezugsrechte (37), den Verlust des Bezugsrechts (41), das Bezugsrecht einer Gesellschaft des BGB. und der off. HG. (44), den Einfluß des Bestehens eines Nießbrauchs an der Aktie (45) und die Bestellung eines Nießbrauchs an dem Bezugsrechte (47), den Einfluß des ehelichen Güterrechts (48), das Bezugsrecht bei verpfändeten Aktien (50), die Zwangsvollstreckung in Bezugsrechte (52), die Stellung des Bezugsrechts im Konkurs, insbesondere im Konkurse der Aktiengesellschaft (53), das Bezugsrecht im Falle der Grundkapitalerhöhung durch Fusion (57), die Rechtslage, wenn bei Erhöhung des Grundkapitals die neuen Aktien gegen Leistung von Sacheinlagen gewährt werden (58), die Schaffung von Bezugsrechten ohne tatsächliche Erhöhung des Grundkapitals bei Ausgabe von Vorzugsaktien (61), den Einfluß der Zusammenlegung und Herabsetzung des Grundkapitals (62), die Ausgabe von Gratisaktien (64). Ein 8. Kapitel behandelt den Rechtsschutz des Bezugsrechts gegenüber Verletzungen durch Beschlüsse der Generalversammlung (73) sowie gegen Verletzungen, die nicht durch Generalversammlungsbeschlüsse zustande kommen (78), weiter das außerordentliche Bezugsrecht der Nichtaktionäre (83) und das Bezugsrecht auf Wertpapiere, die nicht Aktien sind (89).

§ 288.

Herabsetzung des Grundkapitals. 1. ZAktWes. 23, 7. Eine Herabsetzung des Grundkapitals während der Liquidation ist unzulässig. Es kann in einem solchen Beschluß eine Verletzung der Sonderrechte der Aktionäre liegen, da nach § 300 HGB. das übrigbleibende Vermögen unter den Aktionären nach Verhältnis der Aktienbeträge verteilt wird.

2. BauersZ. 23, 245. Um Vorzugsaktien zusammenzulegen und deren Dividendennachzahlung in Wegfall zu bringen, ist neben dem allgemeinen Beschlusse der Generalversammlung auch gemäß § 288 Abs. 3 ein in gesonderter Abstimmung gefaßter Beschluß der Aktionäre jeder Gattung notwendig. Fraglich könnte sein, ob daneben noch ein Beschluß nach § 275 Abs. 3 HGB. erforderlich ist. Das Verhältnis zwischen § 288 Abs. 3 und § 275 Abs. 3 ist aber so, daß eine gesonderte Beschlußfassung im Sinne des letzteren Gesetzes fortfällt, soweit ausschließlich die Herabsetzung des Grundkapitals in Frage kommt. Auch wenn die Verminderung der Vorzugsaktien durch Zusammenlegung, wie das in der Natur der Sache liegt, den Vorzugsaktionären zum Nachteile gereicht, so braucht dennoch keine nochmalige Sonderabstimmung dieser Aktionäre stattzufinden; denn die sich auf § 288 Abs. 3 gründende gesonderte Abstimmung und Annahme des Antrags bedeutet gleichzeitig die Zustimmung der nämlichen Aktionäre zu ihrer Ungünstigerstellung. Das macht eine

nochmalige gesonderte Abstimmung nach § 275 überflüssig. Es kommt nur darauf an, daß der Wortlaut der Abstimmung beiden Gesetzesstellen gerecht wird. Hat die gesonderte Abstimmung der Vorzugsaktionäre nicht bloß die Herabsetzung des Stammkapitals anerkannt, sondern auch die Aufhebung des Anspruchs der Aktionäre auf Nachzahlung der rückständigen Dividende, so ist damit dem § 275 Abs. 3 Genüge geschehen.

Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 295.

Liquidatorenbestellung. **RG.** 11. 2. 16, R. 16 Nr. 1963, RJA. 15, 53, ZBlFG. 17, 254. Eine Satzungsbestimmung, die das Recht zur Bestellung von Liquidatoren dem Aufsichtsrat überträgt, ist unzulässig.

§ 298.

Geschäftskreis der Liquidatoren. Grundstücksveräußerung durch den Liquidator. BauersZ. 23, 55. Nach § 298 haben die Liquidatoren die Rechte und Pflichten des Vorstandes. Sie unterliegen gleich ihm der Überwachung durch den Aufsichtsrat. Soweit es sich um die Veräußerung von unbeweglichen Gegenständen handelt, befindet sich der Liquidator in der gleichen Lage wie der Vorstand. Wenn nun nach dem Gesellschaftsvertrage der Vorstand zum Erwerb und zur Veräußerung von Immobilien der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf, so gilt das gleiche für den Liquidator. Eine Berufung der Generalversammlung gemäß § 253 Abs. 2 HGB. ist höchstens dann notwendig, wenn der Verkauf zu ungewöhnlich ungünstigen Bedingungen erfolgen sollte.

§ 299.

Liquidationsbilanz. Grundkapital und Reserven in den Liquidationsbilanzen. BauersZ. 23, 105. Die von manchen Schriftstellern vertretene Ansicht, daß sowohl in der Liquidationseröffnungs- wie in den späteren Liquidationsbilanzen für Grundkapital und Reserven kein Platz mehr sei, widerspricht nicht nur nicht der tatsächlichen Übung, sondern ist auch, da das Gesetz über die Behandlung dieser Passivposten in den Bilanzen der Liquidationsgesellschaft nichts bestimmt, nicht zutreffend. Für den Liquidator bildet das Grundkapital genau so einen bei Verteilung des Liquidationsüberschusses zu berücksichtigenden Posten wie die eigentlichen Schuldverpflichtungen.

§ 300.

Verteilung des Liquidationsüberschusses. 1. Beteiligung des Liquidators am Liquidationserlöse. BauersZ. 23, 56. § 300 Abs. 1, wonach das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen unter die Aktionäre zu verteilen ist, gibt dem einzelnen Aktionär ein Sonderrecht, das weder durch Vertrag des Aufsichtsrats noch durch einen Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung aufgehoben werden darf. Eine Vereinbarung, nach der der Liquidator einen Teil des Liquidationsüberschusses beziehen soll, ist deshalb nur dann gültig, wenn jeder Aktionär, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, damit einverstanden ist. Bei der GmbH. gilt nach § 72 das gleiche.

2. Überlassung des Zeitpunkts der Auszahlung des Liquidationserlöses an den Liquidator. BauersZ. 23, 200 (LG. Cöln). Indem die Generalversammlung beschloß, auf jede Aktie den Betrag von x Mark zurückzuzahlen, hat sie den Anspruch der Aktionäre auf Verteilung des verfügbaren Bestandes anerkannt. Der gleichzeitig mit Rücksicht darauf, daß der Bestand in mündelsicheren Papieren angelegt war, ergangene Beschluß, dem Liquidator den Zeitpunkt der Auszahlung zu überlassen, gibt diesem nicht das Recht, nach seiner Willkür die Auszahlung unbeschränkt hinauszuziehen, verstößt also nicht gegen die Interessen der Aktionäre.

§ 301.

Jena 30. 3. 14, ThürBl. 62, 287. Der Gläubiger einer AG. hat ein klagbares Recht auf Sicherstellung gegen die zum Zwecke der Liquidation fortbestehende Gesellschaft und die Liquidatoren persönlich. Das Recht auf Sicherstellung wegen seiner betagten (künftigen)

Forderungen erwächst dem Gläubiger aber nicht schon mit dem Eintritte der Liquidation, sondern erst dann, wenn nach dem Ablaufe des Sperrjahrs mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter den Aktionären begonnen werden soll. Eine frühere Klage ist nur beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 259 ZPO. zulässig.

§ 302.

Abs. 4. Voraussetzungen der Wiederaufnahme der Liquidation. Unter teilweiser Verwerfung des Beschlusses des BayObLG., RJA. 12, 128, kommt Josef, Holdheims MSchr. 16, 100, zu folgender Auffassung: Nach Eintragung des Erlöschens einer Aktiengesellschaft ist die Bestellung eines Liquidators nur zulässig, wenn sich nachträglich Vermögen herausstellt, über das mangels vorzeitiger Beendigung der Liquidation der Liquidator hätte verfügen müssen. Die bloße Möglichkeit, daß je nach dem Ausfall eines vom Antragsteller gegen die Gesellschaft zu erhebenden Anspruchs ein Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Liquidator entstehen könnte, rechtfertigt die Wiederaufnahme der Liquidation also nicht. Ist diese beantragt, so hat das Amtsgericht nach § 12 FGG. von Amts wegen, also unabhängig von den Anträgen der Beteiligten, zu prüfen, ob eine Forderung der Gesellschaft gegen einen Dritten besteht. Da von dem Ergebnisse dieser Prüfung nicht eine Leistungspflicht, sondern nur die Verfügung betreffs der Bestellung des Liquidators abhängt, so wird das Gericht seine Ermittlungen mehr nach Art einer „summarischen Kognition" treffen, so daß es sogar auf Grund der Akten über einen noch schwebenden Prozeß das Bestehen einer rechtsbeständigen Gesellschaftsforderung annehmen kann. Die Verfügung, durch die der Liquidator bestellt wird, ist bindend für das Prozeßgericht; vor diesem kann daher die Befugnis des Liquidators zur Vertretung der gelöschten Gesellschaft nicht bemängelt werden. Dagegen ist die Begründung jener Verfügung, nämlich die Feststellung über das Bestehen einer Forderung, für das Prozeßgericht nicht bindend.

§§ 304 ff.

Fusion. 1. Fusion mit einer Anstalt eines inländischen Kommunalverbandes. Die JDR. 14 § 304 veröffentlichte Entscheidung des KG. vom 22. 4. 15 ist auch abgedruckt OLG. 32, 114.

2. **RG.** 8. 6. 15, OLG. 32, 119 Anm. Die Generalversammlung der in Fusion gehenden Aktiengesellschaft hat die Übertragung des Geschäfts zu beschließen; dagegen darf sie die Ausführung dieses Beschlusses ihrem Liquidator übertragen. In diesem Falle hat die zur Fortführung der bisherigen Firma nach § 22 erforderliche ausdrückliche Genehmigung der Liquidator zu erteilen; dagegen braucht die Zustimmung der Generalversammlung zu dieser Einwilligung nicht ausdrücklich zu sein. Der Liquidator darf die geschäftliche Leitung des übergehenden Unternehmens während des Sperrjahrs der aufnehmenden Gesellschaft überlassen und sich nur die Überwachung vorbehalten.

3. Verschmelzung ohne Kapitalserhöhung; Umschreibung im Grundbuche während des Sperrjahrs. KG. 6. 6. 14, OLG. 32, 119. Die Verschmelzung nach §§ 305, 306 setzt eine Kapitalserhöhung nicht notwendig voraus. Wird das Kapital nicht erhöht, so ist zum Eintritte der Gesamtrechtsnachfolge notwendig ein Verschmelzungsvertrag in der Form des § 311 BGB., ein Vertrag der übertragenden Gesellschaft auf Veräußerung des Vermögens im ganzen und unter Ausschluß der Liquidation und die Eintragung dieser Ausschließung in das Handelsregister. Ein Beschluß der übernehmenden Gesellschaft ist nicht notwendig; vielmehr genügt hier die Vertretungsmacht des Vorstandes; die gegenteilige Ansicht KGJ. 38, 230 wird aufgegeben. Die Grundbuchberichtigung ist auch während des Sperrjahrs zulässig; § 306 Abs. 5 steht nicht entgegen; auch die nach § 306 Abs. 4 notwendige einstweilige getrennte Vermögensverwaltung ist trotz Grundbuchberichtigung möglich.

4. KG. 18. 6. 14, KGJ. 46, 195, OLG. 32, 120 Anm. Die ohne Liquidation erfolgende Verschmelzung begründet eine Gesamtrechtsnachfolge, so daß das Eigentum schon mit Abschluß des Verschmelzungsvertrags wechselt. Anders, wenn die eine Gesellschaft ihr Vermögen im ganzen ohne Abschluß eines Verschmelzungsvertrags

veräußert; der Grundbuchrichter darf dann auf Grund einwandfreier Auflassung den Eigentumsübergang eintragen, solange er nicht weiß, ob die Gläubiger mit der Eintragung während des Sperrjahrs nicht einverstanden sind.

5. Die Schuldverschreibungen und Genußscheine der aufzunehmenden Gesellschaft. BauersZ. 23, 105. Die Genußscheininhaber, die mit ihren Ansprüchen auf den Reingewinn und möglicherweise auf den Liquidationsüberschuß angewiesen sind, sind im Falle der Fusion nicht berechtigt, von der aufnehmenden Gesellschaft eine Sicherheitsleistung zu verlangen; denn bei ihnen kommt kein Schuldverhältnis in Betracht, das das Vermögen der fortbestehenden AG. berührt. Das Recht auf den Reingewinn ist ein bedingtes und hat das Vorhandensein von verteilungsfähigen Überschüssen zur Voraussetzung. In der Zukunft liegende Gewinnhoffnungen machen die aufgelöste AG. noch nicht zur Schuldnerin und deshalb auch nicht die übernehmende. Bei Schuldverschreibungen kann man verschiedener Meinung sein.

6. Rehm, Verschmelzung und Rückversicherung, LeipzZ. 16, 584, verneint im Gegensatze zu der von Miltner, LeipzZ. 16, 442, vertretenen Ansicht die Frage, ob bei einer Fusion von Versicherungsgesellschaften auf die übernehmende Gesellschaft auch die Verpflichtung des anderen Vertragsteils von selbst übergehe, sämtliche direkten Geschäfte bei einem bestimmten Unternehmen rückzudecken. Vgl. § 306 Ziff. 5.

§ 306.

1. Einfluß der Fusion auf eine Kontokurrentforderung. **RG. 7. 1. 16; 87, 434**, BauersZ. 23, 176, JW. 16, 407, R. 16 Nr. 535. Wenn zwei AG.n sich miteinander verschmelzen und ein zwischen der aufgenommenen Ges. und einem ihrer Kunden bestehendes Kontokurrentverhältnis von der aufnehmenden Ges. auf eigene Rechnung fortgesetzt wird, so gehört, falls später über die Vermögen beider Ges.n Konkurs ausbricht, die Forderung aus dem Kontokurrente zur Sonderkonkursmasse der aufgenommenen Ges. Die nach der Fusion erfolgten Saldoziehungen und Saldoanerkenntnisse ändern hieran nichts; es kann nicht eingewendet werden, daß durch Saldoziehung und -anerkenntnis infolge Novation die alte Forderung der aufgenommenen Ges. untergegangen sei und daß sie durch die neue Forderung ersetzt werde. Wenn § 306 Abs. 4 erklärt, bis zur Vereinigung solle das übernommene Vermögen im Verhältnisse der Gläubiger der aufgelösten Ges. noch als Vermögen der aufgelösten Ges. gelten, so will er den Sondergutsgläubigern die realen Werte, die im Sondervermögen stecken, auch wirklich zukommen lassen. Das Bedenken, daß mit dem Saldoanerkenntnis eine Novation verbunden sei, darf die Verwirklichung dieser Absicht nicht vereiteln. Der Novationsgedanke ist nur ein Hilfsmittel, um gewisse rechtliche Eigentümlichkeiten des Kontokurrents begrifflich zurechtzulegen. Die Annahme eines Unterganges der Forderungen beruht nicht sowohl auf sachlichen Erwägungen als auf juristischer Abstraktion. Daß diese Abstraktion den Verkehrsbedürfnissen nicht Gewalt antun darf, hat das Gesetz im § 356 noch besonders zum Ausdrucke gebracht. Wenn der Kunde seit der Fusion auf das Kontokurrent Zahlungen geleistet hat, so sind diese nicht etwa in analoger Anwendung des § 366 BGB. auf die Forderung der aufgenommenen Ges. als der älteren zu verrechnen. Die Anwendung des § 366 ist ausgeschlossen. Zahlungen einer Kontokurrentpartei erfolgen nicht zur Tilgung bestimmter Forderungen, sondern bilden Kreditposten des Zahlenden, die bei der künftigen Gesamtabrechnung ihre Wirkung ausüben. Daran ändert es auch nichts, wenn man die Pflicht, rechtlich getrennte Vermögenskreise auseinanderzuhalten, der reinlichen Durchführung der Novationstheorie voranstellt. Wurden somit die nach der Fusion geleisteten Zahlungen auf die vor der Fusion entstandenen Forderungen nicht geleistet, so können sie darauf auch nicht angerechnet werden. Eine Berücksichtigung zum Nachteile der aufgenommenen Ges. würde nur dann zulässig und geboten sein, wenn durch die Zahlung das Guthaben unter die Höhe z. Z. der Fusion herabgesunken wäre. Ist der spätere Aktivsaldo höher als der z. Z. der Fusion, so greift bezüglich der Frage, wie weit der höhere Saldo der aufgenommenen Bank zugute kommt, der Surrogationsgrundsatz

(vgl. Ziff. 3) Platz. Soweit die nach der Fusion dem Kunden gewährten Kredite aus den Mitteln der aufgenommenen Bank herrühren, hat sie Anspruch auf deren Herausgabe.

2. **RG.** 7. 1. 16, R. 16 Nr. 533. Wird die Vorschrift getrennter Verwaltung verletzt, so kehrt sich die Beweislast hinsichtlich der Herkunft der von den Sondergläubigern beanspruchten Vermögensstücke um.

3. **RG.** 7. 1. 16, R. 16 Nr. 534. Zu den Bestandteilen eines Sondervermögens können auch solche gehören, die sich aus dessen wirtschaftlicher Weiterentwicklung ergeben haben, z. B. durch bankmäßigen Umsatz während des Sperrjahrs.

4. **RG.** 8. 6. 15, DNotV. 16, 575, R. 15 Nr. 2548, 2551, ZBlFG. 16, 388. Art der Verwendung der Firma der aufgenommenen Gesellschaft. Hat sich eine AG. mit einer anderen, die in ihrer Firma einen Personennamen führt, verschmolzen, und führt sie dann am Sitze der letzteren deren Geschäft als Zweigniederlassung weiter, so kann sie für diese Zweigniederlassung ihrer eigenen Firma hinzufügen: „Abteilung vormals . . . . ." unter Anschließung der Firma der aufgenommenen Ges. Einer Satzungsänderung bedarf es hier nicht. Die Beifügung des Zusatzes für die Zweigniederlassung läßt die Identität der Firma unberührt; sie ist eine bloße Verwaltungshandlung, die der Vorstand allein vornehmen kann.

5. *Ehrenberg, ZVersWiss. 16, 376 ff. und LeipzZ. 16, 989 ff. Auch dauernde Vertragsverhältnisse der fusionierten Gesellschaft gehen auf die übernehmende Gesellschaft über; selbst bei solchen, die mit dem Tode einer physischen Person erlöschen würden — zu ihnen gehört aber die laufende Rückversicherung nicht —, ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß sie auch mit dem Aufhören einer juristischen Person erlöschen, vielmehr kommt es auf Zweck und Inhalt des einzelnen Vertrags an. — Die allgemeinen Rechtsvorschriften über nachträgliche Unmöglichkeit der Vertragserfüllung (§§ 280, 325 i. Verb. mit § 276 BGB.) kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Unmöglichkeit durch Selbstvernichtung (freiwillige Auflösung einer juristischen Person) herbeigeführt ist. — Die übernehmende Gesellschaft ist berechtigt und verpflichtet, die laufenden Rückversicherungsverträge der fusionierten Gesellschaft durchzuhalten, und zwar, soweit sie auf bestimmte Zeit eingegangen sind, bis zu deren Ablaufe, sonst nach erfolgter Kündigung bis zum Ablaufe der vereinbarten Kündigungsfrist.

Sechster Abschnitt. Strafvorschriften.

§ 312.

Untreue durch Ausschüttung einer ungesetzlichen Dividende. **RG.**, JDR. 14 § 312 jetzt auch BauersZ. 23, 27.

§ 313.

Strafbarkeit des Vorstandes, der über die Einzahlung des Grundkapitals beim Registergerichte falsche Angaben macht. **RG.**, JDR. 14 § 313 Ziff. 2—5 jetzt auch BauersZ. 23, 75.

§ 314.

1. Bilanzverschleierung durch falsches Urteil. **RG.**, JDR. 14 § 314 Ziff. 1 jetzt auch BauersZ. 23, 27.

2. Bilanzverschleierung durch Verstecken der Kriegsgewinnrücklage. BauersZ. 23, 194. Gegen Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats, die aus der Kriegsgewinnrücklage Schulden der Gesellschaft machen und den Reingewinn entsprechend niedriger ausweisen, kann ein Verfahren wegen Bilanzverschleierung nicht eingeleitet werden, weil die Absicht derselben nicht auf eine Verschleierung des Vermögensstandes gerichtet ist.

3. Bilanzfälschung und falsche Buchführung. **RG.**, JDR. 14 § 314 Ziff. 3 jetzt auch BauersZ. 23, 27.

4. **RG.** 23. 11. 15, R. 16 Nr. 845. Nicht unter allen Umständen liegt eine wissentlich falsche Bilanzaufstellung vor, wenn ein Außenstand trotz Verzichts fortgeführt wird.

5. **RG.** 23. 11. 15, BauersZ. 23, 262, R. 16 Nr. 844. Aus der Tatsache allein, daß

eine Revisionskommission große Abschreibungen betätigt hat, folgt noch nicht, daß die mehrere Jahre vorher aufgestellten Bilanzen wegen zu niedriger Abschreibung wissentlich falsch seien.

6. RG. 23. 4. 15, BauersZ. 23, 195. Das unvollständige Verlesen der Kreditlisten in Aufsichtsratssitzungen durch ein Vorstandsmitglied und das Stillschweigen der anderen Vorsteher kann als Verschleierung bzw. Beihilfe hierzu bestraft werden.

§ 317.

Stimmenkauf. RG. 22. 2. 16, JW. 16, 575. „Besondere Vorteile" im Sinne des § 317 sind nur solche, die sich nicht aus der Abstimmung selbst ergeben.

Anhang. Stempel- und Steuerrecht.

Schrifttum: Schultze, Zur Aktienbewertung bei Berechnung des Gesellschaftsstempels, HoldheimsMSchr. 16, 234.

I. Stempelrecht. A. Reichsstempelgesetz. 1. Pauly, HoldheimsMSchr. 16, 209, 229 ff. behandelt in einem ausführlichem Gutachten die Frage, ob die englischen share-certificates stempelpflichtige Wertpapiere sind.

2. Aktienausgabestempel. a) RG. 10. 12. 15, HoldheimsMSchr. 16, 70. Die Heranziehung der Bilanz ist im einzelnen Falle zwar nicht ausgeschlossen, in der Regel aber kann die Bilanz nicht zur Grundlage der Schätzung des Wertes der Gegenleistung für die ausgegebenen Aktien gemacht werden, weil in ihr nicht alle für die Preisbildung wesentlichen Faktoren zur Erscheinung kommen.

b) RG. 21. 9. 15, HoldheimsMSchr. 16, 70. Die Klägerin hat zugegeben, daß sie die Aktien zum Kurse von 300 % verwertet habe, welchen Betrag auch der beklagte Fiskus der Stempelberechnung zugrunde gelegt hat. Demgegenüber ist es nicht erklärlich, wie das KG. einen niedrigeren, inneren Wert zur Grundlage der Stempelberechnung machen konnte. Wenn die Parteien über den Wert der Gegenleistung einig waren, bedurfte es einer Ermittlung des inneren Wertes überhaupt nicht.

c) RG. 19. 9. 15, BankA. 15, 409, BauersZ. 23, 229, DNotV. 16, 610, HoldheimsMSchr. 16, 71. Vom Aktienausgabestempel nach Tarif Nr. 1 a Befr.-Vorschr. b befreite Eisenbahngesellschaften. Abgesehen von dem Falle der Zinsgarantie kann eine Befreiung von der Verpflichtung zur Versteuerung der Gewinnanteilscheinbogen nur den AG. zuerkannt werden, bei denen als der eigentliche Zweck ihres Bestandes und geschäftlichen Wirkens die Herstellung solcher inländischer Eisenbahnen erscheint, für die ein besonderes öffentliches Interesse vorliegt und in der Weise hervortritt, daß Staats- oder Kommunalverbände sich an der Beschaffung der Mittel zur Erreichung des Gesellschaftszwecks in verhältnismäßig erheblichem Maße beteiligen.

d) Wann beginnt der Lauf der in Befr.-Vorschr. 3 zu Tarif Nr. 3 A a bestimmten zehnjährigen Steuerfreiheit für Gewinnanteilscheinbogen? RG. 10. 12. 15, BauersZ. 23, 177, HoldheimsMSchr. 16, 72. Die Befreiung Nr. 3 ist nicht anwendbar, wenn seit dem Zeitpunkte der erstmaligen Ausgabe der Wertpapiere, der regelmäßig mit dem im § 17 bezeichneten Zeitpunkte der Eintragung der Gesellschaft zusammenfallen wird, ein zehnjähriger oder längerer Zeitraum vergangen ist. Wollte man die zehnjährige Steuerfreiheit stets mit der — wenn auch erst lange nach der Eintragung der Gesellschaft erfolgten — letzten Ausgabe der Bogen beginnen lassen, so würde das mit dem leitenden Gedanken des § 17 in Widerspruch stehen und zur Folge haben, daß der zufällige Umstand, ob diese letzte Ausgabe der Bogen ein Jahr oder z. B. 9 Jahre vor dem Inkrafttreten der TarifNr. 3 A geschehen ist, darüber entscheidet, ob die Steuer schon vom ersten Jahre oder erst vom neunten Jahre nach dem Inkrafttreten der TarifNr. ab zu entrichten ist. Hätte die im Jahre 1904 errichtete Klägerin 10 Jahre lang, also bis zum Inkrafttreten der TarifNr. 3 A überhaupt keine Bogen ausgegeben, auch nicht, wie das geschehen, im Jahre 1908 für 6 Jahre, so würde sie nach § 17 im Jahre 1914 für die 10 Jahre 1914—1923 zur Steuer heranzuziehen gewesen sein. Es würde an jedem Grunde fehlen, sie steuerlich

besser zu behandeln, weil sie 1908 Bogen ausgegeben hat, für die eine Steuer nicht zu entrichten war.

e) **RG.** 23. 5. 16, BankA. 15, 427. Stückzinsen, die der erste Erwerber junger Aktien an die Gesellschaft für einen vor dem Tage der Ausgabe der Aktien liegenden Zeitraum zu zahlen hat, stellen auch dann einen Teil der Gegenleistung für die Aktien dar, wenn deren Entrichtung mit Rücksicht auf die Einräumung des Dividendenbezugsrechts vom Beginne des Geschäftsjahrs an übernommen ist. Sie sind daher bei Berechnung der Abgabe aus TarifNr. 1 A a RStempG. in gleicher Weise zu berücksichtigen wie die vom ersten Erwerber übernommenen Stempel- und Gründungskosten.

f) **RG.** 7. 5. 15, DNotV. 16, 606, WarnE. 15, 329. Bei Ermittlung des Ausgabewerts neuer Aktien sind dem vereinbarten Preise die vom Erwerber übernommenen Stempelbeträge hinzuzurechnen.

g) **RG.** 7. 7. 16, BankA. 16, 35, JW. 16, 1411, R. 16 Nr. 1797. Ist vor Inkrafttreten der Stempelnovelle vom 3. Juli 1913 das Kapital einer Aktiengesellschaft erhöht und die dem früheren Gesetz entsprechende Steuer voll entrichtet worden, so unterliegt eine nach dem Inkrafttreten der Novelle auf das erhöhte Kapital geleistete restliche Einzahlung nicht dem höheren Steuersatze der Novelle. Vgl. auch Hamburg 28. 1. 16, HansGZ. 16 Beibl. 207.

h) **RG.** 30. 6. 16, BankA. 15, 459. Bei Berechnung der Reichsstempelabgabe für Beschlüsse über die Erhöhung des Grundkapitals ist ein auf die jungen Aktien zu leistendes Aufgeld auch dann anzusetzen, wenn der Erhöhungsbeschluß das Aufgeld nicht ergibt.

i) Hamburg 9. 2. 16, HansGZ. 16 Beibl. 209. Der Stempel von $4^1/_2$ v. H. nach dem Reichsgesetze vom 3. Juli 1913 ist in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des RG. nicht nach dem Zeichnungspreise der neuen Aktien, sondern nach dem wahren Werte der als Gegenleistung hingegebenen Gesellschaftsanteile zu berechnen. Für den Wert der Gesellschaftsanteile ist ihr Tageskurs maßgebend, nicht der Kurs, zu dem die Gesellschaft ihre neuen Aktien den alten Aktionären angeboten hat.

3. Einbringungsstempel nach Tarif Nr. 1 A d. **RG.** 30. 6. 16, WarnE. 16, 333. Einbringen ist begrifflich das Überlassen eines nicht in Geld bestehenden Vermögensgegenstandes an die Ges. gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten der erwerbenden Ges. seitens dieser. Gewährt die erwerbende Ges. als Gegenleistung für ihr überlassene Wertpapiere, z. B. für Kuxe, irgendwelche andere Werte als Mitgliedschaftsrechte an ihr selbst, so also z. B. bares Geld, Grundstücke, in ihrem Eigentume stehende Aktien einer fremden Ges., so handelt es sich um ein bloßes Anschaffungsgeschäft. Ein Einbringen kann hiernach nur bei der Errichtung der Ges. oder bei der Kapitalserhöhung stattfinden, da die Ges. nur bei diesen Gelegenheiten in die Lage kommt, neue Mitgliedschaftsrechte zu schaffen und sie anderen zu gewähren. Handelt es sich nicht um ein reines Einbringen, sondern um ein gemischtes Geschäft, besteht also z. B. die Gegenleistung der Ges. für den Erwerb der Kuxe nicht nur in der Gewährung von Gesellschaftsrechten, nämlich jungen Aktien, sondern zum Teil in barem Gelde, ohne daß unterschieden ist, ob ein bestimmter Teil der gesamten Kuxe und welcher Teil das Entgelt gerade für die Gewährung der Gesellschaftsrechte darstellen soll, so ist das ganze Geschäft einheitlich nur nach TarifNr. 1 A d als Einbringungsgeschäft, nicht aber daneben als Anschaffungsgeschäft nach TarifNr. 4 zu versteuern.

4. Tarifst. 25 a Abs. 3. Stempel für die Errichtung; Kapitalserhöhung von AG. und GmbH.; Begriff der Einzahlung; Gutschrift. **RG.** 26. 3. 15, HoldheimsMSchr. 16, 11. „Einzahlung" im Sinne des Abs. 3 ist nicht gleichbedeutend mit Barzahlung; man wird vielmehr für maßgebend zu halten haben, was nach den Grundsätzen des Handelsverkehrs als Einzahlung gilt. Danach wird man eine Zahlung, mag auch der Gläubiger den Betrag nicht bar in die Hand bekommen, dann als erfolgt anzusehen haben, wenn der Gläubiger vom Schuldner in die Lage versetzt ist, in geschäftsüblicher Weise über den Betrag zu verfügen, als hätte er ihn bar erhalten. Das trifft zu, wenn dem Gläubiger die Summe durch ein zahlungsfähiges Bankhaus vorbehaltlos gutgeschrieben wird. Zur

„Einzahlung“ nach Tarifst. 25 a ist aber weiter erforderlich, daß der Anspruch der Ges. auf Zahlung als durch die Gutschrift getilgt anzusehen ist, so daß die Ges. einen Anspruch auf Zahlung dieser Schuld nicht mehr erheben darf. Zwar übernimmt der Schuldner durch die Gutschrift zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber an Stelle der früheren Verbindlichkeit nur eine neue Verbindlichkeit, und es ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die letztere an Erfüllungs Statt übernimmt. Die frühere Schuld erlischt aber, wenn nachgewiesen wird, daß der Gläubiger die neu begründete Forderung an Erfüllungs Statt angenommen hat. Diese Annahme kann ausdrücklich geschehen oder auch schon im voraus stillschweigend vereinbart werden. Vgl. BauerZ. 23, 33.

5. Stempel für Errichtung einer Zweigniederlassung. a) **RG.** 19. 1. 15, HoldheimsMSchr. 16, 12. Der Stempel aus Abs. 5 (Anm. 2) für Errichtung neuer Zweigniederlassungen einer außerpreußischen Aktiengesellschaft in Preußen einerseits und der Stempel aus derselben Vorschrift für Erhöhung des Grundkapitals anderseits dürfen nebeneinander erhoben werden. Bei der Versteuerung der Kapitalserhöhung darf das Anlage- und Betriebskapital der neuen Zweigniederlassung mitherangezogen werden.

b) **RG.** 17. 9. 15, DNotV. 16, 608, HoldheimsMSchr. 16, 70. Die Anm. 3 zu a, b TarifNr. 1 A a enthält eine gegenüber den Eingangsworten der TarifNr. 1 A a selbständige Steuervorschrift, die neben der in diesen Eingangsworten als Gegenstand der Abgabe bezeichneten Beurkundung der Errichtung der inländischen Gesellschaft oder der Kapitalserhöhung auch die Errichtung der Zweigniederlassung einer bereits bestehenden ausländischen AG. und die Verlegung ihres Sitzes in das Inland zur Steuer heranzieht. Ist die ohne Kapitalserhöhung vorgenommene Errichtung einer Zweigniederlassung seitens einer inländischen AG. stempelfrei, weil die Verwendung der als Anlage- und Betriebskapital der Zweigniederlassung dienenden Vermögenswerte zu Gesellschaftszwecken bereits bei der Errichtung der Gesellschaft oder bei der vorangegangenen Kapitalserhöhung von der Steuer erfaßt worden ist, so fällt dieser Grund bei der ausländischen Gesellschaft weg. Deshalb unterwirft die Anmerkung die Errichtung einer solchen Zweigniederlassung einer nach ihrem Anlage- und Betriebskapitale zu bemessenden Abgabe. Die Stempelpflichtigkeit der Errichtung einer inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen AG. hat aber, da es sich um einen Urkundenstempel handelt, die Beurkundung dieser Rechtshandlung zur Voraussetzung.

6. **RG.** 30. 4. 15, BauersZ. 23, 80. Hat ein Gründer im Gesellschaftsvertrage die Gründungskosten übernommen, so ist seine Verpflichtung zu deren Begleichung von einem Wechsel der Gesetzgebung (Stempelgesetze) in bezug auf Art und Zeit der Berechnung dieser Kosten unberührt. Der Gründer wird seiner Pflicht auch nicht durch den inzwischen erfolgten Verkauf der Aktien ledig. Etwaige, im Gesellschaftsvertrage nicht zum Ausdrucke gebrachte Nebenabreden sind unbeachtlich.

7. Tarif Nr. 9. **RG.** 28. 9. 15, HoldheimsMSchr. 16, 74. Der in TarifNr. 9 verordneten Steuer unterliegen nur die Vergütungen an den Aufsichtsrat. Vergütungen an andere zur Überwachung der Geschäftsführung bestellte Personen sind stempelfrei.

B. Preuß. Stempelsteuergesetz. 1. Zeitliches Anwendungsgebiet der Novelle vom 30. Juni 1909. **RG.**, BauersZ. 23, 33. Die Stempelpflichtigkeit des Kapitalserhöhungsbeschlusses tritt erst mit der Einzahlung des Erhöhungskapitals ein. Einzahlung ist aber nicht gleichbedeutend mit Barzahlung; vielmehr gilt als Einzahlung, was nach den im Handelsverkehre herrschenden Grundsätzen darunter verstanden wird. Danach wird man eine Zahlung dann als erfolgt anzusehen haben, wenn der Gläubiger vom Schuldner in die Lage versetzt ist, in geschäftsüblicher Weise so über den geschuldeten Betrag zu verfügen, als hätte er ihn bar erhalten. Das trifft zu bei vorbehaltloser Gutschreibung durch ein zahlungsfähiges Bankhaus, sofern, was nach dem Stempelgesetze weiter erforderlich, der Anspruch der Gesellschaft auf Zahlung durch die Gutschrift als getilgt anzusehen ist.

2. BankA. 15, 183. Bestätigungsschreiben über den Verkauf von Bezugsrechten sind stempelfrei.

3. BauersZ. 23, 52. Tantiemesteuer. Nach § 72 sind steuerpflichtig Vergütungen, die den Mitgliedern des Aufsichtsrats „gewährt" sind. Unter „gewähren" fällt aber auch die Gutschrift in den Büchern der Gesellschaft. Auch ein Verzicht des Aufsichtsrats auf die Vergütung läßt die Steuer nicht wegfallen.

II. Steuerrecht. 1. Kriegsgewinnsteuer. a) Rückkauf von Genußscheinen s. § 179.

b) Verhältnis der Kriegsgewinnrücklage zum gesetzlichen Reservefonds s. § 262.

c) Kriegsgewinn und stille Reserven s. § 262.

d) Kriegsgewinn und Tantieme s. § 237.

e) Menner, Die Kriegsgewinnsteuerrücklage der Erwerbsgesellschaften, LeipzZ. 16, 278, bespricht die Vorschriften des Gesetzes vom 20. Dezember 1915.

f) BauersZ. 23, 263 vertritt im Gegensatze zum preuß. Finanzministerium die Steuerfreiheit der Kriegsgewinnrücklage.

2. Einkommensteuer. a) BauersZ. 23, 79. Bei Abgabe der Einkommensteuererklärung für die AG. ist der Vorstand nicht verpflichtet, auf das Vorhandensein stiller Reserven aufmerksam zu machen.

b) OVG. 8. 11. 13, JW. 16, 604. Die jährlichen Rücklagen für die Talonsteuer sind steuerpflichtig.

c) OVG. 12. 10. 12, 16, JW. 605. Die Abschreibung auf Aktien, die im Besitz einer AG. sind, ist nicht schon dann unzulässig, wenn die Aktien nicht gehandelt werden und einen Kurswert nicht haben.

d) Dietz, JW. 16, 826. In Baden unterliegen die Talonsteuerrücklagen nicht der Einkommensteuer.

e) OVG. 8. 11. 13, BauersZ. 23, 108. Die allmähliche Ansammlung der künftig bei der Ausgabe neuer Gewinnanteilscheine von der AG. zu entrichtenden Reichsstempelabgabe (Talonsteuer) durch jährliche Rücklagen aus den Überschüssen ist einkommensteuerpflichtig.

f) BauersZ. 23, 117. Veranlagung der durch ministerielle Verfügung von der Aufstellung einer Bilanz befreiten AG.

3. Wehrbeitrag. **RG.** 4. 7. 16, WarnE. 16, 301. Die Vorschrift des § 11 WehrbeitrG., wonach AG. „mit den in der Bilanz des letzten Betriebsjahrs aufgeführten, wirklichen Reservekontenbeträgen zuzüglich etwaiger Gewinnvorträge" beitragspflichtig sind, findet auch auf solche AG. Anwendung, die sich schon zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes in Liquidation befanden. Zu den „wirklichen Reservekontenbeträgen" des § 11 gehören nach § 48 AB. nur solche Posten, die ausweislich der Bilanz eine Kapitalansammlung über den Betrag des Grundkapitals hinaus darzustellen bestimmt sind (z. B. der gesetzliche Reservefonds, freiwillige Reservefonds, Rückstellungen für künftige, möglicherweise eintretende Verluste oder Ausgaben), dagegen nicht Posten, die einen Ausgleich für die Wertminderung von Vermögensgegenständen darstellen sollen (z. B. Erneuerungsfonds) oder die zur Deckung bereits begründeter Verpflichtungen eingestellt sind. Daß die Kapitalansammlung, um steuerpflichtig zu sein, eine dauernde sein muß, wird nicht verlangt. Die Ansammlung freiwilliger Rücklagen für eine gewisse Dauer widerspricht nicht dem Wesen der Liquidationsgesellschaft; denn ihr einziger Zweck ist keineswegs die Selbstvernichtung, sondern auch die Erhaltung und Verteilung des Gesellschaftsvermögens. Zur Erreichung dieses Zieles wird es den Liquidatoren zuweilen (insbesondere bei Terraingesellschaften, da ihre Liquidation erfahrungsgemäß häufig eine längere Reihe von Jahren erfordert) zweckmäßig erscheinen, Geldbeträge bis zur künftigen Verteilung zurückzulegen. Es ist kein Grund ersichtlich, solche Ansammlungen, soweit sie das Grundkapital übersteigen, von der Wehrsteuer freizulassen.

4. Gewerbesteuer. OVG. 29. 2. 16, BauersZ. 23, 227. Eine AG., deren Hauptzweck nicht auf Erzielung eines Gewinns geht, wie z. B. ein katholischer Gesellenverein, dessen statutenmäßiger Zweck ein gemeinnütziger ist, ist gewerbe- und betriebssteuerfrei.

Es kann sein, daß einem Unternehmen, mit dem wohltätige oder gemeinnützige Zwecke verfolgt werden, gleichzeitig die Absicht auf Gewinnerzielung zugrunde liegt. Hat diese Absicht im Verhältnisse zu den wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecken nur untergeordnete und nebensächliche Bedeutung, so gewinnt dadurch das Unternehmen noch nicht den Charakter des Gewerbes; denn wesentliches Merkmal des Gewerbebetriebs ist, daß die Erzielung eines Gewinns Hauptzweck der Arbeitstätigkeit oder doch ein neben dem Hauptzwecke verfolgter wesentlicher Zweck des Unternehmens ist. Ein solcher wesentlicher Nebenzweck liegt auch dann vor, wenn der auf die Gemeinnützigkeit gerichtete Hauptzweck sich im weiteren Umfange nur unter der Voraussetzung der Gewinnerzielung erreichen läßt.

5. Verkehrssteuer; Fusionsvertrag. Colmar 21. 10. 13, ElsLothNotZ. 16, 101. Ein außerhalb Elsaß-Lothringens im Bundesgebiet abgeschlossener notarieller Vertrag, durch den eine Aktiengesellschaft ihr Vermögen unter Ausschluß der Liquidation gegen Empfang von Aktien auf eine andere Aktiengesellschaft überträgt, die mittels einer im Hinblick auf die geplante Verschmelzung früher durchgeführten Kapitalserhöhung bereits fast alle Aktien der übergehenden Gesellschaft in ihre Hand gebracht hat, ist, wenn zu dem übernommenen Vermögen in Elsaß-Lothringen belegene Grundstücke und Bergwerke gehören, nach § 4 Abs. 1 Ziff. 2 VerkStG. verkehrssteuerpflichtig; denn der Vertrag bildet die Grundlage für die Berichtigung des Grundbuchs. Von der Steuer werden nach § 4 Abs. 2 nur die in Elsaß-Lothringen befindlichen Gegenstände umfaßt, zu denen körperliche und unkörperliche Gegenstände, insbesondere auch Forderungen gehören. Da der Verschmelzungsvertrag als ein Gesellschaftsvertrag anzusehen ist, der auf einer Kapitalserhöhung beruht, ist das von der übergehenden auf die übernehmende Gesellschaft übertragene Vermögen, soweit es in Elsaß-Lothringen belegen ist, als Einbringen nach TarifNr. 8 II, 8 I VerkStG. zu besteuern.

Vierter Abschnitt. Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 320.

1. Tantieme der persönlich haftenden Gesellschafter und des Aufsichtsrats und die Kriegsgewinnsteuer. Samson, LeipzZ. 16, 661. Vgl. oben Ziff. 19 zu § 237.

2. Abs. 3. **RG.** 29. 2. 16, BankA. 15, 288. Eine Bilanz, die nach den besonderen, von den gewöhnlichen Bilanzierungsregeln abweichenden Grundsätzen des Aktienrechts aufgestellt ist, ist nicht geeignet zum Nachweise der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit einer KommanditG. auf Aktien.

§ 325.

Tantieme der persönlich haftenden Gesellschafter und die Kriegsgewinnsteuer. Samson, LeipzZ. 16, 661. Vgl. oben Ziff. 19 zu § 237.

§ 327.

Zustimmung der Komplementare zu den Beschlüssen der Kommanditisten. BauersZ. 23, 171. Die Zustimmung der Komplementare kann seitens der Kommanditisten nicht etwa im Wege der Klage erstritten werden; denn die Freiwilligkeit der Entschließung duldet keinen Zwang. Das einmal erklärte Einverständnis eines Komplementars zu einem Beschlusse der Kommanditisten läßt sich aber nicht widerrufen, ausgenommen es erfolgt eine Anfechtung wegen Irrtums, Täuschung oder Zwanges. Auf Anerkennung einer vorbehaltlos gegebenen Zustimmung kann seitens der Kommanditisten jederzeit geklagt werden. Dagegen gibt es keine Klage auf Vollziehung der gerichtlichen oder notariellen Beitrittserklärung zu dem Kommanditistenbeschlusse, der in das Handelsregister einzutragen ist. Hier greift § 125 BGB. Platz, wonach ein Rechtsgeschäft, das der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig ist. Eine Berufung auf den Einwand der Verletzung der guten Sitten, wenn ein Komplementar formlos zugesagt hat, die feierliche Form aber verweigert, erkennt die Rechtsprechung des RG. nicht an.

Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft.

§ 335.

RG. 24. 3. 16, LeipzZ. 16, 808, R. 16 Nr. 1964. Der Vertrag zwischen J. und dem Beklagten über die Gründung einer stillen Ges. gestattete dem Beklagten nicht, einen Dritten als persönlich haftenden Gesellschafter in das Geschäft aufzunehmen. Wenn der Beklagte dies gleichwohl getan hätte, würde hierdurch die stille Ges. ohne weiteres aufgelöst worden sein. Denn durch die Aufnahme eines Dritten hätte der Beklagte als nach außen hin Alleinberechtigter das Handelsgewerbe wirksam zu einem solchen der von ihm mit dem Dritten eingegangenen off. HG. machen können, und damit wäre der stillen Ges. die gesetzliche Grundlage, der Betrieb des Handelsgewerbes durch den Beklagten, entzogen worden. Die Folge davon wäre gewesen, daß J. von dem Beklagten nicht nur die Auszahlung des ihm bei Auflösung zustehenden Einlageguthabens, sondern auch Ersatz des etwaigen, ihm durch die vertragswidrige Aufgabe des Betriebs des Handelsgewerbes entstandenen Schadens zu beanspruchen hatte.

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§§ 346 ff.

I. Die Kriegsklausel. (Allgemeines über die Kriegsklausel vgl. oben IV zu § 157 BGB.)

II. Kriegsklausel bei anderen als Lieferungsverträgen. 1. Kriegsklausel und Agenturvertrag. **RG.** 30. 5. 16, LeipzZ. 16, 1423. Vgl. § 99 u. § 157 HGB.

2. Kriegsklausel und Lebensversicherungsvertrag. **RG.** 12. 11. 15, JW. 16, 571. Nach den Versicherungsbedingungen soll die Ungültigkeit der Lebensversicherung eintreten, „wenn der Versicherte ohne vorherige Vereinbarung mit der Gesellschaft, ohne durch die gesetzliche Bestimmungen über die Wehrpflicht dazu genötigt zu sein, im Falle eines Krieges Dienst im Heere oder Marine antritt oder leistet". Der Versicherte ist, weil er früher aus freier Entschließung im Reserveverhältnisse geblieben ist, jetzt zur Leistung von Kriegsdiensten verpflichtet. Der Versicherungsvertrag bleibt deshalb gültig; denn die Ungültigkeit des Vertrags soll nach dem Wortlaute der streitigen Bestimmung nur eintreten, wenn die Kriegsdienste ohne gesetzliche Verpflichtung geleistet werden. Der Versicherte ist aber trotz seines die Wehrpflicht überschreitenden Alters als Reserveoffizier wehrpflichtig geblieben, er konnte seine Wehrpflicht ohne Allerhöchste Genehmigung nicht beenden und mußte deshalb am Kriege teilnehmen. Wollte die Gesellschaft in der streitigen Bestimmung das Kriegsrisiko für sie vorteilhafter regeln und die freiwillige Ausdehnung der Wehrpflicht vor dem Kriege einer freiwilligen Teilnahme am Kriege gleichstellen, dann mußte sie dies klar zum Ausdrucke bringen.

III. Ausfuhrverbot. 1. Wodtke, JW. 16, 1099. Die Frage, ob durch ein Ausfuhrverbot der inländische Verkäufer ohne weiteres von der Leistung frei wird oder ob nicht der Käufer von ihm wenigstens den Versuch verlangen kann, für die Ware eine Ausfuhrbewilligung zu erreichen, ist, wenn das Ausfuhrverbot bei Vertragsschluß schon bestand und das Bestehen den Parteien bekannt war, ohne Zweifel dahin zu beantworten, daß der Verkäufer sich um Beschaffung der Bewilligung bemühen muß. Aber auch bei Erlaß des Ausfuhrverbots erst nach Vertragsabschluß ist die Unmöglichkeit der Erfüllung erst als festgestellt anzusehen, wenn ordnungsmäßige Bemühungen um die Beschaffung der Bewilligung gescheitert sind. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Beschaffung der Bewilligung ist auch gegeben, wenn cif Inland verkauft ist oder ein inländischer Erfüllungsort besteht.

2. Hamburg 25. 3. 16, HansGZ. 16, 128, JW. 16, 1301, LeipzZ. 16, 830, OLG. 32, 311, R. 16 Nr. 742 (KrE.), SeuffA. 71, 262. Schwimmende Ware. Unbestritten ist die vom Beklagten dem Kläger verkaufte Ware durch ein Ausfuhrverbot der schwedischen Regierung in Schweden zurückgehalten worden, so daß Beklagter zur Lieferung außerstande

ist. Es steht gleichfalls fest, daß die Ware zur Zeit des Vertragsschlusses bereits von Stockholm nach Malmö unterwegs war, um von da weiter nach Hamburg geschickt zu werden. Es fragt sich deshalb, ob unter diesen Umständen Kläger oder Beklagter die Gefahr des Erlasses eines solchen Ausfuhrverbots zu tragen hat. An sich wird der Verkäufer durch ein Ausfuhrverbot von der Lieferung befreit. Der Käufer als Kläger hat mithin darzutun, daß in diesem Falle abweichend von der Regel der Verkäufer die Gefahr übernommen hat. Im vorliegenden Falle hat der Verkäufer in der Schlußnote erklärt, daß die Ware nach Anzeige von Schweden nach Hamburg oder Altona „abgesandt sei"; darunter ist zu verstehen, daß die Ware den schwedischen Hoheitsbereich bereits verlassen habe, so daß ein Ausfuhrverbot Schwedens die Lieferung nicht mehr hindern könne. Damit trifft den Verkäufer die Gefahr. Der „Vorbehalt der glücklichen Ankunft" ändert hieran nichts.

3. Bedeutung der Klausel: „Ausfuhrverbot und sichere Ankunft der Ware in Deutschland vorbehalten". **RG.** 6. 6. 16, JW. 16, 1186, LeipzZ. 16, 1423, R. 16 Nr. 547. Wenn ein Vertrag unter Vorbehalt von Ereignissen bestimmter Art abgeschlossen ist, so sind damit (vgl. **RG.** 87, 92) nur solche Ereignisse der bezeichneten Art gemeint, die auf Betriebe, von denen der Verkäufer für die Lieferung abhängt, wesentlich störend einwirken. Diese Betriebe sind aber nicht nur gegenständlich, sondern auch zeitlich abzugrenzen. Im fraglichen Falle sollte der Verkäufer im Laufe des März frei Waggon Mölln liefern; er mußte also am 31. März, dem Tage des Inkrafttretens des Ausfuhrverbots, schon alles für die Lieferung Erforderliche getan haben. Der für die vertragsmäßige Lieferung in Betracht kommende zeitliche Teil seines Betriebs ist also von dem Ausfuhrverbote nicht betroffen und er kann sich also auf das Ausfuhrverbot allein nicht berufen. Etwas anderes wäre es, wenn er auf Grund des Vorbehalts der sicheren Ankunft der Ware zu einer Verschiebung der Ware berechtigt gewesen wäre. Gegenstand des Kaufes war Mandiokamehl, und Käufer wußte, daß diese Ware in Holland aus indischen Wurzeln hergestellt werde. Es lag deshalb für den Käufer am nächsten, die Vorbehaltsklausel des Verkäufers, die einseitig von diesem in das Bestätigungsschreiben eingesetzt wurde, dahin zu verstehen, daß Verkäufer frei sein wollte, wenn der Bezug der Ware aus Holland durch ein Ausfuhrverbot oder durch Störung des holländisch-deutschen Güterverkehrs behindert wurde. Eine umfassendere Bedeutung des Vorbehalts (Störungen des Transports des Rohstoffs von Indien nach Holland) kann nach § 157 BGB. nicht als von dem Käufer genehmigt erachtet werden.

IV. Kriegsbeschlagnahme (vgl. auch oben Ziff. II zu § 281 BGB.). 1. **RG.** 7. 4. 16, R. 16 Nr. 904 (KrE.), WarnE. 16, 243. Die Parteien sind darüber einig, daß trotz der Beschlagnahme der beklagte Verkäufer aus dem bei ihm vorhandenen Vorrate hätte liefern können, wenn die Freigabe in geeigneter Weise beim Bekleidungsamte beantragt wäre. Dem Verkäufer als Schuldner lag es aber ob, das zu tun, was nötig war, um die Leistung zu ermöglichen. Dabei hatte allerdings der Käufer nach § 242 BGB. ihn zu unterstützen, soweit dies nach Treu und Glauben von ihm zu fordern war. Er hätte also dem Verkäufer der Wahrheit gemäß bescheinigen müssen, daß die Ware durch ihn dem Heere zugekommen wäre, hätte ihm die vorhandenen urkundlichen Belege (z. B. schriftliche Bestellung der Heeresverwaltung) zur Verfügung stellen, vielleicht auch die Anträge mitunterzeichnen müssen, wenn Verkäufer das von ihm gefordert hätte. Aber die Angelegenheit zu betreiben, lag dem Verkäufer ob, der völlig untätig geblieben ist.

2. Jena 23. 12. 15, R. 16 Nr. 750 (KrE.), ThürBl. 63, 61. Ein Sukzessivlieferungsgeschäft wird durch militärische Beschlagnahme der Ware für die Zukunft aufgehoben; der Käufer kann nicht auf Erfüllung nach Behebung des Hindernisses klagen.

3. **RG.** 26. 5. 16, R. 16 Nr. 901 (KrE.). Auf dauernde Unmöglichkeit und dadurch bewirkten Wegfall der Leistungspflicht kann sich der Verkäufer jedenfalls dann nicht berufen, wenn die Beschlagnahme nach einigen Monaten wieder aufgehoben wird. Vgl. Ziff. 6.

4. **RG.** 26. 5. 16, R. 16 Nr. 902 (KrE.). Anteilige Kürzung der verkauften Warenmenge wegen behördlicher Beschränkungen braucht sich der Käufer dann nicht gefallen zu lassen, wenn der Verkäufer bei Zurückhaltung von neuen Geschäften für die älteren Ab-

schlüsse genügend Ware hat. Dies gilt auch für Verkäufe, die bereits während des Krieges abgeschlossen wurden.

5. **RG.** 2. 6. 16, R. 16 Nr. 903 (KrE.). Solange nicht eine wirksame Beschlagnahme, sondern nur ein behördlicher Hinweis auf die künftige Möglichkeit einer Beschlagnahme vorliegt, kann Unmöglichkeit der Leistung nicht geltend gemacht werden.

6. **RG.** 11./13. 7. 16, R. 16 Nr. 966 (KrE.). Eine nach kurzer Zeit wieder aufgehobene Beschlagnahme durch die Militärbehörde begründet eine Unmöglichkeit der Vertragserfüllung jedenfalls dann nicht, wenn das Vertragsverhältnis nicht an eine genau bestimmte Zeit gebunden war. Vgl. Ziff. 3.

V. Einfluß des Krieges auf das überseeische Geschäft. Vgl. die Entscheidungen zu den übrigen Abschnitten und unten zu § 346 (cif- und fob-Klausel).

VI. Einfluß vorhandener Vorräte auf die Lieferungspflicht des Verkäufers. Vgl. B I 1.

VII. Gefahrtragung s. unten § 346 bei cif-Klausel.

VIII. Einfluß einer Preissteigerung auf die Erfüllungspflicht des Verkäufers. Vgl. B I 4, 6.

IX. Sonstiges über den Einfluß des Krieges; Unmöglichkeit der Erfüllung; Befreiung des Verkäufers (vgl. oben zu § 275 und zu § 281 BGB.). 1. HansGZ. 16 Hptbl. 193 (Schiedsg.Urteil v. 16. 6. 16). Die Rechtsprechung hat sich schon in zahlreichen Fällen mit der Frage der Unmöglichkeit der Vertragsleistung beschäftigt. Sie erkennt eine Unausführbarkeit von ersichtlich kurzer Dauer nicht schon als Unmöglichkeit an, verlangt aber anderseits ebensowenig, daß die Dauer als immerwährend erscheine, ein Wegfall der Erfüllungsverhinderung nach menschlicher Voraussicht ausgeschlossen sein müsse. Auf dieser Grundlage erkennt das RG. die Unmöglichkeit geeignetenfalls schon als endgültig vorliegend dann an, wenn sich eine Beendigung des die Vertragsausführung ausschließenden Zustandes nicht absehen läßt, immer aber dann, wenn die Vertragsleistung durch die zeitliche Verschiebung in ihrem wirtschaftlichen Inhalte so erheblich verändert wird, daß es unbillig sein würde, sie der vereinbarten Leistung noch gleich zu achten. Von diesen Erwägungen ausgehend hat das Schiedsgericht einen vor Ausbruch des Krieges abgeschlossenen Verkaufs- und Verschiffungsvertrag über Salpeter, der eine Abladefrist, von deren Einhaltung der Bestand des Vertrags abhängig sein sollte, zwar nicht enthielt, dessen unbestreitbarer und deutlich erkennbarer Zweck aber Versorgung des Marktes für das Frühjahr 1915 war, für aufgehoben erklärt, obgleich es annahm, daß die Parteien sich der im Wesen von Verschiffungskäufen liegenden Möglichkeit einer Verzögerung über das Frühjahr 1915 hinaus bewußt waren.

2. Hamburg 7. 6. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 187, JW. 16, 1301. Eine Unmöglichkeit der Abladung während der Abladezeit ist schon dann als vorliegend anzusehen, wenn am Ende der Abladezeit die Abladung unmöglich ist. Infolge Unmöglichkeit der Abladung wird mit dem Ablaufe der Abladezeit der Vertrag hinfällig. Vgl. Hamburg 31. 5. 16, LeipzZ. 16, 1140.

3. **RG.** 4. 2. 16; 88, 71, HansGZ. 16 Hptbl. 161. Ein Vertrag auf Lieferung einer Ware (afrikanischer Raffiabast) Mai/Juni 1914, Abladung von Madagaskar, ab Kai hier und den weiteren Klauseln „Zahlung gegen Dokumente bei Dampfers Ankunft auf der Elbe, glückliche Ankunft vorbehalten, prompt ex Kai zu empfangen" ist, wenn man unter eigentlichen Abladegeschäften nur die Verkäufe versteht, bei denen der Verkäufer die Lieferpflicht durch Abladung der Ware vom Verschiffungshafen trägt, kein eigentliches Abladegeschäft; denn nach der Bestimmung „ab Kai hier" sollte nicht der überseeische Abladeort Madagaskar, sondern das Ziel der Seereise, Hamburg, Erfüllungsort für den Verkäufer sein. Aber der fragliche Vertrag kennzeichnet sich als Abladegeschäft im weiteren Sinne dadurch, daß Gegenstand der in Hamburg zu erfüllenden Lieferpflicht eine innerhalb bestimmter Monate von Madagaskar abzuladende Ware ist, die sofort nach Ankunft des Dampfers auf Grund der alsdann vom Käufer einzulösenden Konnossemente vom Kai

empfangen werden soll. Die Abrede über die Abladezeit ist eine wesentliche Vertragsbestimmung. Hiernach ist also die Erfüllung des Vertrags nicht schon dann möglich, wenn innerhalb der verabredeten Zeit Ware von Madagaskar abgeladen werden, sondern nur, wenn eine so abgeladene Ware in Hamburg geliefert werden kann. Andererseits ist die Erfüllung aber nicht schon dann unmöglich, wenn der Verkäufer selbst keine dem Vertrag entsprechenden Abladungen bewirken kann, sondern nur dann, wenn vertragsmäßig abgeladene Waren (oder Konnossemente über solche in ankommenden Schiffen) am Markte überhaupt nicht erhältlich sind. Durch die Abladung der Ware in der vertragsmäßigen Zeit und Anzeige hiervon an den Käufer ist die Verbindlichkeit des Verkäufers auf die abgeladene Ware beschränkt worden. Kann der Verkäufer diese Ware zu der vertragsgemäßen Zeit nicht liefern, weil der Transport nach Hamburg wegen des Krieges unmöglich und die Behebung dieses Hindernisses nicht abzusehen ist, so ist die Vertragsleistung endgültig unmöglich; denn die notwendig gewordene zeitliche Verschiebung verändert die wirtschaftliche Bedeutung der Lieferung in dem Maße, daß sie, wenn sie in Zukunft einmal beschafft würde, etwas wesentlich anderes sein würde.

4. Hamburg 30. 6. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 217, R. 16 Nr. 1038. Bei einem Kaufvertrag über Tsingtau-Hanf fair average quality of the season, Abladung September / Oktober 1914 mit folgender Klausel: „Der Verkäufer ist berechtigt, den Vertrag zu annullieren, falls seine Ausführung durch Krieg verhindert wird, sofern der Käufer keine den Umständen entsprechende Nachlieferfrist bewilligen will; das Recht, diese Nachlieferfrist zu beanspruchen, steht dem Verkäufer ebenfalls zu" bewirkt, da ein Abladegeschäft vorliegt, die Verhinderung der Abladung durch den Krieg die Unmöglichkeit der Leistung, so daß Verkäufer von der Lieferungspflicht frei wird. Die Nachlieferungsklausel ändert daran nichts; der Beklagte ist danach nicht berechtigt, auch nach Beendigung des Krieges noch Lieferung von Ware der Saison 1914 zu verlangen. Der Verkäufer kann also völlige Annullierung verlangen.

5. Hamburg 9. 6. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 219. Bei einem Kaufvertrag über Akkra-Kakao, Lieferung Dezember 1914 cif oder frei ab Lager Hamburg, kann sich der Verkäufer darauf berufen, daß Lieferung infolge des Krieges unmöglich sei.

6. Hamburg 27. 6. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 215. Bei einem Kaufe über Waren, die zur Zeit des Abschlusses (März 1915) in einem in Italien befindlichen Dampfer lag, ist der Verkäufer, der sich im Vertrage die Ankunft vorbehalten hatte, an diesen Abschluß nicht mehr gebunden.

7. Hamburg 31. 3. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 177. Wenn in einem überseeischen Handelszweig, an dem Angehörige verschiedener Nationen beteiligt sind (La-Plata-Korn-Kontrakt der Londoner corn trade association), die Vertragsteile bestimmen, daß englisches Recht, englische Gerichte oder Schiedsgerichte maßgebend sein sollen, so kann darin etwas Sittenwidriges nicht gefunden werden, auch nicht deshalb, weil es sich um Getreideexport nach Deutschland handelt. Der Kriegsausbruch kann hieran nichts ändern; doch wird der Schiedsvertrag infolge der durch den Krieg verursachten Verkehrsbehinderung unausführbar. Mit dem Wegfalle des Schiedsvertrags ist aber nicht auch der ganze Vertrag aufgehoben.

8. Dresden 19. 5. 16, JW. 16, 1301, SächsRpflA. 16, 319. Unmöglichkeit der Leistung, wenn das Ursprungsland der verkauften Ware (Kolomea-Eier) vom Feinde besetzt ist. Nachträgliche Behebung der Unmöglichkeit durch Vertreibung des Feindes nach Ablauf der Lieferzeit verpflichtet den Verkäufer nicht mehr zur Lieferung.

9. RG. 13. 5. 16, R. 16 Nr. 745 (KrE.). Hat der Verkäufer sich zunächst zur Lieferung nach dem Kriege erboten, so ist er nicht gehindert, wegen später eingetretener Beschlagnahme und unvorhergesehener Kriegsdauer den völligen Wegfall seiner Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit geltend zu machen.

10. Hamburg 7. 6. 16, R. 16 Nr. 1041 (KrE.). Der Umstand, daß eine Ware zum Exporte gekauft ist, berechtigt den Verkäufer nicht ohne weiteres zum Rücktritte, wenn der Export wegen des Krieges unmöglich geworden ist.

11. Hamburg 1. 7. 16, R. 16 Nr. 1070 (KrE.). Unter den jetzigen Kriegsverhältnissen entspricht es der im Handelsverkehre herrschenden Übung, daß die eine Partei die andere über ihre Absichten nicht lange im Zweifel läßt. Schweigt sie auf eine Erklärung der Gegenpartei, daß letztere den Vertrag als aufgelöst betrachte, so ist das als Zustimmung aufzufassen.

12. RG. 27. 6. 16, R. 16 Nr. 7681, WarnE. 16, 346. Nach feststehender Rechtsprechung gilt bei Verkäufen auf Abladung von überseeischen Plätzen die vereinbarte Zeit der Verschiffung als wesentlich; eine Abladung außerhalb dieser Zeit gilt nicht als Vertragserfüllung.

13. Stuttgart 8. 6. 16, JW. 16, 1142, R. 16 Nr. 1032. Ist der Rücktritt für den Fall außergewöhnlicher Umstände bedungen, die die Beschaffung von Rohmaterial „hindern", so ist damit nicht völlige Verhinderung, sondern eine erhebliche Behinderung gemeint. Der Rücktritt ist nicht verspätet, wenn inzwischen zwar weitere Lieferungen gemacht werden, aber nur mit einem jeweils besonders vereinbarten Kriegszuschlage, so daß die Rücktrittsfrage zunächst offen bleiben sollte.

14. Hamburg 21. 10. 15, HansGZ. 16 Beibl. 47, JW. 16, 457. Bei einem Kaufe mit der Klausel „als Erfüllungsort gilt Bombay, fob Triest; Krieg berechtigt den Käufer jederzeit ohne weiteres zur Annullierung der Order", darf der Käufer nur so lange vom Kaufe zurücktreten, als der Verkäufer den Vertrag noch nicht erfüllt hatte. D. h. nur so lange, als die Ware noch nicht an Bord des Seeschiffes geliefert war.

15. Hamburg 26. 2. 16, SeuffA. 71, 263. Die Ware sollte „promptmöglichst" von Sidney weiter verschifft und nach Hamburg befördert werden. Es war also mit einer gewissen Beförderungszeit gerechnet worden. Wenn der Käufer ausführt, daß es sich dabei um einen Umstand handle, der nur zugunsten des Käufers habe wirken sollen und deshalb vom Verkäufer nicht geltend gemacht werden könne, so ist das eine einseitige, nicht zu billigende Auffassung. Je länger die Reise dauerte, desto mehr vergrößerte sich auch die vom Verkäufer, der in Hamburg zu erfüllen hatte, zu tragende Gefahr des Verlustes und der Verschlechterung; die Beförderungszeit war also auch für ihn von erheblichster Bedeutung. Bei der unerwartet langen Kriegsdauer und angesichts der Tatsache, daß auch heute das Ende nicht abzusehen ist, würde Verkäuferin, wenn sie an den Vertrag gebunden bliebe, ein derartiges Maß der Erhöhung ihres Risikos und ihrer Aufwendungen (Versicherungsgelder!) auf sich zu nehmen haben, daß der Inhalt ihrer Leistungen nicht mehr dem durch den Vertrag übernommenen entspräche. In diesem Sinne ist deshalb die Leistung durch den Krieg rechtlich unmöglich geworden.

16. Hamburg 11. 5. 16, SeuffA. 71, 385. Ein Lieferant, der sich bei Abschluß eines Lieferungsvertrags nicht mit der zur Erfüllung seiner Lieferungsverbindlichkeit erforderlichen Ware versorgt, muß gewärtigen, daß er zu der Zeit, zu der seine Lieferungspflicht fällig wird, Preisaufschläge bis zu 25 v. H. auf sich nehmen muß, um seine Verpflichtung zu erfüllen. Von einer Unmöglichkeit der Lieferung kann hier nicht die Rede sein.

17. Einfluß des Krieges bei Geschäften mit fob- und cif-Klausel s. unten § 346.

18. Grundloser Vertragsrücktritt; Erklärungspflicht des Gegners über die Annahme oder Zurückweisung des Rücktritts s. § 346 A V.

§ 346.

Schrifttum: Dove, Subjektive Elemente bei der Gewohnheitsrechtsbildung, Handelsgebräuche und typische Geschäftsbedingungen, JW. 16, 368.

A. Vertragsabschluß, Vertragsinhalt, Stillschweigen, Bestätigungsschreiben, Rücktritt, Vertragsauslegung. I. Geltung von Geschäftebedingungen. 1. Auf die Briefbogen gedruckte allgemeine Bedingungen. Hamburg 5. 10. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 270 Es entspricht der Gepflogenheit vieler Kaufleute, allgemeine Bedingungen, die sie ihren Abschlüssen zugrunde legen, nicht in den Text ihrer Schreiben aufzunehmen, sondern außerhalb desselben durch Druck oder Stempel auf dieselben zu setzen. Diese Übung ist allgemein bekannt Es ist deshalb Sache des ordentlichen Kaufmanns,

Bestellbriefe sorgfältig darauf zu prüfen, ob außerhalb des Textes sich solche Bedingungen finden; der Gegenkontrahent kann sich auf das Stattfinden einer solchen Prüfung verlassen und darf aus dem Schweigen auf das Einverständnis des anderen rechnen. Nur, wenn die Bedingungen so unauffällig oder versteckt angebracht sind, daß auch der sorgfältige Kaufmann sie übersehen konnte, gilt das nicht. — Ebenso Rostock 5. 5. 16, MecklZ. 35, 48.

2. Geschäftsbedingungen der Banken; ihre Abänderung s. Oertmann bei § 354.

II. Bestätigungsschreiben (vgl. oben zu § 269 BGB.). 1. Bestätigungsschreiben und Erfüllungsort. Kiel 24. 2. 16, SchlHolstAnz. 16, 93. Das Bestätigungsschreiben kann entweder Antwort auf eine eingegangene Bestellung oder schriftliche Beurkundung eines bereits anderweit (mündlich) abgeschlossenen Geschäfts sein. Im ersten Falle ist eine in dem Schreiben enthaltene Klausel des Verkäufers über den Erfüllungsort, wenn in der Bestellung von der Festsetzung eines besonderen Erfüllungsorts nicht die Rede war, als eine Abweichung von der Offerte, also selbst wieder als ein Vertragsangebot zu erachten, das bei Schweigen des Käufers und Annahme der Ware als angenommen zu gelten hat. Im zweiten Falle ist in der nicht beredeten Festsetzung eines besonderen Erfüllungsorts allerdings eine Abweichung vom Vereinbarten zu sehen; allein auch hier trifft den Käufer im Geschäftsleben die Redepflicht, wenn er die schriftliche Niederlegung in einem Punkte nicht gelten lassen will. Schweigt der Käufer, so gilt das als Zustimmung, daß der Vertrag nun den schriftlich fixierten Inhalt haben soll.

2. RG. 27. 6. 15; 88, 377, HoldheimsMSchr. 16, 202. Widerspruchslose Hinnahme eines Bestätigungsschreibens hat bei Nebenpunkten als Einverständnis zu gelten. Das gilt auch für die erst im Bestätigungsschreiben einseitig aufgenommene Kriegsklausel.

III. Schweigen. (Vgl. oben II 1.—2.). 1. Hamburg 23. 11. 15, OLG. 32, 153. Bei Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben mit einem für einen ordentlichen Kaufmann erkennbaren Schreibfehler („verkauft" statt „gekauft") muß der Empfänger das Schreiben so gegen sich gelten lassen, wie es nach Treu und Glauben im Handelsverkehre verstanden werden mußte.

2. Hamburg 23. 11. 15, OLG. 32, 154. Stillschweigen gegenüber dem Versuch, einen mündlich bereits fest abgeschlossenen Vertrag abzuändern, kann nach Treu und Glauben nicht als Zustimmung aufgefaßt werden und steht daher rechtlich der Ablehnung gleich.

3. Hamm 14. 12. 15, OLG. 32, 154. Stillschweigende Annahme der Schlußnote des Mäklers hat als Annahme des Vertragsantrags zu gelten.

4. Hamburg 24. 10. 15, OLG. 32, 155. Durch die Ausbedingung, daß die Ware innerhalb 14 Tagen zu liefern sei, war deutlich erkennbar gemacht, daß der Abschluß bald erledigt werden sollte. Zwar haben die Parteien diese Frist nicht genau innegehalten; immerhin sind aber die ersten Teillieferungen sämtlich innerhalb des ersten Monats erfolgt. Wenn der Kläger dann über 1/4 Jahr lang nichts von sich hören ließ und erst unmittelbar vor der Andienung des Restes den Abschluß wieder aufnahm, durfte Beklagter aus dem bisherigen Stillschweigen des Klägers schließen, daß er den Abschluß als erledigt angesehen wissen wollte. Wenn er sich dann auch nicht rührte, lag in dem beiderseitigen Stillschweigen die Erklärung der Vertragsaufhebung.

5. Rostock 14. 5. 15, OLG. 32, 158. Hat der Reisende des Verkäufers erklärt, über die Annahme des verabredeten Abschlusses müsse der Verkäufer selbst entscheiden und der Käufer werde im Falle der Annahme bis zu einem bestimmten Termin eine Bestätigung erhalten, so enthält das Ausbleiben der Erklärung die Ablehnung. Der Umstand, daß der schon bisher mit dem Käufer in Geschäftsbeziehungen stehende Verkäufer die Waren in der Folgezeit zu dem in dem abgelehnten Abkommen besprochenen Preise lieferte, läßt einen Schluß auf Genehmigung des Abkommens nicht zu, da auch schon vorher ohne Bestehen eines Abschlusses zu diesem Preise geliefert wurde.

6. RG. 28. 3. 16, PosMSchr. 16, 60. Des Käufers Schweigen auf des Verkäufers Erklärung, er könne nicht liefern, kann unter Umständen den Verlust des Erfüllungsanspruchs

nach sich ziehen. So wenn die Erklärung des Verkäufers mit Rücksicht auf den Kriegsausbruch erfolgt ist.

7. Vgl. unten unter C.

IV. Antragsannahme. **RG.** 12. 11. 15, R. 16 Nr. 111. Hat ein Kaufmann sich über die Annahme eines ihm von einem anderen Kaufmanne gemachten Vertragsangebots noch am selben Tage zu erklären, so hat der Antragende bis zum Schlusse der üblichen Geschäftsstunden sich zur Entgegennahme einer Annahme durch Fernsprecher bereit zu halten.

V. Vertragsrücktritt; Erklärungspflicht des Gegners. **RG.** 23. 5. 16, HoldheimsMSchr. 16, 185, LeipzZ. 16, 1009, R. 16 Nr. 746 (KrE.). Eine Vertragspartei, deren Gegner sich ohne Grund lossagt, darf regelmäßig eine solche Erklärung als nicht abgegeben behandeln. Deshalb ist die widerspruchslos hingenommene Erklärung regelmäßig auch auf die Dauer der Zeit, in der das unberührt gebliebene Gläubigerrecht noch geltend gemacht werden kann, ohne Einfluß. Besondere Umstände können aber im Einzelfall eine andere Auffassung rechtfertigen. So, wenn die Rücktrittserklärung, wie hier, in die Zeit des Krieges fällt, wo die wirtschaftlichen Verhältnisse aufs schwerste erschüttert und außergewöhnliche Preisbewegungen hervorgerufen werden. Nach anerkanntem Rechte kann ein Lieferungsberechtigter seinen Anspruch nicht mehr geltend machen, wenn er in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise den säumigen oder die Vertragserfüllung verweigernden Schuldner im ungewissen darüber gelassen hat, ob die Vertragserfüllung noch verlangt würde. Das trifft insbesondere in einem Falle zu, wo wie hier die Parteien auf einen möglichen Krieg bei Vertragsabschluß bereits Rücksicht genommen und deshalb dem Beklagten ein innerhalb gewisser Frist nach Kriegsausbruch auszuübendes Rücktrittsrecht eingeräumt haben. Wenn der Beklagte auch innerhalb der Frist hiervon keinen Gebrauch machte, so behielt die Bestimmung doch insofern Bedeutung, als der Rücktritt sich nur als verspätete Ausübung eines Rechtes, nicht aber überhaupt als vertragswidrige Handlung darstellt. Berücksichtigt man weiter die schwierigen Verhältnisse der damaligen Zeit, so kann es nicht als den Gepflogenheiten des redlichen kaufmännischen Verkehrs entsprechend angesehen werden, wenn Kläger mit der Zurückweisung der schon am 20. August gegebenen Erklärung und der Fristsetzung bis 13. Oktober zuwartete.

VI. Vertragsauslegung (vgl. unten B III). 1. **RG.** 27. 6. 16, R. 16 Nr. 1681. Bei Verkäufen auf Abladung von überseeischen Plätzen gilt die Verschiffungszeit als wesentlich.

2. **RG.** 28. 1. 16, LeipzZ. 16, 677. Bei Beantwortung der Frage, was Treu und Glauben erfordere, ist auch eine Verkehrsanschauung von Bedeutung, die sich nicht zu einer Verkehrssitte oder einem Handelsgebrauch entwickelt und sich erst nach dem Vertragsabschlusse gebildet hat. Denn grundsätzlich ist einem Vertrage, soweit sein Inhalt nicht von den Parteien bestimmt ist, der Inhalt zu geben, der sich aus der Auffassung des redlichen Verkehrs ergibt, und eine solche kann sich, soweit es sich um die Beurteilung unvorhergesehener Ereignisse handelt, vielfach erst nach dem Vertragsabschlusse bilden.

3. Karlsruhe 9. 11. 15, BadRpr. 16, 121. Ist eine Ware „auf Abruf innerhalb einer (näher bezeichneten) Kampagne" zu liefern, so hört die Gebundenheit des Verkäufers nicht schon ohne weiteres mit dem Ablaufe der alten Kampagnezeit und dem Beginne der neuen Kampagne auf; es müssen vielmehr andere Umstände hinzutreten, wenn der Verkäufer von der Lieferungspflicht frei werden soll.

4. **RG.** 23. 6. 16, WarnE. 16, 299. Für den Käufer einer wöchentlich sukzessive zu liefernden Ware besteht keine Pflicht zum wöchentlichen Abrufe.

5. Hamburg 1. 3. 16, BankA. 15, 408. Eine zur Zahlung einer Geldsumme an einen Dritten beauftragte Bank wird dem Dritten gegenüber zur Zahlung des Betrags nicht schon dadurch verpflichtet, daß sie ihm den Betrag als disponibel „avisiert". Sie ist daher auch nach einer auf Veranlassung des Auftraggebers erfolgten Avisierung verpflichtet, einem Widerrufe des Zahlungsauftrags durch den Auftraggeber Rechnung zu tragen.

6. Hamburg 8. 7. 16, BankA. 16, 16. Der Agent eines Bankiers, der diesem gegenüber für die von ihm vermittelten Börsenaufträge das Delkredere übernommen hat, hat im Zweifel nur für die Zahlungsfähigkeit des Kunden, nicht aber dafür einzustehen, daß der Kunde von dem Termin- oder Differenzeinwande keinen Gebrauch macht.

B. Handelsklauseln. I. Fob-Klausel. 1. Fob-Klausel und Verlangen der Beförderung durch die Bahn. Hamburg 21. 12. 15, JW. 16, 774, LeipzZ. 16, 628, R. 16 Nr. 627. Die Fob-Klausel hat nur eine Transportkostenfrage zu regeln. Wenn die Beförderung zur See stattfindet, hat der Verkäufer für seine Kosten die Ware frei an Bord zu liefern. Der Klausel kann aber nicht die Bedeutung beigemessen werden, daß der Käufer trotz der Verhinderung oder wenigstens Erschwerung des Schiffstransports durch den Krieg auch vertraglich verpflichtet gewesen sei, die Ware zu Schiff verladen zu lassen, und daß Verkäufer, wenn der Käufer Beförderung mit der Bahn verlangt, etwa berechtigt wäre, vom Vertrage zurückzutreten oder dem Käufer lästigere Zahlungsbedingungen aufzulegen. Verlangt Käufer Beförderung mit der Bahn, so muß Verkäufer frei Waggon liefern; erleidet er dadurch wirtschaftliche Nachteile, so hat Käufer ihn zu entschädigen. Sofortige Zahlung kann der Verkäufer wegen dieser Verladeart nicht beanspruchen, sondern nur Sicherstellung nachweisbarer Mehrkosten.

2. **RG.** 30. 11. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 33, JW. 16, 457, R. 16 Nr. 140. Begründetheit der Kaufpreisforderung des inländischen Verkäufers bei Verkauf der Ware fob Bremen ausschließlich für den Export und unter Verbot der Wiedereinfuhr ins Inland, selbst wenn die Erfüllung der Ausfuhrpflicht zurzeit unmöglich ist. Der Wegfall der Ausfuhrmöglichkeit geht also zu Lasten des exportpflichtigen Käufers. Vgl. dagegen

3. Hamburg 7. 12. 15, R. 16 Nr. 141. Unbegründetheit des Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises bei Verkauf der Ware fob Bremen, wenn die auf dem Transporte befindliche Ware nicht nach Bremen gebracht werden kann. Der Wegfall der Anfuhrmöglichkeit geht also zu Lasten des lieferungspflichtigen Verkäufers. Vgl. unten Ziff. 6.

4. Hamburg 21. 12. 15, R. 16 Nr. 958 (KrE.). Die Fob-Klausel regelt nur den Transportkostenersatz, schließt aber Bahnverladung unbeschadet Vergütung der Mehrkosten dann nicht aus, wenn die ursprünglich vereinbarte Verschiffung durch Krieg gehindert oder außergewöhnlich erschwert ist. Ein Rücktrittsrecht kann sohin der Verkäufer hierwegen nicht geltend machen.

5. Fob und netto Kasse nach Verschiffung. Hamburg 22. 6. 16, LeipzZ. 16, 1388. Die Fob-Klausel bedeutet nur, daß der Verkäufer Fracht und Unkosten bis an Bord des Schiffes zu tragen hat. Der bei Fob-Verkäufen bestehenden Übung gemäß hat Verkäufer die Pflicht übernommen, die Übergabe der Ware durch deren Versendung an den Käufer zu vollziehen. Unter „Fob-Lieferung" ist eine Lieferung längs des Seeschiffs zu verstehen. Ist diese erfolgt und wird die Verschiffung der Ware infolge des Krieges und eines Ausfuhrverbots unmöglich, so kann Verkäufer den Kaufpreis fordern, weil die Verschiffung selbst keine ihm obliegende Leistung ist. Eine Haftung für die Möglichkeit der Verschiffung und der Ausfuhr hat er nicht übernommen. Die Klausel „Kasse nach Verschiffung und gegen Schiffsquittung" bedeutet nur, daß bei normaler Abwicklung des Geschäfts der Preis fällig sein sollte, sobald die Ware auf das Schiff gebracht und hierüber eine Quittung vorgelegt würde. Sobald feststeht, daß die Verschiffung nicht ausführbar ist, ist aber der Preis ohne weiteres fällig.

6. Kriegsunmöglichkeit, Fob-Klausel und Versendungspflicht des Verkäufers. Adler, JW. 16, 1107. Das OLG. Hamburg (7. 12. 15 s. oben Ziff. 3) hat in einem Falle, wo die fob Bremen zu liefernde Ware infolge des Krieges unterwegs liegengeblieben war, erkannt, daß nach § 447 BGB. die Transportgefahr der Ware den Käufer treffe. Dieser Satz, der auf die Natur der Fob-Klausel als reiner Spesenklausel zurückgeht, ist richtig, wenn auch zuzugeben ist, daß die Entwicklung des Handelsgebrauchs sich in entgegengesetzter Richtung bewegt.

7. Vgl. oben §§ 346 ff. IX 14.

II. Cif-Klausel. 1. Hamburg 18. 1. 16, JW. 16, 774, LeipzZ. 16, 766, OLG. 32, 163, R. 16 Nr. 285. Cif-Geschäft; Beschlagnahme des Schiffes während der Reise. Ist cif Hamburg verkauft, so ist der Abladehafen für den Verkäufer jedenfalls insoweit Erfüllungsort, als es sich um die Übergabe an den Käufer handelt; mithin ist nach §§ 446, 447 BGB. die Gefahr des zufälligen Unterganges (Verschlechterung) der Ware mit ihrer Auslieferung an den Schiffer auf den Käufer übergegangen. Die Klausel „netto ausgeliefertes Kaigewicht", nach der maßgeblich das Gewicht erst in Hamburg festzustellen ist, ist hiermit nicht unvereinbar. Ebensowenig die Bestimmung, daß der Vertrag aufgehoben werden darf, wenn das Schiff verloren geht; sie überträgt nicht die Transportgefahr auf den Verkäufer, sondern gibt nur beiden Teilen ein Rücktrittsrecht. Wird das Schiff während der Reise infolge des Krieges beschlagnahmt, so trifft also den Käufer der Schaden. Das nur für den Fall des Verlustes des Dampfers bedungene Rücktrittsrecht kommt nicht in Frage.

2. Hamburg 21. 3. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 114, JW. 16, 1300, LeipzZ. 16, 1140., R. 16 Nr. 1112 (KrE.). Handelt es sich um ein Cif-Geschäft über eine von Argentinien abzuladende Ware und hat der Käufer in dem Vertrag es übernommen, gegen Konnossement, das den Gebräuchen zur Zeit und am Orte der Verschiffung entsprach, und Versicherungspapiere zu zahlen, so hat der Verkäufer seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt und kann den Kaufpreis fordern, wenn er die Ware zur Abladung gebracht, die Zahlung der Fracht übernommen, die Versicherung abgeschlossen hat und dem Käufer ein entsprechendes Dokument mit den Versicherungspapieren andient. Alles weitere Risiko, das die Ware nach Abladung, Ausstellung des Konnossements und Abschluß der Versicherung trifft, hat der Käufer zu tragen, dem die Reederei, sofern er sich durch den Besitz des Konnossements legitimiert, für die Güter haftbar ist. Deshalb kann auch das Wiederausladen der Ware nach Ausstellung des Konnossements vor Abfahrt des Dampfers drüben den Käufer nicht von der Verpflichtung zur Zahlung gegen die Dokumente befreien.

3. **RG.** 12. 5. 16, JW. 16, 1194, LeipzZ. 16, 1182, R. 16 Nr. 894 (KrE.), WarnE. 16, 303. Zufolge der Cif-Klausel ist bei Abladegeschäften nach allgemeiner Verkehrsauffassung der Abladehafen für die Erfüllungspflichten des Verkäufers jedenfalls insoweit Erfüllungsort, als es sich um die Übergabe der verkauften Ware an den Käufer handelt (ebenso Hamburg 23. 5. 16, JW. 16, 1217; **RG.** 2. 7. 15; 87, 134, DJZ. 16, 129, Holdheims MSchr. 16, 23, JW. 16, 1301, LeipzZ. 16, 1221, R. 16 Nr. 1973); die Gefahr des zufälligen Unterganges oder einer zufälligen Verschlechterung der Ware geht also mit ihrer Auslieferung an den Schiffer auf den Käufer über. Daß als Ort der Abladung nicht ein bestimmter Hafenplatz, sondern China bezeichnet ist, macht keinen Unterschied. Ort der Leistung für den Verkäufer wurde auf Grund dieser Bestimmung der Hafen, den er für die Verschiffung wählte. Vgl. unten Ziff. 11 u. 19.

4. **RG.** 12. 5. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 174, JW. 16, 1301, R. 16 Nr. 1208 und 895 (KrE.), WarnE. 16, 303. Der cif-Verkäufer ist nicht verpflichtet, auf seine Kosten jede Versicherung zu decken, die während der Reise vom Abladeplatze zum Bestimmungsorte nötig werden mag. Die Cif-Klausel besagt durch den Buchstaben i (insurance), daß die Kosten der Versicherung in den Kaufpreis eingeschlossen sind. Darunter wird nur die handelsübliche Versicherung gegen Seegefahr verstanden, nicht jede etwa notwendig werdende Versicherung, insbesondere nicht die Versicherung gegen Kriegsgefahr.

5. Hamburg 10. 2. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 69, JW. 16, 774, R. 16 Nr. 421. Die Vertragsbestimmung „August—September-Verschiffung" ist im Metalleinfuhrhandel mit China so wesentlich, daß ihre Nichteinhaltung als Nichterfüllung des Vertrags gilt. Ist es dem Verkäufer infolge des Krieges unmöglich, das Metall im August—September 1914 zu verschiffen, so wird er wegen Unmöglichkeit der Leistung frei, da die Verschiffungspflicht bei einem Cif-Kaufe einen wesentlichen Teil der Verkäuferpflichten bildet. Vgl. **RG.** 27. 6. 16, WarnE. 16, 346.

6. Hamburg 10. 2. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 73, LeipzZ. 16, 1143, JW. 16, 774, **R. 16** Nr. 419. Der Käufer braucht sich bei einem überseeischen Versendungskaufe mit Cif-Klausel

nach Kriegsausbruch die Verladung der gekauften Ware (russische Gerste) in ein (in einem russischen Hafen des Schwarzen Meeres liegendes) Schiff nicht mehr gefallen zu lassen, wenn infolge des Krieges die Abfahrt des Dampfers gefährdet ist.

7. Hamburg 16. 12. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 43, JW. 16, 457. Bei Lieferung einer aus dem neutralen Auslande „cif Hamburg, Netto Kasse gegen Dokumente" einzuführenden Ware, deren vereinbarter Preis als regulärer Preis für verzollte Waren angesehen werden kann, kann der Käufer beim Fehlen besonderer Abmachungen verzollte Ware verlangen.

8. Hamburg 29. 3. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 119, JW. 16, 1300. Bei einem Cif-Geschäfte mit der Klausel „zahlbar gegen Dokumente bei Ankunft des Dampfers auf der Elbe" ist, sobald feststeht, daß Schiff und Ware z. B. infolge Beschlagnahme nicht ankommen werden, die Kaufpreisforderung fällig geworden, auch wenn man mit HansGZ. 15 Nr. 46, Nr. 123 annimmt, daß die Klausel eine Befristung des Käufers mit der Zahlung des Preises bedeutet bis zur Ankunft des Schiffes oder bis zu dem Zeitpunkt, an dem feststeht, daß Schiff und Ware nicht ankommen werden. Daß die Klausel bei einem Cif-Geschäfte nicht als eine Bedingung aufzufassen ist, durch die der Käufer bei Nichtankunft des Schiffes von der Zahlung überhaupt befreit würde, ist in den oben angeführten Urteilen eingehend dargelegt. Auch die Schlußnotenklausel: „Falls durch Untergang des Schiffes oder durch andere Ursachen die gesamte Ware oder ein Teil nicht mit dem avisierten Schiffe ankommt, ist der Vertrag für dies Quantum null und nichtig" kann hieran nichts ändern, da diese Klausel sich unter der Überschrift „Havarie" befindet und dadurch deutlich erkennbar gemacht ist, daß sie sich nur auf Havariefälle beziehen soll. Vgl. auch folgende Nummern 9 und 10 und unter B III 9, ferner über Cif-Käufe und Kriegsversicherung Erl. I 15 zum Versicherungsvertragsgesetze.

9. Hamburg 5. 1. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 45, JW. 16, 457, LeipzZ. 16, 629, R. 16 Nr. 627. Bei Cif-Kauf mit der Klausel „Zahlung gegen Dokumente bei Ankunft des Dampfers auf der Elbe" und der weiteren Bestimmung, daß die Seeversicherung vom Verkäufer zu decken ist, das Kriegsrisiko aber zu Lasten des Käufers geht und von diesem zu decken ist, hat der Käufer den Kaufpreis gegen die Dokumente zu zahlen, wenn die Ware infolge einer Kriegsgefahr verlorenging und in erster Instanz als gute Prise erklärt wurde. Die weitere Klausel „glückliche Ankunft vorbehalten" ändert hieran nichts; denn die Bedeutung dieser allgemeinen, allen Einzelregelungen vorausgehenden Klausel liegt nicht auf dem Gebiete der Gefahrtragung, sondern regelt nur die Verpflichtung des Verkäufers, das seinerseits zur Erfüllung des Vertrags Erforderliche zu bewirken. Da hier die Abladung beschafft ist und der Verkäufer insoweit den Vertrag erfüllt hat, bedarf es keiner weiteren Erörterung, welche Bedeutung diese ursprünglich dem Lokogeschäft angehörende Klausel bei einem Abladungsgeschäft über reine Gattungsware hat (vgl. oben Ziff. 8).

10. **RG.** 2. 7. 15; 87, 134, DJZ. 16, 129. Bedeutung der Cif-Klausel in Verbindung mit der Bestimmung „Kasse bei Ankunft des Schiffes". Beide Klauseln fügen sich ohne Schwierigkeit ineinander, wenn der Zusatz zur Cif-Klausel nur als eine Zeitbestimmung gemeint ist. Ist durch die Cif-Klausel vereinbart, daß der Preis auch bezahlt werden muß, wenn der Dampfer nicht ankommt, so ist die Zahlung doch so lange befristet, bis er ankommt oder feststeht, daß er nicht ankommen wird.

11. **RG.** 9. 5. 16, DJZ. 16, 814, GruchotsBeitr. 60, 999, JW. 16, 1018, LeipzZ. 16, 1019, WarnE. 16, 250. Bei Cif-Verkäufen hat nach allgemeiner Verkehrsauffassung der Abladehafen für die Vertragspflichten des Verkäufers jedenfalls insoweit als Erfüllungsort zu gelten, als es sich um die Übergabe der verkauften Ware an den Käufer handelt, so daß also die Gefahr des zufälligen Unterganges oder einer zufälligen Verschlechterung der Ware mit ihrer Auslieferung an den Schiffer auf den Käufer übergeht. Diese Bedeutung der Cif-Klausel könnte nur wegfallen, wenn der Käufer im Irrtum über die Bedeutung der Klausel sich befunden hätte oder wenn der Vertrag Bestimmungen enthielt, die mit dieser Bedeutung der Klausel unvereinbar wären. **Vgl. oben Ziff. 3**

12. **RG.** 12. 5. 16, R. 16 Nr. 1458. Bei Cif-Geschäften mit Abladung im Auslande

trifft die Gefahr der Seereise nicht schon deshalb ausnahmsweise den Verkäufer, weil er das Untergewicht bei Ankunft oder die Verunreinigung über einen bestimmten Mindestsatz hinaus zu vergüten hat.

13. **RG.** 12. 5. 16, R. 16 Nr. 1459. Bei Cif-Geschäften mit Abladung im Ausland ist aus der Art der Bezahlung durch Dreimonats-Bank-Rembours keineswegs auf Übernahme der Gefahr der Seereise durch den Verkäufer zu schließen.

14. Hamburg 7. 6. 16, HansGZ. 16, 187, JW. 16, 1301, LeipzZ. 16, 1139, R. 16 Nr. 1115 (KrE.). Der Käufer ist beim Cif-Geschäfte berechtigt, innerhalb der Abladezeit Lieferung am Abladeort oder Verschiffung nach einem anderen Orte als dem vertraglichen Bestimmungsorte zu verlangen, wenn dem Verkäufer hierdurch Mehrkosten oder erhebliche Schwierigkeiten nicht erwachsen. Ist aber die Abladefrist ohne solche Äußerung des Käufers verstrichen, so ist der Vertrag zufolge Unmöglichkeit endgültig erledigt. AM. Hamburg 10. 2. 16, LeipzZ. 16, 1143, und Hamburg 31. 5. 16, LeipzZ. 16, 1140.

15. **RG.** 27. 6. 16, R. 16 Nr. 1034. „Cif Hamburg, Havre, London — cif NewYork mit üblichem Aufschlage" bedeutet Verschiffungspflicht nach Europa und von da auf Verlangen des Käufers nach NewYork. Ist die Verschiffung nach Europa während des Krieges unmöglich, so wird der Verkäufer frei; nachträgliche Forderung direkter Verschiffung nach Amerika oder der Übergabe in China ändert hieran nichts.

16. Hamburg 13. 7. 15, SeuffA. 71, 53. Bei Verschiffung cif über See, Kasse gegen Dokumente, kann nicht Abnahme im inländischen Verschiffungshafen verlangt werden.

17. Hamburg 31. 5. 16, R. 16 Nr. 1114 (KrE.). Mangels besonderer Vereinbarung gilt als Parteiwille bei Abladung „von Amerika cif Stettin" die Verschiffung auf direktem Wege, sei es mit oder ohne Umladung in einem deutschen Hafen. Zur Beförderung über neutrale Länder ist der Verkäufer solchenfalls nicht verpflichtet, wenn der direkte Weg zufolge Krieges gesperrt ist.

18. Unterschied zwischen Cif- und Abladegeschäft. **RG.** 7. 7. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 246, JW. 16, 1408, LeipzZ. 16, 1301, R. 16 Nr. 1682, WarnE. 16, 345. Nach dem Schlußbrief ist der Beklagte nicht verpflichtet, eine aus dem überseeischen Ursprungslande nach Hamburg verschiffte Ware aus dem Dampfer zu liefern. Er war auch nicht verpflichtet, eine innerhalb bestimmter Zeit abgeladene Ware zu liefern. Vielmehr war seine Leistung nur dahin bestimmt, daß er Ware gewisser Beschaffenheit, Herkunft und Ernte zu liefern hatte. Daran ändert auch der Ausdruck cif in der Preisbestimmung nichts. Er bedeutet in diesem Zusammenhange nur, daß die Ablieferspesen am Lieferplatze zu Lasten des Käufers sind. Diese Feststellung steht nicht in Widerspruch zu **RG.** 87, 134; denn dieses Urteil betraf nur die Bedeutung der Cif-Klausel in Abladegeschäften, während hier ein solches nicht vorliegt.

19. LG. Mannheim 4. 2. 16, LeipzZ. 16, 492. Bei Cif-Verkäufen ist der Abladehafen für die Vertragspflichten des Verkäufers jedenfalls insoweit Erfüllungsort, als es sich um die Übergabe der verkauften Waren an den Käufer handelt, so daß nach §§ 447, 446 die Gefahr des zufälligen Unterganges der Ware mit ihrer Auslieferung an den Schiffer auf den Käufer übergeht (JW. 15, 1122) Vgl. oben Ziff. 3 u. 11.

20. Hamburg 14. 7. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 232. Bei einem vor dem Kriege abgeschlossenen Cif-Geschäfte (über Kochhare) mit der Klausel: „Sollte die Lieferung durch Krieg verhindert werden, hat der Verkäufer das Rücktrittsrecht" ist im Gegensatze zu den vom **RG.**, JW. 16, 118 und 257, entschiedenen Fällen klar zum Ausdrucke gekommen, daß das Rücktrittsrecht nur dann gegeben werden sollte, wenn der Krieg auf die Erfüllung gerade des hier in Frage kommenden Vertrags „verhindernd" einwirkt. Ob durch die Klausel nur das ohnehin gesetzliche Rücktrittsrecht für den Fall objektiver Unmöglichkeit statuiert werden oder eine erhebliche Behinderung bereits als Verhinderung gelten sollte, kann unentschieden bleiben. Der Verkäufer durfte nicht zurücktreten, da zwar eine direkte Abladung infolge des Krieges nicht mehr möglich, eine indirekte Abladung aber möglich war und vielfach vorgenommen wurde.

21. Hamburg 9. 11. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 106, JW. 16, 1300. Bei einem Kaufvertrag über japanisches Menthol mit folgenden Klauseln: „cif Hamburg oder ab Freihafenlager Hamburg; Oktober 1914 / Januar 1915 Verschiffung von Japan oder zur entsprechenden Zeit lieferbar ab Freihafenlager Hamburg; glückliche Dampferankunft vorbehalten; Kriegsrisiko zu Lasten des Käufers" hat der Verkäufer die Wahl, ob er bei Ankunft des Dampfers auf der Elbe dem Käufer die Dokumente über die in den einzelnen Monaten in Japan erfolgte Verschiffung aushändigen oder ihm zur entsprechenden Zeit einen Lieferschein erteilen will, gegen welchen ihm die Ware am Freihafenlager Hamburg übergeben wird. Ergibt sich hieraus, daß in jedem Falle eine Ware den Gegenstand des Vertrags bildet, die zur Zeit des Vertragsschlusses nicht in Hamburg lagert, sondern in dem im Vertrage festgesetzten Monat in Japan abgeladen werden soll, so kann über die Bedeutung der Befreiungsklausel kein Zweifel bestehen. Ihre Beschränkung auf den Fall einer Lieferung vom Schiffe ist ausgeschlossen. Wenn also infolge des Krieges eine Verladung der Ware in Japan und ihre Verschiffung nach Deutschland nicht erfolgen kann, ist Verkäufer von jeder Lieferpflicht frei; eine Pflicht des Verkäufers, von seinem Hamburger Lager zu liefern, kommt nicht in Betracht. — Vgl. Hamburg 14. 2. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 81, JW. 16, 1300, R. 16 Nr. 566 u. 898. Pflicht zur Erfüllung eines vor Kriegsausbruch geschlossenen Vertrags auf Lieferung von Arriba-Kakao cif Hamburg; keine Unmöglichkeit der Erfüllung, auch wenn nach Kriegsausbruch ein direkter Import von Kakao nicht mehr möglich ist. Auch aus dem Grunde, daß die Ware inzwischen um 58 v. H. teurer geworden war, wurde keine Lieferungsunmöglichkeit gefolgert. Vgl. aber das unter B I 6 abgedruckte Urteil des RG. 7. 7. 16. — Vgl. weiter Hamburg 25. 5. 16, HansGZ. 16, 181. Von der Lieferungspflicht befreiender Einfluß des Krieges auf einen Vertrag über Japan-Pfefferminz Mai/Juni 1914 Abladung, trotz der besonderen Vereinbarungen über Verladung, Assekuranz (cif Hamburg) und Londoner Rembourszahlung.

22. Hamburg 10. 2. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 69, JW. 16, 774, LeipzZ. 16, 1143, OLG. 32, 162. Bei einem Cif-Geschäfte, bei dem Art und Weg der Beförderung genau vorgeschrieben ist, ist der Käufer nicht berechtigt, unter Angebot des Ersatzes der Mehrkosten eine andere Art der Beförderung vorzuschreiben, und zwar auch dann nicht, wenn die vereinbarte Beförderung z. B. infolge des Krieges unausführbar war. — Dagegen Hamburg (II. Sen.) 19. 2. 16, LeipzZ. 16, 1056. Beim sog. Abladegeschäft kann der Käufer, sofern der Seetransport infolge höherer Gewalt unmöglich geworden ist, der Landweg aber offen bleibt, auf Lieferung der Ware bei Erbietung zur Tragung der Mehrkosten des Landwegs bestehen.

23. **RG.** 14. 1. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 88. Verkauf „cif Bombay, Kasse gegen Dokumente". Auch wenn durch den Krieg die Abladung der Ware unmöglich geworden ist, braucht der Käufer nur Zug um Zug gegen Andienung der Dokumente zu zahlen.

24. **RG.** 22. 9. 16; 88, 403. Der Verkäufer, der auf überseeische Abladung mit der Klausel cif verkauft, verpflichtet sich nicht, die Ware während der Reise zum Bestimmungshafen unter genügender Seeversicherung zu halten, sondern er hat nur auf seine Kosten eine dem Vertrag, eventuell dem Handelsgebrauch, entsprechende Seeversicherung zu nehmen. Wird infolge späterer Zwischenfälle eine weitere Seeversicherung nötig, so fallen die Kosten nicht dem Verkäufer zur Last. Wird also wegen Zahlungsunfähigkeit des Versicherers eine abermalige Versicherung nötig, so treffen die Kosten den Käufer.

III. Sonstige Klauseln. 1. Hamburg 12. 1. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 55. Bei Verkauf von Buenos-Aires-Häuten mit der Klausel „Höhere Gewalt (Krieg) vorbehalten" ist der Käufer, der am 1. August 1914 den Verkäufer aufforderte, die Verschiffung der Häute zu unterlassen, nicht berechtigt, im Januar 1915 Lieferung zu verlangen.

2. Hamburg 28. 10. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 20, OLG. 32, 145. Verkauf von Montevideo-Häuten mit den Klauseln „spätestens Ende Februar unter Salz, tel quel". Der Verkäufer hat für ungenügende Salzung im Schlachthause nicht einzustehen, auch nicht für Schaden infolge ungenügender Nachsalzung der Häute an Bord des Dampfers.

3. Hamburg 20. 11. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 25. Bei einem Kaufvertrag über Kakao mit der Bestimmung, daß „in Säcken Originalware" zu liefern ist, ist der Verkäufer berechtigt, Loloware zu liefern.

4. Rostock 9. 6. 14, OLG. 32, 144. Mit Rücksicht auf die Klausel des Verkäufers „Angebot bei größerer Abnahme freibleibend" fragt es sich, ob es zum Vertragsabschlusse genügte, wenn Einigung über Menge, Preis und Zahlungsbedingungen erzielt wurde, oder ob eine Einigung darüber erzielt werden mußte, daß der Verkäufer wegen der größeren Abnahme nunmehr fest gebunden sein sollte. Da der klagende Käufer den „festen" Abschluß beweisen muß, hat er auch zu beweisen, daß die Klausel durch die Beredung außer Kraft gesetzt ist.

5. „Lieferung per April/Mai, sobald beisammen". Hamburg 14. 7. 16, LeipzZ. 16, 1387. Die Klausel „per April/Mai" bedeutet, daß die Lieferfrist die beiden Monate voll umfaßt. Durch den Zusatz „sobald beisammen" verpflichtet sich Verkäufer nicht, unter allen Umständen den Käufer aus dem ersten Quantum, das er ansammeln konnte, zu befriedigen; der Zusatz ist vielmehr nur so aufzufassen, daß unverzüglich geliefert werden sollte, sobald Verkäufer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen dazu in der Lage sein würde; der Käufer kann nicht verlangen, daß Verkäufer ihn unter Zurücksetzung älterer Verpflichtungen vorweg befriedigt.

6. Hamburg 22. 6. 16, LeipzZ. 16, 1387, R. 16 Nr. 1192 (KrE.). Bei der Abmachung „netto Kasse gegen Schiffsquittung" oder „nach Verschiffung" ist die Fälligkeit ohne weiteres eingetreten, wenn die Ware längsseit Bord gebracht, die Verladung aber wegen Kriegsgefahr unterbrochen ist.

7. Hamburg 19. 2. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 204. Durch die Klausel „frei Waggon X" wird der Erfüllungsort nicht geändert; der Käufer trägt auch bei dieser Klausel die Gefahr der Reise.

8. Arbitrageklausel im Getreidehandel. Witkowski, JW. 16, 1327. Die Hamburger Handelskammer hat im Jahre 1911 als Hamburger Platzusance festgestellt, daß das Wort „Arbitrage" im Sinne eines Schiedsvertrags der ZPO. zu verstehen sei. Dem hat sich das OLG. Hamburg 26. 2. 12 (OLG. 25, 238) angeschlossen. Auch das OLG. Breslau (20. 12. 12) hat ausgesprochen, daß die Klausel: „Differenzen werden durch freundschaftliche Breslauer Arbitrage geordnet" die Vereinbarung eines Schiedsvertrags enthalte. Auch das KG. (23. 9. 15) hat die Klausel: „Jeden Streit aus diesem Geschäft entscheidet Stettiner Arbitrage" im Sinne eines Schiedsvertrags verstanden. Während aber die Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin einen Unterschied zwischen Qualitäts- und anderen Streitigkeiten nicht machen, ist für den Stettiner Handelsverkehr mit Rücksicht auf das Gutachten der Ältesten der Stettiner Kaufmannschaft vom OLG. Stettin in zwei Urteilen (14. 10. 15 u. 6. 12. 15) erkannt worden, daß Qualitätsstreitigkeiten der Entscheidung durch Schiedsgutachter unterliegen, für alle anderen Streitigkeiten dagegen das Schiedsgericht der Stettiner Getreidehändler zuständig sei.

9. Hamburg 13. 1. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 49. Die Klausel: „Kasse gegen Dokumente bei Ankunft des Dampfers auf der Elbe" ist dahin zu verstehen, daß der Käufer trotz der gehörigen Andienung der Dokumente erst bei Ankunft des Dampfers oder der Ware in Hamburg zu bezahlen braucht, solange nicht feststeht, daß mit einer solchen Ankunft überhaupt nicht mehr zu rechnen ist. Da zwei der mit der Kaufsache beladenen Schiffe neutrale Häfen angelaufen haben, ist die Möglichkeit gegeben, daß sie nach Beseitigung des Kriegshindernisses ihren Bestimmungsort erreichen. Die gleiche Möglichkeit besteht aber sogar für die in England beschlagnahmte Ware, da es an ausreichender Grundlage für die Feststellung fehlt, daß die Engländer feindliches Metall grundsätzlich enteignen. Die Klausel: „Der Verkäufer ist zum Rücktritte berechtigt, falls dessen Ausführung durch Krieg verhindert wird" gibt bei dieser Sachlage dem Verkäufer kein Recht zum Rücktritte, weil der Krieg die Ausführung nicht verhindert hat, sondern nur die Leistung des Käufers über das übliche Maß hinausschiebt. Das gleiche gilt von der Klausel „Hamburger ausgeliefertes Gewicht" S. oben Cif-Klausel Ziff. 9, 10, 11.

10. **RG.** 6. 6. 16, R. 16 Nr. 1030. Die Klausel „sichere Ankunft vorbehalten“ kann sich nur auf die Ware, nicht auf den überseeischen Rohstoff beziehen.

C. Handelsgebräuche. 1. München 24. 4. 15, OLG. 32, 145. Die Klausel „Durchsicht vorbehalten“ im Häutehandel besagt, daß der Käufer zur Abnahme und der Verkäufer zur Lieferung nur insoweit verpflichtet sein soll, als der Käufer die Ware ausgewählt hat.

2. München 9. 5. 14, OLG. 32, 146. Handelsgebräuche im Heidelbeerhandel. Die Bestimmung „Station Lam“ enthält keine Begrenzung des Gebiets, aus dem der Verkäufer zu liefern hatte. Wohl aber darf aus dem Umstande, daß Verkäufer in Lam wohnt und der Bayerische Wald ein Hauptbezugsgebiet für Heidelbeeren bildet, geschlossen werden, daß der Kauf auf Beeren aus diesem Walde, aber nicht bloß aus dem „Lamer Winkel“ beschränkt war. Die Aufstellung des Verkäufers, daß der Beerenhändler schon dann, wenn die Einkaufspreise infolge schlechter Ernte und des Wettbewerbes der Einkäufer auf das Dreifache des Vertragspreises steigen, zurücktreten dürfe, entbehrt der Begründung.

3. Rostock 3. 5. 15, OLG. 32, 148. Klauseln im Kartoffelhandel. Die Klausel „der Verkäufer ist berechtigt, Zahlung an der Schale bei Lieferung ab Versandstation zu verlangen“ bedeutet auch im Handel mit Kartoffelflocken nicht mehr, als daß der Verkäufer Zahlung vor dem Abrollen der Ware verlangen darf.

4. Hamburg 25. 11. 14, OLG. 32, 149. Die Ausbedingung eines genau bestimmten Abladetermins ist im Zweifel als eine wesentliche Bestimmung über die Beschaffenheit der dem Verkäufer obliegenden Leistung anzusehen, von deren Einhaltung also die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme der angebotenen Ware abhängt. Eine solche Vereinbarung hat im Nußhandel, wo der Nikolaustag eine große Rolle spielt, einen guten Sinn. Vgl. § 376.

5. Dresden 25. 5. 14, OLG. 32, 149. Im Butterhandel besteht der Handelsgebrauch, daß der Verkäufer bei Beanstandung der Butter, falls auf Verlangen des Verkäufers die Rücksendung der Butter nicht sofort erfolgt, erklären darf, er nehme die Butter nicht mehr zurück, und zwar ohne eine Frist zur Rücksendung zu setzen.

6. Hamburg 27. 2. 14, OLG. 32, 151. Ein allgemeiner Handelsbrauch, daß der einem Kunden bei der Bestellung von Zeitungsanzeigen zugestandene Rabatt im Falle der Konkurseröffnung oder der gerichtlichen Beitreibung des Guthabens wegfällt, besteht nicht.

7. Hamburg 25. 2. 15, OLG. 32, 152. Gebräuche im Holzhandel für die Besichtigung. Die Besichtigung im Wasser liegender Pfähle erfolgt üblichermaßen durch Prüfung der einzelnen losgelösten und gekanteten Stämme.

8. Stillschweigende Unterwerfung unter Handelsgebräuche. Dresden 17. 6. 15, SächsRpflA. 16, 13. Schweigen gilt zwar nicht allgemein und insbesondere dann nicht als Zustimmung, wenn die Änderung bestehender Abmachungen vorgeschlagen wird. Wenn aber der Geschäftsherr über ein von seinem Agenten abgeschlossenes Geschäft an den Vertragsgegner einen Bestätigungsbrief richtet, so kann dies nur den Zweck haben, um Mißverständnisse auszuschließen, die nach der Meinung des Absenders erheblichen Geschäftsbedingungen zusammenzufassen. Der in einem solchen Bestätigungsschreiben enthaltene Satz, daß für das Geschäft die Handelsgebräuche und Geschäftsbedingungen der Börse der Handelsniederlassung des Absenders gelten sollen, muß daher nach § 157 BGB. von dem Empfänger als genehmigt gelten, wenn er nicht alsbald widerspricht.

§ 347.

Sorgfaltspflicht des Kaufmanns. 1. Haftung des Bankiers für falschen Rat beim Verkaufe von Aktien vgl. oben Ziff. 1i zu § 676 BGB.

2. **RG.** 12. 11. 15, BankA. 15, 185. Der Wechsel diskontierende Bankier muß, wenn er befremdende Wechselmaßnahmen des Bevollmächtigten seines Kunden bemerkt, den Kunden mit Rücksicht auf das zwischen ihnen bestehende Vertrauensverhältnis darauf aufmerksam machen.

3. Hamburg 9. 12. 15, BankA. 15, 310, HansGZ. 16 Hptbl. 92. Ein Bankier, der einem im geschäftlichen Leben stehenden Kunden Shares verkauft, ist nicht verpflichtet,

denselben, wenn er Übermittlung der Zertifikate nach Deutschland verlangt, über die dadurch entstehende Stempelpflicht und deren Umfang zu belehren.

4. RG. 11. 2. 16, BankA. 15, 266, HoldheimsMSchr. 16, 88. Der Bankier ist nicht verpflichtet, einen dem Kaufmannsberuf angehörenden Kunden, der in ausländischen Bergwerksaktien spekulieren will, auf die Gewagtheit solcher Geschäfte und auf die Erheblichkeit der mit ihnen verbundenen Kosten noch besonders hinzuweisen.

§ 348.

Vertragsstrafe. Dresden 28. 10. 15, SächsOLG. 37, 302. § 348 HGB. steht der Herabsetzung der Strafe, die der Geschäftsführer einer GmbH. für den Fall der Übertretung des vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbots an die Gesellschaft zu zahlen versprochen hat, nicht entgegen.

§ 350.

RG. 25. 10. 15, R. 16 Nr. 112. Die von einem Kaufmanne schriftlich abgegebene Bürgschaftserklärung hat die Vermutung der Vollständigkeit für sich.

§ 354.

1. Oertmann, HoldheimsMSchr. 16, 1. Auslieferungsprovision und Geschäftsbedingungen. Seit infolge des Kriegsausbruchs und der Einstellung der offiziellen Börsenverbindungen die Großbanken sich von der Vermittlung des Wertpapierhandels zurückzogen, kommt es häufig vor, daß die Kunden der Großbanken die bei letzterer in Verwahrung gegebenen Wertpapiere durch Vermittlung von Privatbankiers zum Verkaufe bringen lassen. Unter Bezugnahme auf § 354 HGB. haben die Großbanken für die Auslieferung der Papiere an die Privatbankiers Spesen in Ansatz gebracht, die rechtlich nichts anderes als eine Provision darstellen. Die einseitige Berechnung einer solchen Provision kann aber auf § 354 nicht gestützt werden. Eine Änderung der Geschäftsbedingungen, etwa die Einschaltung einer auf die Auslieferungsprovision hinweisenden Klausel, ist natürlich zulässig und verstößt weder gegen Gesetz noch gegen die guten Sitten. Die bloße Aufnahme einer solchen Klausel ruft aber selbstverständlich keine Wirksamkeit gegenüber dem einzelnen Kunden hervor. Der Kunde muß sich diesen Geschäftsbedingungen auch unterwerfen; Stillschweigen auf die ihm zugegangenen neuen Bedingungen genügt hierzu. Die Bank kann aber auch in die alten Bedingungen Klauseln darüber aufnehmen, daß die etwaige Änderung dem Kunden wirksam bereits in dieser oder jener erleichterten Weise kundgemacht werden könne, z. B. durch Aushang im Geschäftslokale, durch Absendung eingeschriebener Briefe. Auch hier gehört aber die (stillschweigende) Annahme der Änderung seitens des Kunden dazu, um der Änderung Wirkung für den Kunden zu verschaffen. Darüber hinaus wäre folgendes Mittel denkbar: die Bank vereinbart mit dem Kunden, daß nicht nur der jetzige, sondern der jeweilige Inhalt der Geschäftsbedingungen maßgebend sein solle. Eine solche Vereinbarung ist, wenn auch nicht überhaupt rechtsunwirksam, doch nicht in allen Fällen unbegrenzt wirksam; sondern nur solche Änderungen sind dann der Bank erlaubt, die im Sinne einer sachgemäßen, den Zeit- und Geschäftsverhältnissen angemessenen Gestaltung des Verkehrs mit den Kunden sich als notwendig und zweckmäßig erweisen.

2. RG. 13. 10. 16, R. 16 Nr. 2130. Daß der Kaufmann, bei dem die Ware lagert, sein Geschäft aufgibt und damit die Kaufmannseigenschaft verliert, berührt seinen Anspruch auf Lagergeld auch für die fernere Zeit nicht.

3. BauersZ. 23, 25. Provisionsanspruch der Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats, die sich für die AG. verbürgen, s. oben Ziff. II 1 zu § 231.

4. Abs. 2. Zinsenanspruch der Kaufleute. ZAktWes. 23, 12. Gibt eine mit der Herstellung von Ziegeln befaßte GmbH. ihrem Geschäftsführer ein Darlehen, so geschieht dies nicht in Ausübung ihres Handelsgewerbes; sie kann also Zinsen nur im Falle besonderer Vereinbarung verlangen.

§ 355.

Kontokorrent. 1. Einfluß einer Fusion auf Kontokorrentforderungen. **RG.** 7. 1. 16, vgl. oben Ziff. 1 zu § 306.

2. Saldoanerkenntnis und Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO. Rostock 15. 5. 14, OLG. 32, 155. Das Anerkenntnis hat novierende Wirkung. Daraus ergibt sich, daß die auf Grund des Saldoanerkenntnisses erhobene Klage ihre Grundlage nicht mehr in den einzelnen Forderungen hat, daß also, auch wenn die Gegenforderungen auf demselben Vertrage beruhen wie einzelne der früheren jetzt in das Kontokorrent eingestellten und durch dessen Anerkenntnis in ihrer Eigenart erloschenen Forderungen, sie doch einen rechtlichen Zusammenhang mit dem eingeklagten Saldo nicht haben. Der bei Anerkennung des Saldos erklärte Vorbehalt der Gegenansprüche ändert hieran nichts; gerade der Umstand, daß sie vorbehalten sind, im übrigen aber der Saldo anerkannt ist, erscheint als Ausdruck des Willens, diesen unabhängig sowohl von den bisherigen darin untergegangenen Einzelforderungen als auch von den Gegenforderungen rechtliche Selbständigkeit zu geben. Dem entspricht dann auch die prozessuale Folge eines Vorbehaltsurteils.

3. **RG.** 6. 7. 16; 88, 373, JW. 16, 1477. Besteht zwischen einem Kaufmann und einer Bank eine Geschäftsverbindung derart, daß die in die Rechnung aufzunehmenden einzelnen Posten nicht selbständig geltend gemacht, sondern in den am Schlusse bestimmter Rechnungsperioden sich ergebenden Saldo aufgehen sollen, so ist auf diese Geschäftsverbindung § 355 Abs. 3 anwendbar, auch wenn auf seiten des Kaufmanns keine Forderungen entstanden sind, vielmehr hier nur Zahlungen vorliegen.

4. **RG.** 6. 7. 16; 88, 373, JW. 16, 1477. Die Frage, ob mit der Eingehung einer Kontokorrentverbindung zugleich die Einräumung eines Kredits zugunsten des einen Beteiligten verbunden ist, ist für das Wesen des Kontokorrentverhältnisses an sich nicht entscheidend. Unberührt bleiben deshalb die Wirkungen eines mit diesem Verhältnisse verbundenen Vertrags, durch den sich der eine Teil verpflichtet, dem anderen bis zu einem gewissem Zeitpunkte Kredit in bestimmter Höhe zu gewähren.

5. **RG.** 7. 1. 16, R. 16 Nr. 536. Zahlungen einer Kontokorrentpartei erfolgen nicht zur Zahlung bestimmter Forderungen oder Forderungsteile; sie bilden vielmehr Kreditposten des Zahlenden, die bei der künftigen Gesamtberechnung ihre Wirkung ausüben. Eine Anwendung des § 366 HGB. ist insoweit ausgeschlossen.

§ 363.

Giroverkehr. 1. Leo, BankA. 15, 420. Das RG. hat JW. 92, 483 ausgesprochen, es gebe keinen Rechtssatz, daß jeder Schuldner berechtigt sei, anstatt zu zahlen, auf Girokonto zu überweisen. Dieses Urteil ist lebhaft bekämpft worden. Allerdings ergibt die Tatsache, daß jemand ein Girokonto hat, noch nicht schlechthin die Berechtigung für jeden, durch Zuschrift an dieses zu zahlen. Es gehört das Einverständnis des Gläubigers dazu, damit diese Leistung statt der gesetzlichen gilt; sie ist und bleibt Zahlungssurrogat. In den meisten Fällen wird aber das Nehmen eines Girokontos mit irgendeiner allgemeinen oder besonderen Kundgebung nach außen (Führung des Bankkontos auf Briefbögen und Rechnungen) verbunden sein, die zur Zuschrift ermächtigt, und dann gilt die Leistung mit ihr als erfolgt, mag zwischen Bank und Zahlungsempfänger nachher vorkommen, was will. Auch die bloße Ortsüblichkeit kann hier in Betracht kommen. Nach Breit ist schon in der Aufnahme in das Verzeichnis der Girokunden der Reichsbank das Einverständnis zu erblicken. Die einzelnen Girokunden einer Bank werden im Verkehr untereinander die Bank zur Annahme von Zahlungen ermächtigt haben. Praktisch werden die Fälle, wo jemand ein Girokonto besitzt und doch nicht durch Überweisung an dieses leisten läßt, äußerst selten sein. Gleichwohl ist ein Widerspruch des Gläubigers gegen Zuschreibung und ein Verlangen der Barzahlung beachtlich.

2. Zeitpunkt der Zahlung und Einhaltung von Zahlungsfristen bei Zahlung durch Giroüberweisung. Leo, BankA. 15, 420. Die durch Überweisung ge-

machte Leistung ist nicht schon erfolgt mit der Einreichung des Überweisungszettels, aber auch nicht erst dann, wenn die Bank den Zahlungsempfänger durch Übersendung einer Benachrichtigung in Kenntnis gesetzt oder die Überweisung in sein Bankbuch eingetragen hat. Das OLG. Hamburg (HansGZ. 03 Hptbl. Nr. 136) hat bei einer Überweisung zwischen Kunden verschiedener Banken die Zahlung schon in dem Augenblick als erfolgt betrachtet, wo bei der des Nachmittags stattfindenden Abrechnung unter den am Giroverkehre beteiligten Banken die Ausgleichung vollzogen ist. Richtiger wird man mit der herrschenden Meinung erst den Zeitpunkt für maßgebend erklären, wo die Bank alsdann die Gutschrift auf dem Konto des Empfängers vorgenommen hat. Das gleiche muß im Verkehre zwischen Kunden derselben Bank gelten. Gewiß muß danach der Schuldner, wenn der Gläubiger das Geld binnen bestimmter Frist in Händen haben soll, rechtzeitig zuschreiben. Das ist aber genau das gleiche wie bei Zahlung durch Postanweisung, durch Boten, wo er gleichfalls die hierfür erforderliche Zeit einrechnen muß. Umgekehrt, wenn der Schuldner die Frist durch Absendung des Geldes wahren würde (was nach **RG.** 78, 140 das Normale ist), würde er auch für die Bankgutschrift ebensoviel Zeit haben; sie müßte so erfolgen, daß die Zuschrift auf dem Konto des Empfängers nicht später geschieht, als zu der Zeit, wo diesen eine Postanweisung erreicht hätte. Soll eine Leistung Zug um Zug gegen Zahlung erfolgen, z. B. bei dem sog. Dokumentengeschäfte — Kasse gegen Konnossement —, dann werden vielfach dem Käufer die Dokumente zunächst zur Prüfung zu treuen Händen übergeben; er muß dann entweder sofort abschreiben oder sie zurückgeben; in solchen Fällen wird auch oft von der Bank sofort eine Bescheinigung über die erfolgte Zuschreibung erteilt.

§ 366.

1. **RG.** 23. 11. 15, BankA. 15, 226, LeipzZ. 16, 149, R. 16 Nr. 296. Werden Wertpapiere bei einer Bank hinterlegt mit der Erklärung, daß sie dem Hinterlegenden von einem Dritten lediglich zum Depot übergeben seien, so darf die Bank eine Befugnis des Hinterlegenden zur Verfügung über die Wertpapiere nicht ohne nähere Nachforschung annehmen. Durch § 8 Abs. 2 DepotG. wird die Anwendung des § 366 HGB. nicht ausgeschlossen; die Bank kann trotz der Mitteilung des Kunden, daß die Wertpapiere nicht ihm gehören, auf Grund ihres guten Glaubens an dessen Berechtigung, über die fremden Papiere zu verfügen, an diesen für ihre Forderungen gegen ihren Kunden ein Pfandrecht erwerben; aber abweichend von der Regel der §§ 932, 1207 BGB. trifft die Bank die Beweislast für ihren guten Glauben.

2. Abs. 3. Kollision von Pfandrechten. Hamburg 20. 1. 16, LeipzZ. 16, 830, R. 16 Nr. 738. Das Pfandrecht des Lagerhalters geht dem Pfandrechte des Vermieters an den eingelagerten Sachen vor, wenn der Lagerhalter bei Aufnahme der Sachen in gutem Glauben war.

§ 369.

Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht. 1. Zurückbehaltungsrecht des Erstverkäufers. Hamburg 29. 10. 14, OLG. 32, 157. Wie die Schlußnote ergibt, soll die Ware nach Ablauf einer bestimmten Empfangszeit bar bezahlt und beim Verkäufer zum Weiterverkauf in der Weise gelagert werden, daß jederzeit darüber zugunsten des dritten Abkäufers verfügt werden kann. Der Erstverkäufer wußte also, daß der Erstkäufer die Ware weiterverkauft hatte oder verkaufen würde und seinem zahlenden Abkäufer jederzeit auf Abruf liefern mußte. Wäre unter solchen Umständen der erste Verkäufer berechtigt, wegen älterer Forderungen zurückzuhalten, so wäre damit der ganze besonders geartete und als solcher allen Beteiligten bekannte Geschäftsbetrieb unmöglich gemacht. Es verstößt daher die Zurückbehaltung gegen die stillschweigende Anweisung, sie jederzeit zur Verfügung des dritten Abkäufers zu halten.

2. Kiel 7. 3. 16, LeipzZ. 16, 1060, SchlHolstAnz. 16, 112. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kann durch Sicherheitsleistung nur in der Form des § 323 BGB. abgewandt werden. Der gegenteiligen Ansicht des OLG. Dresden, das eine vom Hinterlegenden jederzeit zurücknehmbare Sicherheit für genügend hält, kann nicht beigetreten werden.

§ 371.

Abs. 4. Karlsruhe 8. 1. 16, BadRpr. 16, 181. Der Nachweis des Bestehens des Zurückbehaltungsrechts ist zur Begründung der Zuständigkeit des Gerichts nicht erforderlich. Da die Tatsachen, von denen nach § 371 Abs. 4 HGB. die Zuständigkeit des Gerichts abhängt, mit den klagebegründenden Tatsachen zusammenfallen, genügt vielmehr nach der feststehenden Rechtsprechung des RG. die bloße Behauptung der betreffenden Tatsachen (RG. 29, 371; 61, 70, GruchotsBeitr. 45, 1105).

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

§ 373.

I. Allgemeines. 1. Vertragsabschluß s. oben § 346, insbesondere unter A III.

2. Preis. Rostock 14. 5. 15, OLG. 32, 158. Hat der Käufer ausdrücklich die Waren „vom Abschlusse" bestellt und damit klar ausgedrückt, daß er nur einen Teil der von dem behaupteten festen Abschluß umfaßten Waren zu dem damals gehandelten Preise abrufe und nicht etwa eine selbständige neue Bestellung mache, während der Verkäufer Lieferung der Ware auf Grund des von ihm bestrittenen Abschlusses ablehnte, und hat der Käufer die vom Verkäufer unter Verlangen eines anderen Preises gelieferte Ware behalten, so läßt sich dieses Verhalten nur so auslegen, daß er die Waren zwar zu dem fakturierten Preise nunmehr außerhalb des Schlusses kaufe, aber nur in Anrechnung auf die ihm zufolge des angeblichen Abschlusses zustehende Menge.

3. Lieferzeit (vgl. oben § 346). Hamburg 5. 1. 16, OLG. 32, 164. Wird die vertragliche Lieferzeit nachträglich geändert, so muß auch an Stelle des schlußscheinmäßigen letzten Lieferungstermins der neu vereinbarte letzte Lieferungstermin als ursprünglicher Lieferungstermin angesehen werden.

4. Kauf „auf Probe". Hamburg 22. 11. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 132. Der Umstand, daß die fragliche Ware nach einem Muster (einer Probe) gekauft ist, schließt die Möglichkeit, daß es sich um einen Kauf „auf Probe" handelt, bei dem die Genehmigung der Ware im freien Belieben des Käufers steht, nicht aus. Für die Entscheidung dieser Frage sind die von den Vertragsschließenden gebrauchten Worte nicht unbedingt maßgebend, vielmehr ist auch hier nach § 133 BGB. der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Im allgemeinen ist davon auszugehen, daß bei dem eigentlichen „Kaufe auf Probe" nicht nur die Genehmigung an sich ganz im Belieben des Käufers steht, sondern auch, ob er überhaupt die Ware besichtigen und prüfen will. Indessen ist das letztere für den Begriff des „Kaufes auf Probe" keineswegs entscheidend, vielmehr ist ein solcher regelmäßig auch dann anzunehmen, wenn der Kauf vorbehaltlich der Billigung des Käufers nach erst vorzunehmender Untersuchung geschlossen ist. Wenn es nun in dem Schlußscheine heißt: „Falls die Ware nach Käufers Ansicht nicht dem Muster entspricht, so ist dieser Vertrag nach beiden Seiten hin ohne Ansprüche annulliert", so ist damit nicht etwa nur zum Ausdrucke gebracht, daß die Ware objektiv dem Muster entsprechen muß, sondern auch, daß die Entscheidung darüber, ob das der Fall ist, in einer für beide Teile bindenden Weise in das Ermessen des Käufers gestellt ist. An dieser Auffassung ändert der weitere Satz „Kasse . . . gegen Dokumente" nichts.

II. Selbsthilfeverkauf. 1. RG. 4. 1. 16, LeipzZ. 16, 536. Eine in den Formen des § 373 vorgenommene Versteigerung kann als Deckungsverkauf im Sinne des § 326 BGB. auch gelten, wenn der Verkäufer selbst die Ware angesteigert hat. Der Selbsthilfeverkauf des § 373 HGB. erfolgt zwar für Rechnung des Käufers, der des § 326 für Rechnung des Verkäufers. Dieser Unterschied ist aber für die Beantwortung der Frage, wer im Falle der Vornahme des einen oder anderen Verkaufs mittels öffentlicher Versteigerung mitbieten darf, bedeutungslos. Denn nach § 373 Abs. 4 HGB. kann nicht nur der Verkäufer, sondern auch der Käufer mitbieten, das Gesetz legt also offenbar das entscheidende Gewicht nur darauf, daß der Verkauf im Wege der öffentlichen Versteigerung erfolgt.

2. Hamburg 29. 1. 16, OLG. 32, 161. Schadensersatzanspruch des die nicht ab-

genommene Ware mit Vorteil weiter veräußernden Verkäufers. Der Käufer kann nicht einwenden, der durch seine Nichtabnahme entstandene Schaden sei dadurch wieder beseitigt worden, daß es dem Verkäufer gelungen sei, die Ware anderweit zu einem höheren als dem Verkaufspreise zu verkaufen. Die Voraussetzungen für eine Vorteilsausgleichung liegen nicht vor, weil der Kaufvertrag nach fruchtloser Fristsetzung gemäß § 326 BGB. aufgelöst war, der spätere Gewinn also nicht mehr als Folge der Nichtabnahme angesehen werden kann.

III. Deckungskauf. 1. Rostock 14. 5. 15, OLG. 32, 158. Wie der Käufer, der sich eindecken will, eine günstige Deckungsgelegenheit nicht schuldhaft versäumen darf, so ist er auch nicht berechtigt, das Angebot des Verkäufers anders zu behandeln als das eines Dritten, vorausgesetzt, daß gegen seine Leistungsfähigkeit und -willigkeit kein Bedenken besteht. Ist also der Verkäufer, der das Zustandekommen eines Abschlusses und damit seine Pflicht, zu dem vom Käufer behaupteten Preise zu liefern, bestreitet, bereit, zu einem höheren Preise zu liefern, so darf der Käufer sich nicht unter Hintansetzung dieses Angebots bei einem Dritten zu einem die Offerte des Verkäufers überschreitenden Preise eindecken, zumal bei der unter den Parteien bestehenden langjährigen Geschäftsverbindung.

2. Hamburg 29. 1. 16, OLG. 32, 160. Der Käufer, der sich eindecken will, hat die Pflicht, sich an die naturgemäß über den Markt des Gesamtplatzes unterrichteten Mäkler zu wenden, und handelt fahrlässig, wenn er statt dessen wegen Deckung sich nur an eine Firma wendet, die die fragliche Ware einführt und in Kommission verkauft.

3. Hamburg 29. 1. 16, OLG. 32, 161. Bei Forderung des abstrakten Schadens kommt als Zeitpunkt für die Preisberechnung regelmäßig der Eintritt des Verzugs oder das Ende der rechtswirksam gesetzten Nachfrist in Betracht. Ist aber weder Verzug durch Mahnung oder Fristablauf eingetreten, noch eine Nachfrist für die Bewirkung der Leistung gesetzt, sondern hatte vielmehr der Verkäufer durch Lossagung vom Vertrage die Erfüllung verweigert, und bezog sich die gesetzte Nachfrist auf den Widerruf der Lossagung, dann wird regelmäßig der Zeitpunkt der Erfüllungsweigerung für die Preisberechnung maßgeblich sein, es sei denn, daß die Weigerung vor dem Fälligkeitstermin erfolgte und die Preise zu dieser Zeit nachweislich niedriger waren.

4. Hamburg 4. 3. 16, SeuffA. 71, 222. Der Käufer ist vielleicht berechtigt, aber nicht verpflichtet, sich vor Eintritt der Lieferungszeit einzudecken, auch wenn der Verkäufer schon vor Eintritt des Lieferungstermins erklärt hatte, daß er nicht liefern werde.

§ 375.

Spezifikationskauf. Dresden 10. 11. 15, SeuffA. 71, 195. Ebenso wie von der Fristsetzung nach § 326 BGB. kann auch von der nach § 375 Abs. 2 abgesehen werden, wenn das Verhalten des Käufers es ausgeschlossen erscheinen läßt, daß er die Frist benutze, so z. B. wenn der Käufer sich mit Entschiedenheit auf den Standpunkt stellt, daß es zu einem Vertragsabschluß überhaupt nicht gekommen sei.

§ 376.

Fixgeschäfte. 1. Ausbedingung einer bestimmten Abladezeit. Hamburg 25. 11. 14, OLG. 32, 149, vgl. oben § 346 C 4.

2. **RG.** 8. 6. 16, R. 16 Nr. 1773, WarnE. 16, 330. Damit ein Fixgeschäft im Sinne des § 376 vorliege, genügt nicht die Vereinbarung einer festbestimmten Lieferfrist; es muß hinzukommen, daß die Parteien beim Vertragsabschlusse der Lieferungsfrist die Bedeutung beilegen, daß mit ihrer Einhaltung oder Nichteinhaltung der ganze Vertrag stehen oder fallen, eine nachträgliche Lieferung nicht mehr als Vertragserfüllung gelten solle.

3. **RG.** 7. 7. 16, LeipzZ. 16, 1176, R. 16 Nr. 1774. Die Feststellung, daß der fragliche Sukzessivlieferungsvertrag als ein Fixgeschäft nicht anzusehen sei, ist rechtlich durchaus mit der Annahme vereinbar, daß nach dem erkennbar zum Ausdrucke gelangten Willen der Parteien die Erfüllung des Vertrags innerhalb des Jahres 1913 habe erfolgen und nach Ablauf dieses Zeitraums habe ausgeschlossen sein sollen. Nach dem Grundsatze der Vertrags-

freiheit steht es völlig im Belieben der Parteien, auch bei einem Nichtfixgeschäfte der Erfüllungszeit wesentliche Bedeutung beizulegen und den Abruf zu einer Hauptverpflichtung des Käufers zu machen.

4. Freymuth, HoldheimsMSchr. 16, 165. Das Gesetz stellt nicht den Grundsatz auf, daß Geschäfte in der Regel Nichtfixgeschäfte seien. Behauptet der Beklagte, das Geschäft sei als Fixgeschäft geschlossen, so liegt darin ein substantiiertes Bestreiten. Deshalb muß der Kläger beweisen, daß das Geschäft so geschlossen ist, wie er behauptet, also als Nichtfixgeschäft. Etwas Gegenteiliges folgt nicht aus RG. 36, 83 ff. Dort ist nur ausgeführt, daß wenn der Beklagte behauptet, die vom Kläger vorgetragenen Umstände machten nach Handelsbrauch das Geschäft zum Fixgeschäfte, so müsse der Beklagte diesen Handelsbrauch beweisen. Das mag zutreffen.

§ 377.

Untersuchungs- und Rügepflicht. I. Untersuchungspflicht. Ort der Untersuchung. 1. Hamburg 15. 5. 15, OLG. 32, 167. Hat der überseeische Bestimmungsort als Ablieferungsort zu gelten, so ist der Käufer nicht verpflichtet, die Ausfallmuster schon in Hamburg zu prüfen.

2. RG. 5. 5. 16, HoldheimsMSchr. 16, 168, LeipzZ. 16, 1430, R. 16 Nr. 1359. Ist bei einem Holzverkaufe der Ablieferungsort außerhalb des Ortes der Niederlassung des Käufers bestimmt, so hat für gewöhnlich die Untersuchung bereits am Ablieferungsorte nach Aushändigung der Ware an den Spediteur des Käufers zu geschehen. Die Tatsache, daß Käufer erkennbar beabsichtigte, die Ware nach seiner Niederlassung weiterbefördern zu lassen, braucht nicht notwendig zu der Annahme zu führen, daß die Wirkungen der Ablieferung bezüglich der Untersuchung auf den Zeitpunkt der Ankunft am Orte der Niederlassung verlegt werden sollten, und zwar auch nicht in Verbindung mit dem Umstande, daß die zweite Hälfte des Kaufpreises nach der Ankunft der Ware beim Käufer zahlbar war.

3. Bei einer auf Probe „ab Lager Bremen" verkauften Ware. Kiel 22. 6. 16, SchlHolstAnz. 16, 153. Verkauft war nach Probe. Die Probe befand sich im Besitze des Käufers in Altona. Die Ware hatte bis zum Orte ihrer Bestimmung, der Brauerei des Käufers, nur den kurzen Reiseweg von Bremen bis Altona zurückzulegen. Nach ihrer Beschaffenheit war mit einer schnell eintretenden Veränderung ihres Zustandes nicht zu rechnen. Der Käufer hatte in Bremen keine Niederlassung. Wenn man selbst unterstellen will, daß er den Spediteur in Bremen beauftragt habe, die Ware in seinem Auftrage dort in Empfang zu nehmen, so konnte doch vom Verkäufer nicht angenommen werden, daß Käufer dem nicht sachkundigen Spediteur auch die Untersuchung der Ware übertragen würde. Die Untersuchung erforderte besondere Kenntnisse und war jedenfalls ohne Vergleichung mit der Probe nicht möglich, aber auch dann noch nicht einfach. Daß Käufer einen Angestellten nach Bremen zur Untersuchung senden würde, konnte Verkäufer schon wegen der damit verbundenen und durch das Interesse des Verkäufers nicht gebotenen Unkosten nicht annehmen. Es weist also alles darauf hin, daß die Parteien stillschweigend die Untersuchung der Ware erst am endgültigen Bestimmungsorte gewollt haben.

II. Mängelanzeige. 1. Form der Mängelanzeige. Hamburg 16. 6. 13, OLG. 32, 170. Der Käufer, der über die Ware bereits prozessiert, kann den Prozeß zur Anzeige der Mängel durch Schriftsatz oder im Termine selbst benutzen. Eine Haftung des Anwalts für Unterlassung der Rüge im Prozesse kommt nur in Frage, wenn ihm die Anzeige ausdrücklich aufgetragen war oder er bei Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt ihre Notwendigkeit erkennen konnte.

2. Inhalt der Mängelanzeige. Hamburg 9. 11. 14, OLG. 32, 169. Bei dauerndem Lieferungsverzuge. Wenn der Käufer nur wiederholt im allgemeinen erklärt, daß seine Weisungen über die Menge der zu liefernden Milch nicht beobachtet würden und er sich deshalb Schadensersatz vorbehalte, ohne jemals trotz genauer Buchführung eine genaue Aufstellung über die Abweichungen der Lieferungen für eine bestimmte Zeit in Verbindung mit einer Schadensaufstellung zu machen, und wenn der Käufer trotz der allgemeinen

Beanstandung die monatliche Rechnung lange Zeit hindurch begleicht, kann er nicht später Schadensersatz verlangen. Der Verkäufer durfte annehmen, daß die unbestimmten Rügen nur den Zweck hatten, ihn für die Zukunft zu ordnungsmäßiger Lieferung anzuhalten.

3. Zeit der Mängelanzeige. a) Hamburg 18. 11. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 140, OLG. 32, 166, R. 16 Nr. 297, SeuffA. 71, 110. Der auf der Faktura enthaltene Vermerk: „Reklamationen können nur innerhalb von drei Tagen nach Empfang der Ware berücksichtigt werden" hat die Bedeutung, daß eine Rüge innerhalb der Frist auch dann rechtzeitig ist, wenn sie nicht unverzüglich war.

b) Hamburg 27. 6. 15, OLG. 32, 168. Rechtzeitige Bemängelung im Auslande.

c) Hamburg 3. 12. 15, OLG. 32, 168. Verspätete Rüge; stillschweigender Verzicht. Wenn der Verkäufer nach Eingang einer verspäteten Rüge des Käufers zunächst mit ihm über die Rechtmäßigkeit der Rüge oder die Art ihrer eventuellen Abhilfe verhandelt, ohne gleich zu betonen, daß er sich die Geltendmachung der Verspätung vorbehalte, so liegt darin noch kein Verzicht.

d) Hamburg 7. 2. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 116, OLG. 32, 169, R. 16 Nr. 739. Die Frage, was der „ordnungsmäßige Geschäftsgang" des § 377 Abs. 1 erfordert, ist lediglich nach objektivem Maßstabe zu beantworten. Deshalb ist eine zufällige persönliche Behinderung des Käufers (Eisenbahnunfall) nicht zu berücksichtigen.

4. Einzelne Mängel. a) Hamburg 27. 6. 15, OLG. 32, 168. Große Verschiedenheit in der Stärke der Drähte.

b) Hamburg 3. 3. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 141. Gesalzene, schwimmend gekaufte Häute braucht der Käufer dann nicht anzunehmen, wenn von ihnen irrtümlicherweise durch einen anderen Empfänger die Marken entfernt und sie entbündelt und entsalzt wurden. Daß nachträglich durch eine Beweisaufnahme die Identität der Ware festgestellt werden konnte, ist ebenso belanglos wie der Umstand, daß, soweit die Bearbeitung der Häute in Betracht kommt, diese in gleicher Weise wie von den Arbeitern des dritten Empfängers auch von den Arbeitern des Käufers hätte bewirkt werden müssen.

c) **RG.** 18. 4. 16, R. 16 Nr. 798 (KrS.). Die Grenzen eines dem Verkäufer gewährten mäßigen Spielraums gegenüber dem zugrunde gelegten Muster sind vor allem aus dem erkennbaren Zwecke des Geschäfts zu bestimmen.

5. Abs. 5. Arglist des Verkäufers. a) Begriff des arglistigen Verschweigens. **RG.** 18. 1. 16, HoldheimsMSchr. 16, 115. Zur Annahme eines arglistigen Verschweigens im Sinne des § 377 Abs. 5 genügt es, wenn der Lieferer damit rechnet, daß der Empfänger den verschwiegenen Mangel nicht bemerken und deshalb die Ware behalten werde, wenn also die Nichtangabe des dem Lieferer bekannten Mangels in dem Bewußtsein geschieht, daß der Empfänger dadurch getäuscht werde oder werden könne. Es bedarf hiernach zur Begründung der Arglist nicht besonderer Veranstaltungen des Lieferers, um den Empfänger in Unkenntnis des Mangels zu erhalten, also auch nicht solcher, um dessen Entdeckung zu verhindern oder zu erschweren.

b) **RG.** 30. 6. 16, LeipzZ. 16, 1176. Der Begriff des arglistigen Verschweigens eines Mangels verlangt ein auf Täuschung des Käufers gerichtetes und geeignetes Handeln des Verkäufers, d. h. das Bewußtsein der Erheblichkeit des Mangels und den Willen, den Mangel nicht zu offenbaren. Die Kenntnis des Mangels und das Schweigen des Verkäufers über den Mangel, die wissentliche Lieferung mangelhafter Ware gestattet für sich allein in der Regel noch nicht den Schluß, daß er den Käufer täuschen und schädigen wollte. Das Verschweigen muß vielmehr unter Umständen geschehen, unter denen dem Verkäufer nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs eine Pflicht zur Offenbarung der Mängel obliegt.

c) **RG.** 20. 10. 16, LeipzZ. 16, 1474. Der Käufer hat nur vorgebracht, seinem Vertreter seien beim Vertragsabschlusse die Musterwesten vom Vertreter des Verkäufers als Stücke kleinster Nummer bezeichnet worden, Verkäufer habe arglistig eine erhebliche Zahl kleinerer Westen geliefert. Daß der Verkäufer auch die übrigen im Prozesse gerügten Mängel

arglistig verschwiegen habe, hat Käufer nicht geltend gemacht. In der bloßen Behauptung des Vorhandenseins dieser Mängel lag die einer Arglist des Gegners keineswegs; das Gericht hatte auch keinen Anlaß, durch Ausübung des Fragerechts auf deren Aufstellung hinzuwirken.

d) **RG.** 18. 4. 16, R. 16 Nr. 799 (KrE.). Nicht jede vom Muster abweichende Lieferung für Heereszwecke bedeutet eine arglistige Täuschung. Der Begriff des „Vorschriftsmäßigen" kann solchenfalls nicht schlechthin nach den Friedensverhältnissen bestimmt werden.

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

§ 384.

1. **RG.** 8. 4. 16, WarnE. 16, 226 ff. Es ist denkbar, daß ein Kaufmann einem anderen Kaufmanne die Übernahme eines auftragslos von ihm abgeschlossenen Geschäfts auf seine Rechnung anbietet und dies Angebot angenommen wird und daß ferner nach der Absicht der Parteien das so begründete Vertragsverhältnis wie ein Kommissionsverhältnis behandelt werden soll. Es kann auch sein, daß dabei der Anbietende zunächst in der Absicht der nützlichen Geschäftsführung für den anderen gehandelt hat. In solchen Fällen könnte man geneigt sein, die Vorschriften über das Kommissionsgeschäft, obwohl sie an sich Übernahme der Geschäftsabschlüsse voraussetzen, analog anzuwenden.

2. Abs. 3. **RG.** 8. 4. 16, R. 16 Nr. 1360, WarnE. 16, 226. Einzelne Schriftsteller (so Ritter, Brand, anscheinend auch Makower) sind allerdings der Ansicht, daß dann, wenn der Kommissionär der Wahrheit zuwider, wenn auch nur aus Irrtum, den Abschluß des Geschäfts mitteilt, die Selbsthaftung des Kommissionärs ebenso eintritt, wie wenn das Geschäft abgeschlossen und der Dritte in der Ausführungsanzeige nicht namhaft gemacht ist. Die überwiegende Zahl der Schriftsteller nimmt aber mit Recht an, daß die unrichtige Ausführungsanzeige ohne weitere Haftung des Kommissionärs als für etwaiges Verschulden berichtigt werden kann. § 384 Abs. 3 setzt schon nach seinem Wortlaut ein zustande gekommenes Geschäft voraus. Gleichzustellen ist allerdings der Fall, daß der Kommissionär wissentlich ein nicht zustande gekommenes Geschäft anzeigt; denn es erscheint gerechtfertigt, daß ihn der Kommittent dann ebenso an seiner Erklärung halten kann, wie wenn er den Selbsteintritt erklärt. Auf die Streitfrage, ob die Berichtigung auch dann ausgeschlossen ist, wenn die Anzeige nur die ganz allgemeine Erklärung enthält, daß der Auftrag ausgeführt sei, war nicht einzugehen.

§§ 407 ff.

Vorbemerkung zu Abschnitt 4—7: Das Schrifttum hat keine größeren Werke über das Verkehrsrecht hervorgebracht. Es sind fast ausschließlich Abhandlungen in Zeitschriften, welche sich mit den Verkehrsrechtsfragen beschäftigen. Die Quelle der Rechtsprechung ist aber nicht versiegt; insbesondere hat die Frage, ob die Diebstahlsgefahr eine mit der Verladung in einem offenen Wagen verbundene Gefahr bedeutet, weiterhin zählreiche Gerichte beschäftigt. Hierüber wird bei § 86 EisenbVerkO. näher berichtet. Siehe auch Vorbemerkung zum siebenten Abschnitt.

Von den eingetretenen Rechtsänderungen sind die Vorschriften der Eisenbahnverwaltung über die Frachtzahlung, die zum Zwecke der Regelung unserer Valuta getroffen sind, und die Ausdehnung des Frachturkundenstempels zu erwähnen (vgl. Vorbem. zu §§ 453 ff. HGB. bzw. zur EisenbVerkO.).

Das Bestreben der Spediteure, ihre vertraglichen Beziehungen zu den Güterversendern abweichend von den Normativbestimmungen des Gesetzes durch besondere, allgemein im voraus aufgestellte Vertragsbedingungen zu regeln, hat zur Einführung von neuen umfangreicheren Vertragsbedingungen der Berliner Spediteure geführt. Sie sind in SSZ. 16, 123 und 129 ff. abgedruckt.

Da infolge des Kriegsausbruchs und der weiteren kriegerischen Ereignisse viele Nachnahmebeträge, welche Spediteure oder Frachtführer im Auslande einzuziehen übernommen haben, nicht eingegangen sind, hat die Frage der Haftung des Spediteurs und Frachtführers für den Eingang der Nachnahmebeträge eine häufigere Behandlung in Schrifttum und Rechtsprechung gefunden. Es herrscht darin Übereinstimmung, daß der Spediteur für die von ihm mit der Einziehung der Nachnahme beauftragten Zwischenspediteure nicht haftet, weil sie nicht seine Erfüllungsgehilfen sind; er haftet nur für Versehen bei ihrer Auswahl.

Über den Personenbeförderungsvertrag zugunsten Dritter handelt das RG. in den Urteilen vom 7. 6. und 18. 11. 15 (RG. 87, 64 und 289). Das RG. gewährt im ersten Falle dem Dritten, zu dessen Gunsten ein Personenbeförderungsvertrag abgeschlossen ist, ein unmittelbares Klagerecht gegen den Beförderer auf Erfüllung des Beförderungsvertrags; im zweiten Falle nur auf Grund einer Abtretung der Rechte des Vertragschließenden an den Dritten. Der Umweg über die Abtretung mutet veraltet, an wie Hachenburg, DJZ. 16, 1111 treffend bemerkt. Über diese Entscheidungen vgl. oben Ziff. 1 zu § 328 BGB.

Schrifttum zum Speditions- und Landfrachtrechte: Callam, Haftet der Spediteur für Fehler der Eisenbahn, der Reederei oder eines sonstigen vom Spediteur gewählten Frachtführers? SSZ. 16, 147. — Derselbe, Haftet der Spediteur für Gewichtsdifferenzen? SSZ. 16, 274. — Derselbe, Verschleppung und Verzögerung, SSZ. 16, 2. — Götzel, Über die Zulässigkeit von Federwagen im Speditionsgewerbe, SSZ. 16, 372. — Schwendener, Schweizer Transportrecht, Zürich. — Senckpiehl, Abtragegebühr, SSZ. 16, 33. — Derselbe, Die Einwirkung des Krieges auf die Speditions- und Frachtverträge, SSZ. 16, 25. — Derselbe, Die Haftung des Empfängers für die Frachtkosten, GoldschmidtsZ. 79, 480. — Derselbe, Haftung der Eisenbahn für die Stellung ungeeigneter Eisenbahnwagen, SSZ. 16, 56. — Derselbe, Haftung des Spediteurs für Sachschaden bei der Beförderung, SSZ. 16, 162. — Derselbe, Ist der Nachnahmeauftrag eine Einziehungsvollmacht oder eine Anweisung? SSZ. 16, 273. — Derselbe, Pfandverkauf während des Krieges, SSZ. 16, 67. — Derselbe, Verlängerung der Verjährungsfristen, SSZ. 16, 146. — Derselbe, Zusammenladungsschäden, SSZ. 16, 34.

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

§ 407.

1. Allgemeines. RG. 4. 4. 16, SSZ. 16, 113. Speditionsgüter im Sinne des Feuerversicherungsvertrags sind nicht bloß diejenigen Güter, welche Gegenstand eines reinen Speditionsvertrags sind, sondern auch solche Güter, derentwegen ein Fracht- oder Lagervertrag geschlossen ist. Das Wort Spedition ist hier im weiteren Sinne zu verstehen (vgl. Senckpiehl, Speditionsgeschäft 8 ff.).

2. Die ungerechtfertigte Bereicherung. SSZ. 16, 74. Der Empfangsspediteur, welcher die auf dem Frachtgute lastende Nachnahme einlöst, hat gegen seinen Auftraggeber (den Empfänger) einen Anspruch auf Erstattung des Nachnahmebetrags. Wenn aber ein Anspruch gegen diesen nicht besteht, z. B. weil der Empfangsspediteur eine hohe Wertnachnahme ohne besondere Ermächtigung des Auftraggebers eingelöst hat, so hat er einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Absender des Gutes, denn der Spediteur will nicht eine Schuld des Empfängers gegenüber dem Absender oder gegenüber der Eisenbahn bezahlen, sondern er löst die Nachnahme nur ein, um das Gut in seinen Besitz zu bekommen. Der Absender hat keinen Anspruch darauf, daß der Empfangsspediteur ihm die Nachnahme einlöst. Er wird daher grundlos bereichert, wenn die Eisenbahn ihm den vom Empfangsspediteur bezahlten Nachnahmebetrag aushändigt.

§§ 407, 408.

I. Haftung des Spediteurs. 1. ÖOG. 5. 10. 15, EisenbE. 32, 442, SSZ. 16, 416. Der Spediteur haftet nicht für die Versehen eines Zwischenspediteurs, sondern nur für die sorgfältige Auswahl des Zwischenspediteurs. Das gilt auch dann, wenn er diesen auf seinen Briefköpfen als seinen Vertreter bezeichnet hat. Die Bezeichnung „Vertreter" in dem Speditionsverkehr ist keine juristisch technische. Der „Vertreter" kann entweder Zwischenspediteur oder Unterspediteur oder Bevollmächtigter sein.

2. Senckpiehl, Haftung des Spediteurs für Sachschaden bei der Beförderung, SSZ. 16, 162. Es ist zwischen der allgemeinen Haftung des Spediteurs aus § 408 und der Haftung für Sachschaden aus §§ 407, 390 (bzw. §§ 413, 429 HGB.) zu unterscheiden. Die Haftung für Sachschaden ist strenger. Diese strengere Haftung trifft den Spediteur (bzw. Frachtführer) aber nur während der Zeit der unmittelbaren Verwahrung des Gutes.

3. München 16. 11. 14, OLG. 16, 186. Es ist Aufgabe des Spediteurs, sachentsprechend Zeit und Ort der Beförderung zu bestimmen. Verderbliche Güter sind auf dem kürzesten

Wege zu befördern, also unter Umständen nicht in Sammelladung. Im übrigen ist aber die Versendung in Sammelladung allgemein zulässig, weil dadurch an Fracht gespart wird, selbst wenn das Gut deswegen einen Umweg machen muß.

4. OLG. 20. 5. 15, EisenbE. 32, 315, ZolluSpedZ. 15, 6. Der Spediteur ist im Zweifel nicht Selbstversicherer, sondern besorgt die Versicherung in der Weise, daß er im eigenen Namen für Rechnung des Auftraggebers den Versicherungsvertrag mit einem Versicherer abschließt. Es gehört auch nicht zur Aufgabe des Spediteurs, den Auftraggeber über die Zweckmäßigkeit und Art einer Versicherung zu belehren.

5. AG. Berlin-Mitte 2. 10. 15, SSZ. 16, 282. Der Spediteur haftet nicht für Mängel der von ihm übernommenen Verpackung, wenn er nicht zugleich eine Gewähr der guten Ankunft übernommen hat.

6. AG. Braunschweig 25. 6. 15, EisenbE. 32, 316, SSZ. 15, 290. Die Aufforderung an den Spediteur, zu bestätigen, daß ihm eine bestimmte Menge des Gutes zugegangen sei, ist nicht als ein Verwägungsauftrag anzusehen.

7. LG. Neiße (Aktenz. 20. 167. 15), SSZ. 16, 234. Mangels ausdrücklichen Auftrags hat der Spediteur nicht die Pflicht, ein mit der Eisenbahn angekommenes Gut nachzuwiegen.

8. Götzel, Über die Zulässigkeit von Federwagen im Speditionsgewerbe, SSZ. 16, 372. Nach der durch Bek. vom 25. Juni 1915 (RGBl. 431) getroffenen Abänderung der Eichordnung vom 8. November 1911 sind Federwagen nur noch zu amtlichem Gebrauche zulässig, d. h. für Eisenbahnen und solche Spediteure, welche bahnamtlich zur An- und Abfuhr bestellt sind. Diese Bahnspediteure dürfen aber die Federwagen nur benutzen, soweit sie als bahnamtliche tätig sind, nicht für ihre Privatspeditionen.

9. Lohngespanne. LG. I Berlin (ohne Datum) (Aktenz. 63. S. 107. 15), SSZ. 16, 317. Der Vermieter des Lohngespanns haftet für die Rückgabe der Decke, welche sich sein Kutscher von dem Spediteur zum Bedecken der Speditionsgüter hat geben lassen, aus dem Mietvertrag, und der Spediteur hat ein Zurückbehaltungsrecht an dem Mietlohn aus § 273 BGB. bis zur Rückgabe der Wagendecken.

II. Die Nachnahmeerhebung. 1. Senckpiehl, Ist der Nachnahmeauftrag eine Einziehungsvollmacht oder eine Anweisung? SSZ. 16, 273. Der Nachnahmeauftrag ist eine Ermächtigung des Spediteurs oder Frachtführers, den Betrag der Nachnahme im eigenen Namen gegen Aushändigung des Frachtguts von dem Empfänger einzuziehen. Daraus folgt, daß die Zahlung an den Spediteur oder Frachtführer zu dessen Eigentum erfolgt.

2. KG. 23. 10. 15, SSZ. 16, 18. Der Spediteur haftet nicht für den Eingang der Nachnahme, sondern nur für Anwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt bei der Einziehung der Nachnahme, insbesondere bei der Auswahl der hierzu erforderlichen Zwischenspediteure. Durch die Worte: „Ich übernehme Ihnen gegenüber die Haftbarkeit entweder für die Ware oder für den Fakturenbetrag" wird eine Haftung über das gesetzliche Maß nicht vereinbart, da die Spediteure handelsüblicherweise eine weitergehende Haftung nur gegen besondere Risikoprovisionen zu übernehmen pflegen, und in den genannten Worten etwas Abweichendes nicht deutlich erklärt wird.

3. Dresden 24. 2. 14, SSZ. 16, 57. Der Spediteur haftet bei der Einziehung der Nachnahme nur für sorgfältige Auswahl, nicht auch für Versehen des Zwischenspediteurs.

4. Senckpiehl, Einwirkungen des Krieges, SSZ. 16, 25. Der Spediteur, welcher die Besorgung der Nachnahmeeinziehung übernommen hat, haftet für den Eingang der Nachnahme nur, wenn das Frachtgut dem Empfänger ausgeliefert und der Nachnahmebetrag bei ihm eingegangen ist. Hat jedoch der Spediteur die Ausführung des Nachnahmeauftrags selbst versprochen, so haftet er für den Nachnahmebetrag, sobald das Frachtgut dem Empfänger ausgeliefert ist.

5. SSZ. 16, 2. Die auftraglose Einlösung von Nachnahmen durch den Empfangsspediteur. Der Vollmachtspediteur, welcher ohne besonderen Auftrag des Empfängers (seines Auftraggebers) eine auf dem Frachtgute ruhende größere Wertnachnahme eingelöst hat und

von diesem nicht Ersatz der Nachnahme verlangen kann, hat gegen den Absender des Frachtguts, mit welchem er nicht in vertraglichen Beziehungen steht, einen Anspruch auf Ersatz des Nachnahmebetrags sowohl auf Grund der auftraglosen Geschäftsführung als auch auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung.

§§ 410, 440.

1. Hamburg 20. 1. 16, DJZ. 16, 910, LeipzZ. 16, 830, SeuffA. 16, 269, SGZ. 16, 153. Das Pfandrecht des Spediteurs bzw. Frachtführers geht dem Pfandrechte des Vermieters vor, wenn letzterer nicht beweist, daß der Spediteur nicht in gutem Glauben war. Der Möbelfuhrmann braucht sich bei der Räumung einer Wohnung nicht nach dem Pfandrechte des Vermieters zu erkundigen. Er darf von der Annahme ausgehen, daß sein Auftraggeber die Wohnungsmiete bezahlt hat, und die Möbel, die ihm zur Beförderung in die neue Wohnung übergeben werden, pfandfrei sind. Er erwirbt daher an den Möbeln ein Pfandrecht nach §§ 410, 440 HGB., welches dem Pfandrechte des Vermieters vorgeht.

2. Senckpiehl, Pfandverkauf während des Krieges, SGZ. 16, 67. Der Pfandverkauf seitens des Spediteurs und Frachtführers wird durch die Kriegsbeschlagnahme nicht gehindert.

§ 413.

1. Hamburg 2. 3. 15, EisenbE. 32, 309, R. 15 Nr. 1172. Der Spediteur, welcher einen festen Beförderungspreis für Asphalterde vereinbart hat, kann einen höheren Preis verlangen, wenn ihm statt dessen Rohasphalt zur Beförderung übergeben wird, welcher im Eisenbahnverkehre höher tarifiert. Es liegt nicht ein Irrtum des Spediteurs vor. Vielmehr ist die ursprüngliche Preisvereinbarung gegenstandslos geworden, und der Spediteur kann einen angemessenen Beförderungspreis verlangen. Derselbe ist um so viel höher, als Rohasphalt höher als Asphalterde bei der Eisenbahn tarifiert.

2. Hamburg 30. 10. 14, SGZ. 16, 383. Die Geltung allgemeiner Vertragsbedingungen. „Es mag dahingestellt bleiben, ob die Elbschiffahrts-Bedingungen schon allein um deswillen anzuwenden wären, weil die Klägerin an die Beklagte mehrfach Geschäftsbriefe geschickt hatte, auf denen sich ein Vordruck des Inhalts befand, daß Klägerin nur unter diesen Bedingungen ihre Frachtverträge abschließe. Hier kommt hinzu, daß in Hamburg regelmäßig Frachtverträge nach oberschlesischen Plätzen zu den genannten Bedingungen abgeschlossen werden, und daß dies in hamburgischen Interessentenkreisen allgemein bekannt ist, sowie, daß Beklagte sich selbst in ihrem Schreiben vom 23. Mai 1913 auf eine Vorschrift der Bedingungen berufen hat. Bei dieser Sachlage ist anzunehmen, daß beide Parteien stillschweigend gewollt haben, daß auch für den vorliegenden Schluß das, was regelmäßig unter den vertragschließenden Teilen ausgemacht wird, als Vertragsrecht unter ihnen gelten sollte."

3. Düsseldorf 7. 3. 16, SGZ. 16, 211. Der Vertrag, durch welchen der Spediteur eine Beförderung auf Binnengewässern zu einem festen Satze verspricht, richtet sich nach den §§ 425 ff., den Regeln des BGB. über den Werkvertrag und den Vorschriften des BinnenSchG. Ist infolge des Krieges die Weiterbeförderung unmöglich geworden, so kann der Spediteur Differenzfracht verlangen und außerdem die Kosten der Rückbeförderung.

4. Senckpiehl, Zusammenladungsschäden, SGZ. 16, 34. Der Unternehmer einer Sammelladung haftet nicht für geringfügige Schäden, die infolge der Zusammenladung verschiedenartiger sich gegenseitig durch Geruch oder Staub usw. beeinflussender Güter entstehen.

5. München 16. 11. 14, SGZ. 16, 217. Bei Sammelladungen ist als angemessene Frist der Beförderung immer eine längere Frist anzusehen als die betr. Lieferfrist der Eisenbahn. Denn die Sammlung und Abrichtung der Ladung nimmt — außer der Beförderung — noch eine gewisse Zeit in Anspruch.

6. Über die Verjährung der Forderungen der Spediteure aus Frachtübernahmen vgl. RG. 12. 6. 15; 86, 422 (JDR. 14, II a zu § 196 BGB.).

§ 416.

1. Gutachten der Handelsk. Coblenz, SSZ. 16, 35. Der Spediteur oder Lagerhalter, welchem Güter ohne Anmeldung zugeschickt werden, ist nach Handelsgebrauch verpflichtet, dem Zusender von der Ankunft Nachricht zu geben, und haftet für den Schaden, welcher aus der Unterlassung entsteht. — Wegen der Bedenken gegen dieses Gutachten vgl. Senckpiehl, Lagergeschäft 46—49.

2. **RG.** 4. 4. 16, R. 16 Nr. 1638. Woll- und Baumwollabfälle sind, auch wenn sie etwas Fett enthalten, nicht als feuergefährlich anzusehen.

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.

§ 425.

RG. 16. 10. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 16. Der Absender, der aus früheren Verladungen weiß, daß seine Ware (Schwefelkies) den eisernen Kahn des Frachtführers schädigen kann, hat dem Frachtführer von dieser Eigenschaft der Ware Mitteilung zu machen. „Es ist in der Rechtsprechung des RG. anerkannt, daß eine Offenbarungspflicht als Rechtspflicht schon beim Vertragsschluß insoweit besteht, als die Kundmachung nach den Anschauungen eines redlichen Verkehrs und nach Treu und Glauben zu erwarten war. Der Vertragsteil, der die Kundgabe hierher gehöriger Umstände vorsätzlich oder fahrlässig unterläßt, hat damit zu rechnen, daß er dem anderen Teile für den hieraus entstandenen Schaden aufkommen muß."

§ 428.

Callam, Verschleppung und Verzögerung, SSZ. 16, 2, unterscheidet zwischen Verzögerung, d. i. der allgemeine Begriff der verspäteten Ablieferung, aber mit dem Nebensinne, daß der Frachtführer den Verbleib des Gutes kennt, und Verschleppung, d. i. der besondere Fall der Verzögerung, welcher durch Beförderung in falsche Richtung entsteht, wobei jedoch das Gut außer Kontrolle gerät.

§ 429.

1. Senckpiehl, Die Abtragegebühr, SSZ. 16, 33. Der Rollfuhrunternehmer hat die Frachtgüter in der Regel nur bis an das Haus zu liefern. Nimmt der Empfänger die Dienste des Rollkutschers für den Weitertransport in Anspruch, so hat er auch die damit verbundenen größeren Gefahren zu tragen, z. B. Beschädigung des Hauses, Verlust des unbeaufsichtigt bleibenden Rollwagens und der Frachtgüter.

2. Stadler, SSZ. 16, 43. Der Frachtführer hat Schwergüter, die über 500 kg wiegen, dem Empfänger auf dem Rollwagen zur Verfügung zu stellen.

3. LG. I Berlin 15. 12. 15, SSZ. 16, 49. Der Rollfuhrmann hat das Frachtgut dem Empfänger vor seinem Geschäfte zur Ablieferung anzubieten. Die Haftung des Rollfuhrunternehmers ist daher beendet, sobald die Ware den Wagen verlassen hat.

4. Callam, Haftet der Spediteur für Gewichtsdifferenzen? SSZ. 16, 274, weist auf die zahlreichen Fehler der Gewichtsfeststellungen hin.

5. ÖOG. 28. 3. 13, EisenbE. 32, 200. Der Frachtführer haftet für den Verlust von Kostbarkeiten auch dann, wenn ihm die Beschaffenheit des Frachtguts nicht genau bezeichnet ist, falls ihm nur gesagt ist, daß der Inhalt des Gutes besonders kostbar ist.

§ 430.

Dresden 8. 5. 15, SächsRpflA. 16, 104. Unter dem gemeinen Handelswert einer Ware ist ihr Verkäuflichkeitswert zu verstehen.

§ 432.

LG. I Berlin 27. 4. 16 (bzw. 18. 5. 16), SSZ. 16, 203. Bei einer Beförderung von Deutschland nach den besetzten feindlichen Gebieten mit internem Frachtbriefe haftet die Eisenbahn nicht für Sachschäden, die erwiesenermaßen auf den Bahnen der Militärverwaltung in besetzten feindlichen Gebieten vorkommen, weil § 432 HGB. sich nur auf deutsche Rechtsverhältnisse bezieht und weder das JÜ. noch eine sonstige Vorschrift des HGB. für das besetzte feindliche Gebiet gilt.

§ 433.

Senckpiehl, Rechtsstellung des Empfängers nach dem Eisenbahnfrachtvertrage, SSZ. 16, 226. § 433 Abs. 2 gewährt dem Empfänger lediglich Rechte. Pflichten entstehen für ihn erst, sobald er Frachtbrief und Frachtgut angenommen hat. Sie begrenzen sich aber nach § 436 auf die Pflichten, die sich aus dem Frachtbrief oder dessen Anlagen ergeben. Ein Eintritt in den Frachtvertrag erfolgt nicht. Der Empfänger ist auch jetzt noch berechtigt, die Rechte aus dem Frachtvertrage zurückzuweisen. Das wird bei der Ablieferung von ganzen Wagenladungen der Eisenbahn praktisch. Die Zurückweisung der Rechte bewirkt, daß jetzt der Absender verfügungsberechtigt wird, beseitigt aber nicht die Verpflichtung des Empfängers zur Zahlung der Fracht.

§§ 434, 435.

RG. 15. 5. 16, WarnE. 16, 416. Der Frachtvertrag ist ein Vertrag zugunsten des Empfängers, soweit diesem in den §§ 434 ff. Rechte gegen den Frachtführer eingeräumt sind.

§ 436.

Senckpiehl, Haftung des Empfängers für die Frachtkosten, GoldschmidtsZ. 79, 480. Der Frachtführer hat nicht bloß dann einen Anspruch gegen den Empfänger auf Bezahlung der Fracht, wenn der Empfänger außer dem Gute einen richtigen Frachtbrief im Sinne des § 426, sondern auch einen verkürzten Frachtzettel (sog. Stadtfrachtbrief, Bordereau) oder eine sonstige vom Frachtführer selbst ausgestellte Urkunde angenommen hat, wenn nur in der Urkunde die Höhe der Forderung des Frachtführers angegeben ist.

§ 440.

Vgl. § 410.

Siebenter Abschnitt.

Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

§§ 453 ff.

Vorbemerkung: Der Bericht lehnt sich, wie im Vorjahr, an die Eisenbahnverkehrsordnung und das internationale Übereinkommen über den Frachtverkehr an.

Der Eisenbahnverkehr steht mehr denn je unter den Zeichen des Krieges. Zahlreiche Ein- und Ausfuhrverbote und andere Verkehrsbeschränkungen bringen Hemmungen. Zum Zwecke der Hebung unserer Valuta durften vom 1. April 1916 ab Zahlungen nach dem Ausland im Wege der Nachnahme nicht erfolgen, vgl. BRVO. vom 16. März 1916 und Bek. des Reichskanzlers vom 23. März 1916 (RGBl. Nr. 47 und 55); die Fracht für Ausfuhrsendungen darf nicht im voraus bezahlt werden (Frachtüberweisungszwang), und die Fracht für Einfuhrsendungen muß im voraus bezahlt werden (Frankaturzwang). Diese inzwischen durch verschiedene Ausnahmen gemilderte Bestimmung gilt nur für den Verkehr mit dem neutralen Auslande (Schweiz, Niederlande und Skandinavische Länder), nicht aber für den Verkehr mit Österreich-Ungarn, Luxemburg und den besetzten feindlichen Gebieten.

Von ebenfalls einschneidender Bedeutung ist die Erhöhung der Stempelpflicht der Frachturkunden. Während bisher nur Frachturkunden über Wagenladungen stempelpflichtig waren, unterliegen der Steuerpflicht jetzt auch die Urkunden über Stückgüter (auch Eilgüter) und Expreßgut. Der Stempel für Wagenladungsgüter ist erhöht und in der Berechnung vereinfacht. Der Sammelladungsverkehr der Spediteure ist besonders geregelt.

Schrifttum und Rechtsprechung haben sich besonders eifrig mit der Frage beschäftigt, ob die Diebstahlsgefahr zu den mit der Verladung in offenen Wagen verbundenen Gefahren gehört. ZJE. hat die Entwicklung genau verfolgt und darüber fortlaufend 15, 191 und 16, 17, 39, 69, 121, 146, 171 und 215 berichtet. Sogar der preußische Minister der öffentlichen Arbeiten hat auf eine Eingabe der Ältesten der Kaufmannschaft zu Berlin die Frage geprüft und in Übereinstimmung mit dem RG. (17. 11. 14, vgl. FDR. 14, 515) sich dahin entschieden, daß eine grundsätzliche Ablehnung der Schadensersatzansprüche wegen Diebstahls an offen verladenen Gütern unter Berufung auf § 86 Abs. 1 EisenbVerkO. oder Art. 31 Abs. 1 IÜ. unzulässig sei (SSZ. 16, 178, ZJE. 16, 171 und EisenbVereinsZ. 16 Nr. 43).

Hiernach gehört die Diebstahlsgefahr als solche nicht zu den genannten Gefahren, sondern nur dann, wenn die besonderen Umstände des einzelnen Falles diese Annahme rechtfertigen, z. B. bei einem Waggon mit lose verladenem Obst, Kohlen, Kartoffeln. Ist das Frachtgut dagegen in Kisten, Körben, Säcken usw. verpackt, so liegt die Voraussetzung des § 86 Abs. 1 EisenbVerkO. nicht vor.

Schrifttum: Cochlovius, Haftet der Eisenbahnunternehmer für Sachschaden? KGBl. 16, 93. — Eckstein, Diebstahl aus offenen Wagen, EisenbE. 32, 249. — Engländer, Die Eisenbahnanschlüsse, München und Leipzig 1915. — Epstein, Haftung der Bahn für Transportgut zur Kriegszeit. Der Krieg an und für sich bildet noch keine vis major, EisenbE. 32, 370. — Derselbe, Frachtberechnung für im Falle von Verkehrsstörungen über Hilfswege beförderte Sendungen, TarifuVerkehrsanz. 15, 165. Esser, Die Haftung der Eisenbahn und die Transportversicherung. — Grünberg, Haftet die Eisenbahn für unrichtige vor Abschluß des Vertrags erteilte Auskünfte ihrer Organe? ZolluSpedZ. 15 Nr. 49 u. 51. — Derselbe, Kann die mangelhafte und abgewiesene Reklamation bei Frachterstattungsansprüchen auch nach abgelaufener Verjährungsfrist durch Nachtragung des Vollmachtsausweises (im Prozesse)saniert werden? ZolluSpedZ. 16 Nr. 24, 1. — Derselbe, Kommt dem frachtbrieflichen Vermerk: „auf eigene Gefahr" Erheblichkeit zu? ZolluSpedZ. 16 Nr. 34. — Derselbe, Die Grenzen der Berechtigung des Empfängers, vom Frachtführer die Übergabe des Frachtbriefs und die Auslieferung des Gutes zu verlangen, ZolluSpedZ. 16 Nr. 22. — Katzner, Zur Frage der Berechtigung der Eisenbahn auf Nachzahlung im Falle unrichtiger Frachtberechnung, ZolluSpedZ. 15, 1. — Reindl, Haftung der Eisenbahn bei einer durch Transportverzögerung verursachten Minderung oder Beschädigung leicht verderblicher Güter, SSZ. 16, 355 u. 363. — Derselbe, Haftung der Eisenbahn für schadhafte Wagendecken, EisenbE. 32, 370. — Derselbe, Höhe der Entschädigung für Lieferfristüberschreitung bei Angabe des Interesses an der Lieferung nach Art. 40 Abs. 4 JÜ. in ZJE. 16, 105. — Riesenfeld, Eisenbahntariflehre mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Eisenbahnen. Allgemeiner Teil. Wien. — v. Röll, Enzyklopädie des Eisenbahnwesens (2) Berlin u. Leipzig 1915. VII. Kronenbreite — Personentarife. — Senckpiehl, Das Fehlen von Stücken in Wagenladungen, SSZ. 16, 241. — Derselbe, Rechtsstellung des Empfängers nach dem Eisenbahnfrachtvertrage, SSZ. 16, 266.

Eisenbahnverkehrsordnung.

Allgemeines. 1. Esser, Die Haftung der Eisenbahn und die Transportversicherung. In diesem Handbuche sind die Bestimmungen über die Haftung der Eisenbahn aus dem Eisenbahnfrachtgeschäft in Verbindung mit der dafür speziell erlassenen Eisenbahnverkehrsordnung und unter gleichzeitiger Anführung der bezüglichen Bestimmungen des Internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr in übersichtlicher Weise mit entsprechenden Erläuterungen und unter Anführung der einschlägigen Judikatur zusammengestellt und ferner die Gründe des näheren dargelegt, aus denen sich trotz der Haftung der Eisenbahn als Frachtführerin die Versicherung der Güter und des Reisegepäcks gegen die Gefahren des Transports empfiehlt.

2. Cochlovius, Die Haftung des Eisenbahnunternehmers für Sachschaden, KGBl. 16, 93. Preußen ist der einzige Staat im Geltungsbereiche des HaftpflG., welcher nur für Vollbahnen eine gegenüber dem BGB. strengere Haftung für Sachschaden eintreten läßt (§ 25 PrEisenbG. vom 3. November 1838), jedoch für Kleinbahnen keine strengeren Haftungsvorschriften kennt.

3. **RG.** 14. 3. 15, HoldheimsMSchr. 16, 115. Wer einem Spediteur seine Sachen zur Beförderung übergibt, weiß, daß der Spediteur die Sachen nur gemäß der EisenbVerkO. versenden kann. Ihn binden daher die Vorschriften der EisenbVerkO., auch wenn er unmittelbare Ansprüche gegen die Eisenbahn auf Grund des § 25 PrEisenbG. geltend macht. Die Eisenbahn kann sich daher zur Befreiung von ihrer Haftung dem Eigentümer gegenüber auf die Vorschriften der EisenbVerkO. berufen.

4. KG.(Strafs.) 14. 4. 16, LeipzZ. 16, 1184. Die allgemeinen Polizeibehörden sind unzuständig zum Erlasse von Vorschriften über Tiertransporte auf Haupt- und Nebenbahnen. Die Vorschrift in einer RegPolVO.: „Bullen müssen bei allen Transporten an den Füßen ... gefesselt werden, um das Durchgehen zu verhindern", ist für Eisenbahntransporte nicht verbindlich. Die Haupt- und Nebenbahnen Deutschlands unterstehen, soweit es sich um die Fürsorge für die Sicherheit und Ordnung des Eisenbahnbetriebs und des Eisenbahnverkehrs handelt, nach anerkannten Rechtsgrundsätzen unter Ausschluß der allgemeinen Polizeibehörden der besonderen Eisenbahnpolizei. Hierzu gehört insbesondere auch die Regelung der Art und Weise, wie Güter, also auch lebende Tiere, innerhalb des Bahngebiets mit Eisen-

bahnwagen zu befördern sind. Die Rücksicht auf die besonderen Interessen und die eigenartigen Verhältnisse des Eisenbahnbetriebs und seine selbständige Organisation lassen es nicht zu, daß diese Frage für jeden örtlichen Polizeibezirk besonders geregelt werde.

§ 5.

1. RG. 20. 1. 16, LeipzZ. 16, 1027, WarnE. 16, 132. Der § 5 regelt lediglich die Haftpflicht der Eisenbahn aus dem Beförderungsvertrage. Die Regeln über unerlaubte Handlungen, insbesondere über die Zahlung von Schmerzensgeld werden durch § 5 nicht berührt. § 5 ist keineswegs durch § 278 BGB. überflüssig geworden. Denn jene Vorschrift macht die Eisenbahn für die Handlungen ihrer Leute auch dann haftbar, wenn sie ohne jedes Verschulden dem Vertrage zuwiderhandelt, während § 278 BGB. zu seiner Anwendung ein Verschulden der Erfüllungsgehilfen voraussetzt.

2. RG. 19. 6. 16, LeipzZ. 16, 1294. Durch § 5 EisenbVerkO. wird der Anspruch auf Schmerzensgeld (wie überhaupt der Anspruch aus unerlaubter Handlung) nicht ausgeschlossen. Daß die Haftung aus unerlaubter Handlung neben der aus dem HaftpflG. und aus Beförderungsvertrag möglich ist, hat der Senat in dem Urt. v. 1. 12. 13, WarnE. 14, 53 angenommen. Der Rechtsprechung des III. Sen. widerspricht diese Auffassung nicht. In dem genannten Falle war nur die Frage, ob aus § 5 EisenbVerkO. allein schon Schmerzensgeld beansprucht werden kann, verneint.

3. BezGer. für Handelssachen Wien 16. 9. 15, EisenbE. 32, 437. Der Frachtberechtigte darf sich auf innere Dienstvorschriften der Eisenbahn berufen. Verstöße der Eisenbahnbediensteten gegen solche innere Dienstvorschriften stellen ein Verschulden dar, für welches die Eisenbahn nach § 5 haftet (aM. die herrschende Ansicht).

§ 6.

1. RG. 5. 10. 15, LeipzZ. 16, 59. Der Absender hat Anspruch auf Anwendung des direkten Tarifs, auch wenn er bei Eilgütern den Beförderungsweg in Abweichung der inneren Leitungsvorschriften vorgeschrieben hat. Die Wegevorschrift des Absenders berechtigt die Eisenbahn nicht zur gebrochenen Abfertigung.

2. Hamburg 1. 7. 14, OLG. 16, 183. Auslegung des Tarifs für Ausfuhrgüter. Ausfuhrgüter sind nur solche, welche in das Zollausland befördert werden und dort verbleiben. Güter, welche in einem Freihafen (Zollausland) sind, aber von dort nach Bedarf wieder zurück in das Zollinland gebracht werden, sind keine Ausfuhrgüter.

3. Vgl. auch § 60.

§ 30.

LG. I Berlin 13. 12. 15 (Aktenz. 25. S. 28. 15). Der Frachtvertrag in Ansehung des Reisegepäcks kommt erst zustande, wenn ein Bediensteter der Bahn das Gut zur Beförderung annimmt. Die Angestellten der Schlafwagengesellschaft, die das Gepäck aus der Wohnung des Reisenden abholen, sind nicht Leute der Eisenbahn im Sinne des § 5. Die Bahn hat die Schlafwagengesellschaft zwar ermächtigt, den Gepäckschein namens der Eisenbahn auszustellen, aber die Bahn hat ihre Haftung dadurch nicht erweitern wollen. Die Schlafwagengesellschaft übernimmt das Gepäck in der Wohnung des Reisenden, aber die Eisenbahn übernimmt es erst, nachdem die Gesellschaft es einem Bediensteten der Bahn übergeben hat. Mit der letzteren Übergabe beginnt erst die frachtrechtliche Haftung der Eisenbahn.

§ 36.

ÖOG. 17. 11. 14, EisenbE. 32, 298, ZolluSpedZ. 15, 4. Wenn die Eisenbahn das Reisegepäck rechtzeitig an das Zollamt abgeliefert hat, so ruht der Lauf der Lieferfrist so lange, als die zollamtliche Abfertigung des Gepäcks nicht beendet ist. Für die Handlungen der Zollorgane ist die Eisenbahn nicht verantwortlich.

§ 58.

Königsberg 2. 6. 16, PosMSchr. 16, 67. Die Eisenbahn haftet nicht für Schäden, die infolge falscher Gewichtsfeststellungen auf der Bahnwage entstehen. Vgl. hierzu die Bemerkungen zu Art. 7 JÜ. Nr. 1.

§ 60.

Rostock 22. 10. 14, OLG. 32, 179. Die Ermäßigung für Zugtiere gilt nicht für die Versendung von Pferden, welche erst der Remontekommission zum Ankauf angeboten werden und nach Ablehnung derselben zu Zugzwecken Verwendung finden sollen. In einem solchen Falle ist die Inanspruchnahme der Ermäßigung widerrechtlich im Sinne des § 20 der unter B des Tiertarifs Teil I enthaltenen allgemeinen Tarifvorschriften. Der Ausdruck widerrechtlich ist in einem objektiven Sinne zu verstehen.

§ 61.

LG. I Berlin 14. 10. 15, SSZ. 16, 9. Wenn eine Wagenladung von dem Ankunftsbahnhofe mit neuem Frachtbriefe weitergeschickt werden soll, ist eine besondere Übergabe des Frachtguts an die Eisenbahn in der Regel nicht erforderlich. Wenn aber das Gut ausgeladen wird, z. B. zum Zwecke der Zollbehandlung, so hat der Absender dafür zu sorgen, daß das Gut mit richtigem Frachtbriefe der Eisenbahn übergeben wird. Sonst kommt ein Frachtvertrag nicht zustande.

§§ 61, 63.

Wagenstellung. 1. Dresden 22. 6. 10, SSZ. 16, 137. Der Frachtvertrag über ganze Wagenladungen kommt erst nach der Beladung zustande. Aber die Vorbereitungen der Beförderung stehen nicht außerhalb eines Vertragsverhältnisses. Mit der Wagenstellung übernimmt die Eisenbahn die Verpflichtung, das Ladegleis und den Wagen usw. in zweckentsprechender Weise zu gewähren.

2. Naumburg 7. 10. 12, SSZ. 16, 137. Durch die Bestellung des Wagens und dessen Bereitstellung entsteht ein Vertragsverhältnis zwischen der Eisenbahn und dem Absender.

3. Über das Rechtsverhältnis beim Ausladen der Wagenladungen vgl. § 76.

§ 70.

1. Budapester HuW. — Gerichtshof 30. 4. 15, EisenbE. 32, 425. Der Freivermerk des Absenders hindert die Eisenbahn nicht, eine infolge irriger Frachtberechnung entstandene Nachfracht vom Empfänger gegen Auslieferung des Frachtguts einzuziehen. Die Eisenbahn hat dieses Recht auf Grund ihres Frachtführerpfandrechts. § 70 bezieht sich nur auf solche Nachfrachten, welche erst nach Auslieferung des Gutes entdeckt und berechnet werden.

2. Die Frachtnachforderung. SSZ. 16, 106. Durch Falschberechnung der Frachtforderung macht sich die Eisenbahn, wenn sie fahrlässig gehandelt hat, dem Empfänger oder Absender des Gutes schadensersatzpflichtig. Diese Schadensersatzforderung ist unabhängig von dem Berichtigungsanspruche der Eisenbahn, d. h. dem Anspruch auf Nachzahlung der irrtümlich zu wenig berechneten Fracht. Der Frachtberechtigte kann gegenüber der Frachtnachforderung mit seinem Entschädigungsanspruch aufrechnen (vgl. Rosenthal, Internationales Eisenbahnfrachtrecht 109, Eger, JÜ. 222 und Senckpiehl, Eisenbahntransportgeschäft 268, aM. Gerstner 223).

§ 71.

1. Senckpiehl, Verlängerung der Verjährungsfristen, SSZ. 16, 146. Die BRVO. v. 4. Novbr. 1915 über die Verlängerung der Verjährungsfristen (RGBl. 732) bezieht sich auch auf Ansprüche auf Nachzahlung zu wenig berechneter und auf Rückforderung der zuviel bezahlten Frachtbeträge. Teilweise abweichend Richter, EisenbVereinsZ. 16, 333. Zustimmend Barth, SSZ. 16, 201.

2. BezG. für Handelssachen Prag 13. 11. 15, EisenbE. 32, 436. Die Forderung einer Gebühr für die Bedeckung offener Wagen mit Bahndecken ist eine Forderung aus dem Frachtvertrag, und zwar auch dann, wenn der Absender einen Anspruch auf Lieferung von Bahndecken nicht hat. Die Forderung wegen der Deckenmietgebühr verjährt daher in einem Jahre nach Maßgabe des § 71.

3. Vgl. auch Reindl, Haftung der Eisenbahn für schadhafte Wagendecken unter Ziff. I 5 zu § 86.

§ 72.

1. Vgl. die Rechtsprechung und das Schrifttum zum Rechte der Nachnahme unter § 407.

2. Budapester HuW. — Gerichtshof 21. 4. 15, EisenbE. 32, 425. Die Eisenbahn darf eine im Frachtbriefe nicht angegebene, sondern erst nachträglich vorgeschriebene Nachnahme vom Empfänger nicht mehr einfordern, wenn das Gut dem Empfänger bereits ohne Nachnahme ausgeliefert worden ist.

§ 75.

1. **RG.** 22. 10. 15, HoldheimsMSchr. 16, 47, LeipzZ. 16, 307. Eine Verkehrsstockung infolge großen Verkehrsandranges ist keine Betriebsstörung im Sinne des § 75 Abs. 7. Letztere liegt nur vor, wenn die vorhandenen Betriebsmittel in ihrem technischen Gebrauche behindert und so der Betrieb durch äußere Einwirkungen unmöglich gemacht wird. Gegen die Nachteile der Verkehrsstockung ist die Eisenbahn durch §§ 75 (3), 80 (8), 63 (1) und 81 EisenbVerkO. geschützt.

2. München 29. 12. 15, OLG. 32, 180, SeuffA. 71, 197. Die Eisenbahn darf innerhalb der Lieferfrist nicht willkürlich mit dem Gute verfahren und dessen Ablieferung auch dann verweigern, wenn sie keinerlei Gründe dafür anführen kann. Auch für sie als Frachtführerin gelten die §§ 133, 157, 226, 242, 326 BGB., 347 HGB. Sie darf sich deshalb nicht auf die Vorschrift über die Lieferfrist in solchen Fällen berufen, für die jene Vorschrift offensichtlich nicht bestimmt ist, z. B. für saumselige Behandlung leicht verderblicher Güter; oder für willkürliche Verweigerung des abgabereifen Frachtguts gegenüber dem mit den stationsbediensteten Beamten verfeindeten Empfängern. Wenn aber die Eisenbahn wegen eines auch nur vermeinten Frachtforderungsrechts das Gut zurückbehält, so kann von einer Willkür nicht gesprochen werden.

3. **RG.** 16. 10. 14, EisenbE. 32, 297, R. 15 Nr. 641. Zuschlagsfristen, die durch außergewöhnliche Verkehrsverhältnisse eingeführt werden, treten nicht vor der Veröffentlichung in Kraft und gelten auch nach der Veröffentlichung nicht für solche Frachtverträge, die vor der Veröffentlichung abgeschlossen worden sind.

4. Vgl. auch § 36 EisenbVerkO.

§ 76.

1. **RG.** 1. 2. 16, HoldheimsMSchr. 16, 154, LeipzZ. 16, 818. Das Rechtsverhältnis zwischen der Eisenbahn und dem Empfänger bezüglich eines zum Ausladen bereitgestellten Eisenbahnwagens ist nicht ein rein frachtrechtliches. Denn der Empfänger tritt durch Annahme des Gutes und des Frachtbriefs nicht in den Frachtvertrag ein. Seine Rechte und Pflichten entspringen kraft Gesetzes (**RG.** 71, 344; 73, 148). Aus der schuldrechtlichen Natur dieses Rechtsverhältnisses folgt die Verpflichtung der Eisenbahn, alles zu tun, um dem Empfänger das Ausladen in ordnungsmäßiger Weise zu ermöglichen, und andererseits die Verpflichtung des Empfängers, beim Ausladen die zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung erlassenen Vorschriften zu beachten und die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden (§§ 276, 278 BGB.).

2. **RG.** 15. 5. 16, LeipzZ. 16, 1245, WarnE. 16, 417. Güter, welche die Eisenbahn auszuladen hat, sind dem Empfänger auf dem Güterboden oder auf einem ordnungsmäßigen Entladeplatze zur Verfügung zu stellen. Zu und von dem Güterboden oder Entladeplatze hat die Eisenbahn ihm verkehrssichere Zu- und Abgangswege zu gewähren (**RG.** 73, 148). Der Empfänger kann sich auf eine Vertragsverletzung jedoch dann nicht berufen, wenn er den Mangel der Vertragsleistung gekannt und sie dennoch hingenommen hat (arg. §§ 460, 539, 640, 694).

§ 79.

1. LG. I Berlin 13. 1. 16, SeuffBl. 16, 290. Eine Sendung Fleisch ist noch rechtzeitig innerhalb der Lieferfrist des § 75 am Bestimmungsort angekommen, aber nicht innerhalb der im § 79 vorgeschriebenen Frist dem Empfänger gemeldet worden. Die Eisenbahn ist auf Grund der §§ 276 BGB. und 5 EisenbVerkO. für schadensersatzpflichtig erklärt worden,

weil die verspätete Meldung auf einem Verschulden der Eisenbahn beruht. Die Höhe des Schadens richtet sich nach den §§ 84, 86, 88 ff. EisenbVerkO., weil die verspätete Meldung ein Verschulden im Sinne des § 86 Abs. 3 EisenbVerkO. darstellt.

2. LG. I Berlin 6./8. 11. 15, SSZ. 16, 281. Die Eisenbahn hat für den Schaden, welcher durch eine verspätete, d. h. nicht innerhalb der Frist des § 79 EisenbVerkO. erfolgende Ankunftsbenachrichtigung entsteht, nach Maßgabe der §§ 276 BGB. und 5 EisenbVerkO. einzustehen.

§ 81.

OOG. 7. 11. 11, EisenbE. 32, 198, SSZ. 15, 299, und Appellhof Dijon 3. 1. 13, EisenbE. 32, 199, SSZ. 15, 298. Der Empfänger verweigert die Annahme des Frachtbriefs ohne Grund, wenn er die Weigerung nur darauf stützt, daß die Fracht falsch berechnet ist. Darum hat der Empfänger die durch die Weigerung entstehenden Lagerkosten zu bezahlen. (Auf das Bedenkliche dieser Entscheidung ist in der SSZ. an den angegebenen Stellen aufmerksam gemacht.)

§ 82.

Sendpiehl, Das Fehlen von Stücken in Wagenladungen, SSZ. 16, 241. Die Eisenbahn ist zur Feststellung des Tatbestandes verpflichtet, auch wenn der Antrag nach Empfangnahme und sogar nach Beendigung der Ausladung der ganzen Wagenladung gestellt wird.

§ 84.

1. Epstein, Haftung der Bahn für Transportgut zur Kriegszeit, HoldheimsMSchr. 16, 64. Der Krieg an sich begründet nicht die Einrede der höheren Gewalt. Die Eisenbahn hat zur Begründung dieser Einrede konkrete Tatsachen dafür nachzuweisen, daß ihr die Erfüllung der Transportpflicht infolge des Krieges tatsächlich unmöglich geworden ist.

2. Vgl. München 29. 12. 15 unter § 75.

3. Posen III. 31. 10. 16, PosMSchr. 16, 97. Zur Begründung des Einwandes der höheren Gewalt bedarf es des Nachweises eines von außen kommenden Ereignisses, dessen Eintritt nicht vorhersehbar und bei Anwendung größter Vorsicht im Betriebe nicht mit den üblichen Maßregeln abzuwenden war. Hier liegt nur plötzliche Steigerung des Betriebs vor; soweit die Gepäckbeförderung erledigt wurde, mußte sie ordnungsmäßig geschehen. Das Fehlen eines Verschuldens der in Betracht kommenden Beamten reicht zur Annahme höherer Gewalt nicht aus.

§ 86.

I. Abs. 1 Ziff. 1. 1. LG. I Berlin 25. 2. 15, EisenbE. 32, 423, SSZ. 16, 105. Zu den mit der Beförderung in offenen Wagen verbundenen Gefahren gehört der Funkenflug. Die Einreihung eines Wagens mit leicht feuerfangenden Waren an vierter Stelle hinter der Lokomotive ist keine Einreihung in unmittelbarer Nähe derselben und daher durch § 56 (3) der Eisenbahn- und Betriebsordnung nicht verboten.

2. HG. Prag 16. 11. 14, EisenbE. 32. 212. Das Unterlassen bestimmter technischer Vorkehrungen zur Verhütung des Funkenflugs kann noch nicht als ein Verschulden der Eisenbahn angesehen werden.

3. LG. I Berlin 25. 2. 15, SSZ. 16, 105 (Aufhebung des Urteils AG. Berlin-Mitte 28. 11. 14). Funkenflug gehört zu den mit der Verladung in offenen Wagen verbundenen Gefahren. Es ist unerheblich, ob die Funken aus der Maschine des Zuges oder aus einer vorüberfahrenden Maschine kommen.

4. Schadhafte Wagendecken. LG. I Berlin 23. 11. 14, SSZ. 16, 10. Sind die Wagendecken, welche die Eisenbahn mietweise überlassen hat, schadhaft und ist dadurch ein Schaden am Frachtgute mitverursacht, so ist der Schaden nach § 254 BGB. auf beide Parteien zu verteilen.

5. Reindl, Haftung der Eisenbahn für schadhafte Wagendecken, EisenbE. 32, 349. Die Hingabe von Bahndecken zum Bedecken der offenen Ladungen ist kein selbständiger Mietvertrag; auch kein unselbständiger Nebenvertrag zum Frachtvertrage, sondern nur ein

Teil des Frachtvertrags. Die Hingabe der Bahndecken ist lediglich nach Frachtrecht zu beurteilen, insbesondere nach § 86 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 EisenbVerkO. Auch § 254 BGB. findet Anwendung.

6. Vgl. BezG. für Handelssachen Prag 13. 11. 15 bei § 71.

7. Lademaß. LG. I Berlin 1. 11. 15, SSZ. 16, 41. Für die Schäden, welche am Frachtgut infolge der Überschreitung des Lademaßes entstehen, haftet die Eisenbahn wenigstens zur Hälfte, wenn die Bediensteten der Bahn die Nachprüfung des Lademaßes versprochen haben.

8. KG. 6. 5. 16, SSZ. 16, 226. Die Diebstahlsgefahr ist ein mit der Verladung in offenen Wagen verbundene Gefahr. Zwei überzählige Ersatzräder, welche an einem Kraftwagen angeschnallt sind, sind keine ganzen Stücke im Sinne des § 86 Ziff. 1 Zusatz.

9. AG. Berlin-Mitte 18. 11. 15. Die Diebstahlsgefahr gehört zu den mit der Verladung in offenen Wagen verbundenen Gefahren. Dieses Urteil ist durch das LG. I Berlin 14. 2. 16 (SSZ. 16, 82) aufgehoben worden (vgl. Nr. 10).

10. LG. I. Berlin 14. 2. 16, SSZ. 16, 82. Die Diebstahlsgefahr gehört allgemein nicht zu den mit der Verladung in offenen Wagen verbundenen Gefahren, sondern nur in den Fällen, in denen nach den konkreten Umständen ein Abhandenkommen durch Diebstahl durch die Verladungsart besonders erleichtert wird; z. B. bei einer Verladung von Obst und Kartoffeln lose und ohne Bedeckung. Ist aber das Frachtgut in Kisten verpackt auf einen Eisenbahnwagen gesetzt und sind die Kisten mit einem Plane bedeckt, dann stellt die Beraubung der Kisten nicht eine mit der Verladung in offenen Wagen verbundene Gefahr dar.

11. BezG. für Handelssachen Wien 10. 7. 15, EisenbE. 32, 430. Bei einer Wagenladung Weizen in Säcken ist jeder Sack ein ganzes Stück im Sinne des § 86 Ziff. 1. Die Eisenbahn haftet für den durch Diebstahl entstandenen Verlust von einzelnen Stücken aus einer offenen Wagenladung, da ein solcher Verlust nicht zu der mit der Verladung in offenen Wagen verbundenen Gefahr gehört.

12. Eckstein, Diebstahl aus offenen Waggons, EisenbE. 32, 249, vertritt eine mittlere Meinung. Er ist der Ansicht, daß, weil Diebstähle sowohl bei offenen wie bei geschlossenen Wagen vorkommen, aber in erhöhtem Maße bei den ersteren, mit Rücksicht auf diese Erhöhung der normalen Gefahr die Esenbahn etwa auf die Hälfte (eher mehr als weniger) zu haften hätte.

II. Abs. 1 Ziff. 3. Selbstverladung. 1. OOG. 21. 10. 14, EisenbE. 32, 208, SSZ. 16, 66, ZJE. 15, 103. Der selbstverladende Absender hat keinen Ersatzanspruch gegen die Eisenbahn, wenn sie ihm durchnäßte Wagen zur Verladung stellt und der Absender es unterläßt, die Wagen vor der Verladung zu prüfen. Senckpiehl bemerkt SSZ. 16, 66 dazu, daß im Falle anderer Mängel der von der Eisenbahn gestellten Wagen regelmäßig ein Verschulden der Eisenbahn im Sinne des § 86 Abs. 3 oder ein mitwirkendes Verschulden der Eisenbahn anzunehmen sei, so daß § 254 BGB. anzuwenden ist (vgl. im übrigen Art. 31 Ziff. 3 JÜ.).

2. OOG. 28. 9. 15, EisenbE. 32, 440. Die Stellung eines Wagens ohne Puffer zur Beladung eines Möbelwagens ist unsachgemäß, weil infolge der Erschütterungen, die durch den Mangel der Puffer heftiger auf die Möbel einwirken, die normale Gefährdung erheblich vergrößert wird. Die Handlungsweise der Eisenbahn stellte sich jedoch nur als ein leichtes Versehen, nicht als grobe Fahrlässigkeit im Sinne des § 95 EisenbVerkO. dar.

3. Hamburg 27. 11. 15, SeuffA. 71, 196. Der Frachtberechtigte hat die Beweislast dafür, daß die Beschädigung der Kiste Glas nicht durch die Art des Aufladens oder durch mangelhafte Verpackung entstanden ist. Dieser Beweis ist von beiden Instanzen als geführt angesehen, weil der Frachtberechtigte die Verladungsvorschriften der Eisenbahn in allen Punkten befolgt hat, und die Eisenbahn die Ladung als ordnungsmäßig abgenommen hat. Durch diesen Beweis ist die Vermutung des § 86 Abs. 2 EisenbVerkO. ausgeräumt. Kann sodann die Eisenbahn die Schadensursache nicht aufklären, so ist sie ersatzpflichtig.

III. Abs. 1 Ziff. 4. Reindl, Haftung der Eisenbahn bei einer durch Transportverzögerung verursachten Minderung oder Beschädigung leicht verderblicher Güter, SSZ. 16, 355 vgl. unten Ziff. 1 zu § 94.

§ 88.

BezG. für Handelssachen Wien 21. 12. 14, ZJE. 16, 116. Wenn ein Gut bei der Beförderung beschädigt ist oder teilweisen Verlust erlitten hat, so ist außer Schadensersatz noch immer ein entsprechender Teil der Frachtkosten zu erstatten.

§ 94.

1. Reindl, SSZ. 16, 355. Liefert die Eisenbahn ein leicht verderbliches Gut unter Lieferfristüberschreitung ab, so kann der Schadensersatzanspruch gegen die Eisenbahn nicht bloß auf § 94, sondern auch auf §§ 84, 86 gestützt werden. Die Lieferfristüberschreitung an sich ist ein Verschulden der Eisenbahn im Sinne des § 86 Abs. 3. In den Ausnahmefällen, in denen sich die Lieferfristüberschreitung nicht als ein Verschulden darstellt, ist es Sache der Eisenbahn, dies nachzuweisen. Ist die leicht verderbliche Ware gerade infolge der verspäteten Ablieferung verdorben, so kann also der Ersatzanspruch auch auf § 86 gestützt werden.

2. LG. I Berlin 6./8. 11. 15, SSZ. 15, 403. Nachdem durch die Bek. des Reichseisenbahnamts vom 10. August 1914 (RGBl. 368) die Lieferfristen aufgehoben sind, hat die Eisenbahn die Beförderung innerhalb einer angemessenen Frist nach Maßgabe des § 428 HGB. zu bewirken.

§ 95.

1. KG. 10. 12. 13, SSZ. 16, 382. Die Eisenbahn handelt grob fahrlässig, wenn sie bei der Auslieferung an die Empfänger zwei Kisten verwechselt und nach der Entdeckung der Verwechselung es den Empfängern überläßt, die Kisten auszutauschen. Sie hätte nach der Entdeckung der Verwechselung alles daran setzen müssen, das Versehen wieder gutzumachen, insbesondere den Austausch selbst vornehmen müssen.

2. ÖOG. 28. 9. 15, EisenbE. 32, 440. Die Stellung eines Wagens ohne Puffer zur Beladung mit einem Möbelwagen ist leichtes, nicht grobes Versehen (vgl. auch § 86 Abs. 1 Ziff. 3 Nr. 2).

§ 97.

1. ÖOG. 3. 2. 15, ZJE. 16, 32. Wird das Frachtgut von der Bestimmungsstation aus mit neuem Frachtbriefe weiter gesendet, so liegt ein neuer Frachtvertrag vor, auch wenn das Gut aus dem Wagen nicht ausgeladen worden ist. Infolgedessen findet auf den ersten Frachtvertrag § 97 Anwendung, und die Eisenbahn haftet unter den Voraussetzungen dieses Paragraphen nicht für ein Mindergewicht, welches erwiesenermaßen auf der ersten Beförderungsstrecke entstanden ist.

2. Posen III. 31. 10. 16, PosMSchr. 16, 97. § 97 EisenbVerkO. bezieht sich nicht auf das Abhandenkommen eines ganzen Gepäckstücks.

Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr.

Art. 5.

LG. I Berlin 13. 1. 16, SSZ. 16, 122. Ist der Frachtvertrag nicht erfüllt, so hat die Eisenbahn den Sachverhalt aufzuklären (§§ 675, 666 HGB.). Der Krieg und die Inanspruchnahme der Eisenbahnen seitens der Militärbehörde ist als höhere Gewalt zu betrachten. Bei dem Massenbetrieb der Eisenbahn ist zwar jede Sendung mit der ihr entsprechenden Sorgfalt zu behandeln, aber im übrigen sind ihre Pflichten für alle Sendungen gleichmäßig festgesetzt; insbesondere hat die Eisenbahn dem Absender nur in den Fällen des Art. 18 Nachricht zu geben.

Art. 7.

1. München 8. 4. 14, EisenbE. 32, 296, SSZ. 15, 362. Die Eisenbahn haftet nicht für Versehen bei der Verwägung des Gutes, weil die Verwägung vor der Annahme des Frachtguts liegt, und die Eisenbahn nach Art. 30 nur von der Zeit der Annahme des Gutes zur Beförderung an haftet; die Verwägung gehöre nicht zur Ausführung des Transports. ➜ Aus dieser Begründung ist nicht zu ersehen, ob es sich um Stückgut oder Wagenladung handelt und ob das Verwägen gegen eine Gebühr erfolgte oder nicht. Es besteht darüber

Übereinstimmung, daß die Eisenbahn für ein aus eigenem Entschluß erfolgtes und unentgeltliches Verwägen keine Haftung für die Richtigkeit der Verwägung nach den Grundsätzen des Werkvertrags übernimmt, weil diese Gewichtsfeststellung lediglich als Grundlage der Frachtberechnung dienen soll. Wenn aber die Eisenbahn gegen Entgelt verwägt, wird eine Haftung der Eisenbahn aus Werkvertrag angenommen; vgl. Senckpiehl, Eisenbahntransportgeschäft 266 und oben bei § 58 EisenbVerkO. ↔ Red.

2. **RG.** 13. 4. 15, EisenbE. 32, 312. Der Frachtzuschlag ist verwirkt, wenn der Absender zwar das Frachtgut richtig bezeichnet, aber irreführende Zusätze gemacht hat, um eine günstigere Tarifstelle zu erreichen. (Vgl. JDR. 14, 512.)

3. KassHof Rom 12. 6. 15, ZIE. 16, 11. Wird der Inhalt des Gutes unrichtig angegeben, so ist ein Frachtzuschlag nur zu erheben, wenn die Güter verpackt aufgeliefert waren. Bei unverpackten Gütern darf die Eisenbahn trotz unrichtiger Inhaltsangabe keinen Frachtzuschlag erheben, weil der Abs. 4 des Art. 7 den Frachtzuschlag nur für die Fälle des Abs. 2 androht und dieser Absatz sich seinem Inhalte nach nur auf verpackte Güter erstrecken kann. — Diese Ansicht steht mit der deutschen Praxis in Widerspruch. Elias, ZIE. 16, 49, bekämpft das obige Urteil und zeigt, zu welchen unhaltbaren Ergebnissen die Meinung des Kassationshofs Rom führen würde.

Art. 8.

LG. Straßburg 18. 10. 15, ZIE. 16, 140. Die Eisenbahn darf auf die im Frachtbrief enthaltene Inhaltsangabe vertrauen, darf also die als Mostobst angegebenen Tafeläpfel mit der Schaufel umladen, obwohl Tafeläpfel sonst eine derartige Umladungsart nicht vertragen. Für den durch diese Verladungsart entstandenen Schaden ist die Eisenbahn in diesem Falle nicht haftbar.

Art. 24.

LG. I Berlin 23. 2. 14, EisenbE. 32, 202. Die Ablieferungsstation hat den Absender von einem Ablieferungshindernis in Kenntnis zu setzen und seine Anweisungen einzuholen. Durch Falschadressierung des Benachrichtigungsschreibens wird dieser Verpflichtung nicht genügt.

Art. 26.

1. Prätur Turin 10. 12. 15, ZIE. 16, 211. Im Falle eines Totalverlustes ist nur der Absender klageberechtigt.

2. KassHof Paris 16. 12. 14, ZIE. 15, 189. Der Bevollmächtigte des Empfängers, auch wenn er den Frachtbrief und das Frachtgut angenommen und die Fracht bezahlt hat, ist zur Klage im eigenen Namen gegen die Eisenbahn nicht befugt.

3. KassHof Paris 19. 10. 15, ZIE. 16, 63. Nachdem vom Empfänger das Gut und der Frachtbrief angenommen ist, ist der Absender nicht mehr klageberechtigt. Es ist unerheblich, ob die Fracht im voraus bezahlt war oder vom Empfänger eingezogen wurde.

Art. 27.

1. LG. I Berlin, SSZ. 16, 397. Auch für die Rückforderung der zuviel gezahlten Fracht und des Frachtzuschlags sind die in Art. 27 genannten Bahnen zuständig. Art. 27 bezieht sich nicht bloß auf Entschädigungsansprüche, sondern auf alle Ansprüche aus dem Frachtvertrage.

2. KassHof Paris 4. 2. 14, EisenbE. 32, 201. Die Empfangsbahn haftet nur, wenn nachgewiesen wird, daß sie das Gut übernommen hat.

Art. 30.

ÖOG. Wien 23. 11. 15, ZIE. 16, 165. Kinematographische Films sind weder als Kostbarkeiten noch als Kunstgegenstände im Sinne des § 1 (2) 2 AusfBest. anzusehen.

Art. 31.

1. Ziff. 3. Gerichtshof Mailand 10. 7. 15, ZIE. 16, 183. Der Absender, welcher das Frachtgut selbst in den Eisenbahnwagen verlädt, hat den Wagen auf seine Brauchbarkeit

zu prüfen. Er kann für Mängel eines solchen Wagens (es drang das Regenwasser durch die Tür des Wagens) nicht die Eisenbahn haftbar machen (vgl. im übrigen bei § 86 EisenbVerkO. unter II).

II. Ziff. 4. 1. KassHof Paris 21. 3. 16, ZJE. 16, 179. Ölfässer laufen bei Hitze aus. Die Eisenbahn haftet deshalb für derartiges Auslaufen nicht.

2. Reindl, Haftung der Eisenbahn bei einer durch Transportverzögerung verursachten Minderung oder Beschädigung leicht verderblicher Güter, SSZ. 16, 335. Vgl. oben Nr. 1 zu § 94 EisenbVerkO.

III. Ziff. 5. KassHof Paris 30. 3. 15, EisenbE. 32, 311, ZJE. 15, 124. Tiere, welchen der Absender keinen Begleiter beigegeben hat, braucht die Eisenbahn weder zu füttern noch zu tränken.

Art. 40.

1. Reindl, ZJE. 16, 105, führt aus, daß auch bei Interessedeklaration der Entschädigungsbetrag niemals hinter der ohne Interessedeklaration — sei es mit oder ohne Schadensnachweis — zu zahlenden Frachtvergütung zurückbleiben dürfe; dieser Rechtszustand ist aber erst durch die dem Abs. 4 des Art. 40 in der Berner Revisionskonferenz gegebene Fassung geschaffen worden. Die Fassung des Satzes 3 des Abs. 4 bringt diesen Rechtssatz nur unvollständig zum Ausdruck, indem der Wortlaut nur die Fälle des Schadensnachweises nach Abs. 2 des Art. 40 erwähnt. Entstehungsgeschichte, Absicht des Gesetzgebers und Zweck der Bestimmung rechtfertigen aber eine ausdehnende Auslegung in dem Sinne, daß auch die Fälle ohne Schadensnachweis nach Abs. 1 des Art. 40 einzubeziehen sind.

2. Reindl, Haftung der Eisenbahn bei einer durch Transportverzögerung verursachten Minderung oder Beschädigung leicht verderblicher Güter, SSZ. 16, 355. Vgl. oben Nr. 1 zu § 94 EisenbVerkO.

Art. 41.

1. Königsberg 14. 12. 15, PosMSchr. 16, 30. Die Vorschrift des Art. 41 regelt nicht bloß die Höhe des Schadensersatzes, sondern bildet einen selbständigen Verpflichtungsgrund für die Schadensersatzpflicht der Eisenbahn. Die Eisenbahn hat im vorliegenden Falle grob fahrlässig die Verpflichtung aus Art. 24, den Absender von dem Ablieferungshindernisse zu verständigen, verletzt, und das OLG. hat die Eisenbahn deswegen auf Grund der Artt. 27, 41 für voll schadensersatzpflichtig erklärt. ➠ Nach der jetzt als herrschend anzusehenden Meinung bildet Art. 41 keinen selbständigen Verpflichtungsgrund, sondern regelt nur die Höhe des Schadensersatzes (vgl. unten Nr. 2). Der Begründung des OLG. wird man daher nicht zustimmen können. Die Entscheidung ist aber im Ergebnisse doch zutreffend, denn die Haftung der Eisenbahn für den vollen Schaden ergibt sich aus der allgemeinen Schadensersatzpflicht, die der Eisenbahn aus Art. 26 JÜ. in Verbindung mit den §§ 276, 278 BGB., Art. 29 JÜ. obliegt. ⟵ Red.

2. München 12. 2. 15, OLG. 32, 185. Art. 41 führt keinen besonderen Haftungsgrund für die Eisenbahn ein, sondern regelt nur den Umfang der Haftung (so auch Zweibrücken 20. 4. 14; vgl. JDR. 14, 519).

3. ÖOG. 26. 1. 15, EisenbE. 32, 306, ZJE. 15, 70. Die Trennung von Gut und Frachtbrief ist nicht ohne weiteres ein grobes Verschulden der Eisenbahn.

Viertes Buch. Seehandel.

Vorbemerkung: Der deutsche Seeverkehr ruht. Daher ist das Berichtsjahr arm an seerechtlicher Ausbeute. Um so reichhaltiger sind die durch den Krieg veranlaßten Entscheidungen auf seeversicherungsrechtlichem Gebiete.

Zweiter Abschnitt. Reeder und Reederei.

§ 485.

Verhältnis zu § 831 BGB. (vgl. JDR. 12, 587; 14, 520). 1. Hamburg 14. 1. 16, LeipzZ. 16, 488. Neben der Haftung aus § 485 HGB. besteht keine besondere Haftung

nach § 831 BGB. Die Haftung des Reeders für Schaden, den ein Dritter durch Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung erlitten hat, ist durch das HGB. in solcher Weise geregelt, daß neben dieser Haftung für eine Haftung nach § 831 BGB. kein Raum ist. Der Grundsatz des § 486 HGB. wäre durchbrochen, wenn der Beschädigte berechtigt wäre, den Reeder auch nach § 831 BGB. in Anspruch zu nehmen.

2. *Schaps, LeipzZ. 16, 488, bekämpft obige Darlegungen. Sie verkennen, daß § 485 HGB., wie § 3 BinnenSchG., eine Sondervorschrift des Schiffahrtsrechts ist, deren Rechtsgrundlage von der des § 831 BGB. völlig verschieden ist und deren Anwendungsgebiet sich mit dem des § 831 nicht deckt. § 485 HGB. verlangt ein Verschulden des Besatzungsmitglieds, § 831 BGB. nur eine widerrechtliche Handlung der zu einer Verrichtung bestellten Hilfsperson; nach § 485 kommt es auf eigenes Verschulden des Reeders nicht an, § 831 dagegen setzt eine Haftung fest für vermutetes eigenes Verschulden des Geschäftsherrn; nach § 485 endlich hat der Beschädigte die Beweislast für das Verschulden des Besatzungsmitglieds, dem Reeder ist ein Entlastungsbeweis, gerichtet auf Sorgfalt in der Auswahl, nicht verstattet, nach § 831 dagegen wird die Schuld des Geschäftsherrn vermutet, aber er kann sich frei machen durch gewisse Entlastungsbeweise. Diese Verschiedenheiten beweisen, daß § 485 HGB. die Anwendbarkeit von § 831 BGB. nicht ausschließen kann. Es handelt sich um verschieden geartete Ansprüche, die eine Parallele überhaupt nicht zulassen, aber in den meisten Fällen miteinander konkurrieren (wird ausgeführt). Daß im Falle des § 831 die Haftung des Reeders nicht auf Schiff und Fracht beschränkt ist, bedeutet keine Besonderheit; für eigenes Verschulden haftet der Reeder stets persönlich. Von der Durchbrechung eines seerechtlichen Grundsatzes ist also keine Rede.

3. Hamburg 10. 3. 16, LeipzZ. 16, 1060. Das Gericht erachtet, abweichend von den im Teilurteile vom 14. Januar 1916 (oben 1) enthaltenen Erwägungen, die Ansprüche aus § 831 BGB. nicht für ausgeschlossen, falls die Voraussetzungen von § 485 HGB vorliegen.

§ 486.

1. Buch, Schuld und Haftung im geltenden Rechte 52, nimmt in den Fällen des § 486 das Vorliegen einer persönlichen Schuld des Reeders an, für die die Haftung auf das Schiffsvermögen beschränkt ist (anders für die Fälle der §§ 679, 700, 751, s. unten Ziff. 3 zu § 754).

2. Schloemer, Leistungspflicht des Haftpflichtversicherers bei beschränkter Haftung des Versicherungsnehmers, LeipzZ. 16, 657. Wo nach dem HGB. oder BinnenSchG. die Haftung des Schiffseigners auf Schiff und Ladung beschränkt ist (sic!), hat auch der Versicherer nicht über den Wert des Schiffes und der Ladung (sic!) hinaus Ersatz zu leisten. An sich besteht auch in diesen Fällen der Haftungsbeschränkung die Forderung des Dritten in voller Höhe, sie belastet an sich Schiff und Fracht im ganzen Umfange. Nichtsdestoweniger erleidet der Dritte hinsichtlich des die Haftungsobjekte überragenden Teiles seiner Forderung einen Ausfall, weil eben der Umfang der Haftung des Inanspruchgenommenen gesetzlich in bestimmter Höhe festgelegt ist.

§ 489.

Francke, Die nicht-rechtsfähige Prozeßpartei, AZivPr. 114, 353. Die Reederei ist nicht rechtsfähig, indes parteifähig.

§§ 510, 556.

Cohen, Der § 662 HGB. im modernen Charterverkehr (Leipziger Diss. 1916) 10 ff. In dem Augenblicke kann man nicht mehr von einem Ausrüsterverhältnisse reden, wo der Reeder seiner Verpflichtung nicht schon mit der bloßen Überlassung des Schiffes nebst Mannschaft Genüge getan hat. Hat er seinerseits noch in irgendeiner Form die Einwirkungsmöglichkeit oder gar Einwirkungsverpflichtung auf die Erfolgsherbeiführung, so liegt kein Miet-, sondern ein Frachtvertrag vor, dessen Wesenseigenheit der Erfolg ist. Diese Einwirkung seitens des Reeders liegt aber immer so lange vor, als der Kapitän nicht in allen Beziehungen den Anweisungen des Schiffsbenutzers unterstellt wird. Anderenfalls handelt es sich um keine reine Dienstverschaffung, sondern höchstens um die Verpflichtung des Reeders, seine

Dienstleute in gewissen Beziehungen dem Charterer dienstbar zu machen. Die Grenze ist flüssig. Man muß die Frage so stellen, ob der Schiffer den Anweisungen des Charterers auch dann zu folgen haben würde, wenn sie mit denen des Reeders kollidieren würden. Damit kommt man zu einer Entscheidungsmöglichkeit, ohne sich des künstlichen Mittelgebildes der „locatio conductio navis et operarum magistri" oder einer analogen Anwendung des § 662 bedienen zu müssen.

Dritter Abschnitt. Schiffer.

§ 514.

Seetüchtigkeit. S. zu § 559.

§ 527.

RG. 29. 4. 16; 88, 215. Nimmt der Kapitän außerhalb des Heimatshafens Rechtshandlungen zum Schutze des Schiffes vor, so handelt er im Rahmen seiner gesetzlichen Vertretungsmacht.

§ 536.

RG. 18. 11. 16, Hansa 16, 654, R. 17 Nr. 97. Der Schiffer handelt nicht schuldhaft, wenn er trotz gespannter politischer Lage einen Hafen verläßt, dann aber nach Kriegsausbruch einen von ihm für neutral gehaltenen Hafen anzulaufen sucht.

Vierter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

§ 556.

Abgrenzung zwischen Chartervertrag und Ausrüsterverhältnis: s. oben zu § 510.

Zusatz zu § 556.

Schleppvertrag. **RG.** 6. 10. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 21ff. Der Grundsatz, daß ein geschlepptes Seeschiff das Kommando des Schleppzugs habe, ist nicht absolut und für alle Fälle zutreffend: durch besondere Vereinbarungen kann die nautische Führung ausschließlich auf den Schlepper übergehen. Ist dem Kapitän die Annahme eines Lotsen freigestellt, so schließt das nicht aus, daß er sich der Führung des Schleppers anvertraut.

§ 559.

1. LG. Hamburg 19. 5. 13, HansGZ. 16 Hptbl. 61ff. a) Eine wegen veralteter Konstruktion mangelhafte Pumpenanlage kann ein Schiff relativ seeuntüchtig machen. Der Verfrachter haftet aber nicht, wenn er ohne Fahrlässigkeit von dem Fehler keine Kenntnis hatte, der auf der Konstruktion des Schiffes bei einer erstklassigen Werft beruht. b) Der Reeder haftet für durch schlechte Stauung und dadurch entstandene Rankheit verursachte Seeuntüchtigkeit des Schiffes.

2. Hamburg 20. 12. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 84, LeipzZ. 16, 705, SeuffA. 71, 203. a) Undichtigkeit eines Abflußrohrs, infolgederen Wasser in größeren Mengen in den Laderaum hinabfließen kann, bedeutet Seeuntüchtigkeit. b) Der Entlastungsbeweis des § 559 Abs. 2 ist in der Weise zu führen, daß der Verfrachter die Ursache der Nichtentdeckung des Mangels aufzuklären und in bezug auf den sich hieraus ergebenden Tatbestand darzutun hat, daß ihm und den Personen, für die er verantwortlich ist, ein Verschulden nicht zur Last fällt. ➤➤ Vgl. JDR. 7, 690. ◄◄ c) Freizeichnung von „den Folgen aus den mit der See- und Dampfschiffahrt verbundenen Gefahren", den „perils of the sea", schützt nicht vor der Haftung für Seeuntüchtigkeit. Ebensowenig die allgemeine Freizeichnung von „Verschulden der Besatzung"; denn Grundlage der Haftung aus § 559 ist nicht das Verschulden der Schiffsbesatzung, vielmehr eine frachtrechtliche Gewährleistung.

§§ 578, 579.

Mittelstein, LeipzZ. 16, 1220 ff. In den Fällen von §§ 578, 579 HGB., § 35 BinnenSchG. muß sich der Verfrachter auf die Vertragsfracht die durch etwaige Annahme von

Ersatzgut erzielte Fracht anrechnen lassen. Das fordert die Billigkeit und die Analogie von §§ 324, 552, 615, 616, 645 BGB. Aus § 587 Abs. 1 HGB. ist ein arg. a contrario nicht zu entnehmen, da es sich dort um Fautfracht handelt.

§ 582.

Mittelstein, Schadensersatz im Falle des § 582 HGB. und § 37 BinnenSchG., LeipzZ. 16, 1536 ff. Zu ersetzen ist nicht der Schaden, welcher dadurch entsteht, daß der Verfrachter am Wiederausladungsorte statt am Bestimmungsort auslädet, sondern der Schaden, der daraus entsteht, daß er nach dem Zurücktritt nicht sofort beliebig über das Schiff verfügen kann, sondern durch die Wiederausladung noch einige Zeit an ihrem Orte festgehalten wird. Gegen den Anspruch auf Ersatz dieses Schadens kann nicht aufgerechnet werden mit dem Vorteile, der dem Verfrachter aus der vorzeitigen Beendigung des Frachtvertrags erwächst. ➡ S. auch Hamburg 23. 3. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 203. ⬅

§ 606.

Hamburg 17. 12. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 64. Ist einer Freizeichnung von „latent defect in hull and machinery" die Einschränkung beigefügt „but nothing herein contained shall exempt the shipowner from liability to pay for damage to cargo occasioned by bad storage", so tritt im Falle schlechter Stauung und adäquaten Kausalzusammenhanges zwischen dieser und der Beschädigung die Haftung ein auch dann, wenn eine weitere, vielleicht zeitlich die letzte Ursache, in einem sonst nicht zu vertretenden Maßstabe, etwa einem latent defect of machinery, liegt.

§§ 606, 657.

Hamburg 20. 12. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 84, LeipzZ. 16, 705. 1. Freizeichnung von „Bruch" und „Leckage". Bruch ist ein Zerbrechen der Ladung, nicht eines Schiffsteils, Leckage Ausfließen flüssiger Ladung aus ihren Behältnissen, nicht Beschädigung durch von außen kommende Leckage anderer Gegenstände. 2. Verhältnis sonstiger Freizeichnungen zur Haftung für Seeuntüchtigkeit s. zu § 559 unter 2.

§§ 611, 613.

*Schaps, Anwendungsgebiet der §§ 611, 613 HGB., LeipzZ. 16, 212 ff. Die Zugrundelegung des Sachwerts bei der Bemessung der Ersatzforderung gegen den Verfrachter wegen Verlustes oder Beschädigung von Gütern gilt nach dem alten HGB. nur für den Fall der Ersatzleistung ex recepto. Die jetzt geltenden §§ 611, 613 dagegen sprechen von der Ersatzleistung „auf Grund des Frachtvertrags". Daß nach der Begründung des Gesetzes hierdurch eine sachliche Änderung nicht vorgenommen werden sollte, ist nicht ausschlaggebend, wenn sie, entgegen dieser Absicht, vorgenommen worden ist. Ob dies der Fall ist, ist streitig (wird ausgeführt). Richtig erscheint die Auslegung, daß die §§ 611, 613 nur die allgemeine gesetzliche Haftung aus dem Frachtvertrag im Auge haben, nicht diejenige auf Grund eines besonderen Haftungsgrundes, nämlich eines vom Verfrachter zu vertretenden Verschuldens, einer Gewährleistung oder einer Sondervorschrift (§§ 559, 565). Soweit lediglich die rein gesetzliche Vertragshaftung für Verlust und Beschädigung der Güter gegeben ist, die sich deckt mit der Haftung ex recepto, wird nur gehaftet gemäß §§ 611, 613, in den sonstigen Fällen aber auf das volle Interesse.

§ 620.

Frachtrabattversprechen. ➡ Vgl. JDR. 14, 524. ⬅ 1. Hamburg 14. 7. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 288, LeipzZ. 17, 79. Wenn sich nach dem Vertragswortlaute der Befrachter verpflichtet hat, für gewisse Transporte nur die Schiffe des Verfrachters zu benutzen, wogegen ihm gewisse Frachtrabatte zugesagt werden, so hat die Nichterfüllung jener Verpflichtung nach der Verkehrsanschauung keine weitergehende Rechtsfolgen als den Verlust des Anspruchs auf den Frachtrabatt.

2. Zu diesem Urteile Schaps, LeipzZ. 17, 80. Trotz des Vertragswortlauts habe eine Verpflichtung des Befrachters, sich nur der Schiffe des Verfrachters zu bedienen,

nicht vorgelegen; vielmehr nur eine Potestativbedingung für die in dem Rabattversprechen liegende einseitige Obligation des Verfrachters.

§ 628.

1. Hamburger SchiedsG. 16. 6. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 194 ff.; 30. 10. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 291. Vor Ausbruch des Krieges abgeschlossene Verschiffungsverträge, deren rechtzeitige Erfüllung infolge des Weltkriegs unmöglich war, sind infolge der langen Kriegsdauer, als endgültig unmöglich geworden, aufgehoben.

2. Bremer SchiedsG. 12. 4. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 250 ff. Das trifft auch dann zu, wenn der Vertrag die Klausel enthält, daß die wegen des Hindernisses nicht erfolgten monatlichen Abladungen nach Wiederkehr geordneter Verhältnisse vorzunehmen sind: denn die Parteien hatten hier an eine einigermaßen übersehbare Frist gedacht.

3. Hamburger SchiedsG. 29. 6. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 264 nimmt an, daß Ende Juli 1916 eine solche endgültige Unmöglichkeit noch nicht eingetreten sei.

§ 629.

1. Hamburger SchiedsG. 29. 12. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 28 ff.; 29. 6. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 257; 30. 10. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 291. Bei Sukzessivverschiffungsverträgen, deren Erfüllung während des Weltkriegs nicht möglich ist und die eine Vereinbarung über die Nachholung unterbliebener Verschiffungen nur für Fälle kurzer Unterbrechungen enthalten, greift das Rücktrittsrecht des § 629 Abs. 1 Platz.

2. Hamburger SchiedsG. 8. 6. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 68. § 629 kommt nicht zur Anwendung, wenn abweichend im Vertrage bestimmt ist, daß im Kriegsfall Abladungen erfolgen sollen „nach Wiederherstellung geordneter Verhältnisse".

3. Hamburg 12. 1. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 72, LeipzZ. 16, 630. Sind die Voraussetzungen des § 629 Abs. 2 gegeben und sind die zu befördernden Güter noch nicht zur Verladung gelangt, so muß der Befrachter sich alsbald entscheiden, ob er die Güter verladen lassen oder sein Rücktrittsrecht ausüben will. Nach Treu und Glauben kann er nicht, nachdem der Eintritt des Rücktrittsgrundes offenkundig geworden ist, die Güter verladen, das Schiff gewissermaßen zum einstweiligen Lagern der Güter benutzen und dann nach längerer Zeit den Rücktritt erklären. Läßt er die Güter verladen, so bindet er sich: er verzichtet auf das Rücktrittsrecht.

§ 644.

RG. 5. 7. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 282. Hat der Indossatar das Konnossement nur der Form nach durch Vollindossament, in Wahrheit durch verstecktes Prokuraindossament erworben, so ist der Anspruch aus dem Konnossement auf ihn nicht übergegangen, sondern bei dem ursprünglichen Inhaber des Konnossements verblieben.

Zusatz zu § 651.

Durchkonnossement. **RG.** 2. 10. 15, EisenbE. 32, 441, LeipzZ. 16, 326. Wenn für den Gesamttransport nur Durchkonnossemente gezeichnet sind, so sind deren Bedingungen für den ganzen Transport maßgebend. Dem steht nicht die Klausel entgegen: „Nach der Umladung treten die Konnossementsbedingungen des die Weiterbeförderung beschaffenden Schiffes in Kraft und hört jede Verantwortlichkeit des obigen Dampfschiffs auf." Denn hierdurch sind die Durchfrachtbedingungen nicht für den weiteren Transport außer Kraft gesetzt. Vielmehr hat sich die Reederei nur vorbehalten, die Ladung gegebenenfalls nach den üblichen Konnossementsbedingungen des den Weitertransport besorgenden Dampfers zu behandeln. Wenn an sich das Durchkonnossement geeignet und genügend ist, den ganzen Transport zu beherrschen, ergibt sich, soweit für Teilstrecken keine besonderen Konnossemente gegeben werden, von selbst, daß das Durchkonnossement maßgebend ist. Die Ansicht, daß insoweit die gesetzlichen Bestimmungen an Stelle der Konnossementsbedingungen einzutreten hätten, entspricht nicht der Auffassung der Verkehrskreise.

§ 656.

Mittelstein, Berechnung der Seefracht bei Angabe des Maßes im Konnossement und Ausbedingung der Fracht nach ausgeliefertem Maße, LeipzZ. 16, 209 ff., bekämpft das JDR. 14, 526 mitgeteilte Urteil des RG. (jetzt auch **RG.** 87, 227 ff.). Die Konnossementsbestimmung, daß sich die Fracht nach dem Maße des ausgelieferten Gewichts bestimme, sei stets eine „abweichende Bestimmung" im Sinne des § 656. ➠ S. auch die Bemerkung der Schriftleitung zu dem genannten Urteile. ⟵.

§ 662.

I. Cohen, Der § 662 HGB. im modernen Charterverkehr (Leipziger Diss. 1916). 1. Abgrenzung zwischen Ausrüsterverhältnis und Chartervertrag s. oben S. 665. 2. Ein vom Charterer oder vom Schiffer für ihn ausgestelltes „Konnossement", ebenso ein solches, das als Überschrift den Namen der charternden Reederei trägt und in ihrem Expeditionsbureau mit ihrer Unterschrift ausgefertigt wird, ist kein Konnossement im Sinne des Gesetzes. Es entbehrt der Negotiabilität und der Traditionswirkung; der Reeder wird aus ihm nicht verhaftet, nur der Charterer selbst. Es wird also der Grundsatz, daß die Ausstellung der Konnossemente in Vertretung des Reeders zu erfolgen habe, durch den § 662 nicht geändert; auch das hier von dem Charterer bzw. Kapitän gezeichnete Konnossement gilt lediglich als in Vertretung des Reeders gezeichnet (18 ff.). 3. Das Gesetz gibt keinen Anhalt dafür, daß die Anwendbarkeit des § 662 bedingt ist durch die Kenntnis des Unterbefrachters von dem Vorhandensein des Hauptfrachtvertrags. Der Wille des Gesetzgebers ist vielmehr gerade der gewesen, für diese besonders geartete Konstellation die Hineinbeziehung des Hauptverfrachters in den Obligationsnexus den Ladungsinteressen gegenüber unter allen Umständen zu verwirklichen. Denn sonst würde der Empfänger mit leeren Händen dem abliefernden Schiffe gegenüber dastehen (23). ➠ Vgl. JDR. 7, 694; 8, 685. ⟵ Von Bedeutung kann diese Kenntnis freilich werden bei der Abgrenzung der Haftung der beteiligten Personen. Die Haftung des Reeders gegenüber dem Empfänger wird allerdings durch jenes Moment nicht beeinflußt (34 ff.). Anders liegt es bei dem Rechtsverhältnisse zwischen Unterbefrachter und Charterer sowie zwischen Unterbefrachter und Hauptverfrachter bzw. Reeder. Weiß der Unterbefrachter und ist er damit einverstanden, daß sein Gegenkontrahent, der Charterer, nicht selbst, sondern vermittels des Reeders erfüllen wird, so gibt er damit die Haftungsfreiheit des Unterverfrachters wissentlich zu; weiß er aber nichts von der Unterverfrachtung, so bleibt der Charterer ihm zunächst, d. h. bis zum Augenblicke der Übernahme im Sinne des § 662, haftbar. Von diesem Zeitpunkt an haften Reeder und Charterer dem Befrachter (nicht dem konnossementbesitzenden Empfänger) solidarisch; der Charterer haftet persönlich, und zwar beschränkt oder unbeschränkt, je nachdem er gehaftet haben würde, wenn er selbst Reeder gewesen wäre (35 ff.). 4. Dem Empfänger als Schiffsgläubiger haftet nicht die Charterfracht, sondern die Konnossementsfracht, obschon sie rechtlich und wirtschaftlich nicht zum Schiffsvermögen gehört (38 ff.). 5. Grundsätzlich werden zunächst, durch den Abschluß des Frachtvertrags, nur Rechte und Verbindlichkeiten zwischen dem Unterbefrachter und dem Unterverfrachter erzeugt: dem ersteren steht gegen den letzteren der Anspruch auf ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrags zu. Etwaige Ersatzansprüche stellen sich also zunächst als solche des Befrachters dar. Ist aber ein Konnossement ausgestellt und begeben, dann gehen gewisse Ansprüche aus dem Frachtvertrag auf den Empfänger über: so geht der Befrachteranspruch auf ordnungsgemäße Güterbeförderung über in einen Anspruch des Empfängers auf Auslieferung unbeschädigter Güter gemäß Konnossement. Macht der Empfänger die ihm kraft der Konnossementsinnehabung zustehenden Rechte dann geltend (➠ ebenso, wenn er es nicht tut ⟵ Schriftl.), so kann sich der Befrachter nicht wegen der gleichen Ansprüche an seinen Verfrachter halten. Denn der Schuldner ist zur Bewirkung ein und derselben Leistung nur einmal verpflichtet. Es darf nicht irremachen, daß hier zwei Schuldner in die Erscheinung treten, einmal der Verfrachter in Beziehung zum Unterverfrachter, andererseits der Hauptverfrachter bzw. Reeder gegenüber dem Empfänger.

Der Schuldgrund, die Beschädigung der Ware, ist der gleiche, und für diesen ist eben nur einmal aufzukommen, ob vom Reeder oder vom Charterer, ist eine zeitliche Frage des Haftungsüberganges von dem einen auf den anderen (40 f.).

II. Hamburg 18. 2. 16 HansGZ. 16 Hptbl. 135, Hansa 16, 271, LeipzZ. 16, 898, R. 16 Nr. 1186. Die Annahme, daß die immer häufiger werdende Verwendung gecharterter Dampfer durch Linienreedereien die gesetzliche Vollmacht des Schiffers zur Konnossementszeichnung in dem Sinne erweitert hätte, daß der Schiffer auch den Charterer konnossementsmäßig verpflichten könne, muß abgelehnt werden. Der Charterer haftet weder, weil er sich als Reeder geriert hat, noch weil er als Bürge für die die Reederei treffenden Konnossementsverpflichtungen anzusehen wäre, sondern nur, wenn ihm ein deliktisches Handeln zur Last fällt. Solches ist nicht schon zu sehen in dem Verwendenlassen von Konnossementsformularen, nach denen das Schiff zur „Linie" des Charterers gehört, sondern es muß dazutreten ein Vertrauensmißbrauch gegenüber dem gutgläubigen Empfänger. Unterläßt die Linie dessen rechtzeitige Aufklärung über die Person des wahren Reeders, und verursacht sie so, daß der gutgläubige Empfänger sich das Schiff entgehen läßt, so verletzt sie fahrlässig und widerrechtlich sein Schiffsgläubigerrecht und ist ihm zum Ersatze des Schadens verpflichtet. ➠ Das Urteil, das zum entgegengesetzten Ergebnisse kommt wie Wüstendörfer und Gütschow (JDR. 12, 579), unterläßt es, die analoge Anwendbarkeit von § 510 auf den Liniencharterer zu prüfen. Seine Ergebnisse entsprechen nicht dem Verkehrsbedürfnisse. ⇚ Red.

Siebenter Abschnitt. Haverei.

Erster Titel. Große (gemeinschaftliche) Haverei und besondere Haverei.

§ 700.

Hamburg 13. 12. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 176. Strandung an einer Stelle, die von der offenen See erheblich entfernt ist und wo das verhältnismäßig schmale Fahrwasser ganz in der Nähe des westlichen Uferrandes verläuft, während nach Osten zu durchweg seichtes Wasser ist: kein Fall der großen Haverei. Sollte der Schiffer eine Gefahr im Sinne des § 700 für vorliegend erachtet haben, so würde dies auf unsachgemäße und übertriebene Ängstlichkeit zurückzuführen sein.

§§ 709, 710.

Oertmann, Vorteilsausgleichung kein Ersatz von „Alt durch Neu", LeipzZ. 16, 1517. In §§ 709, 710 wird offensichtlich nicht an Fälle der Schadensbeseitigung durch Herstellung gedacht, sondern einzig und allein an Abschätzung des dem Ersatzberechtigten zu erstattenden Geldinteresses, also an einen Fall, bei dem allerdings zweifellos auf den Wertunterschied von Alt und Neu Rücksicht zu nehmen ist.

§§ 728, 729.

KG. 8. 1. 15, EisenbE. 32, 300. Vor der Aufmachung der Dispache beschränkt die „Beteiligung" sich auf diejenigen Personen, denen auf Grund des Havereifalls entweder ein Vergütungsanspruch zusteht oder eine Beitragspflicht zur Last fällt, und zwar insoweit, als sie an Schiff oder Ladung unmittelbar beteiligt sind. Ist die Dispache aufgemacht, so kann durch sie der Kreis der Beteiligten erweitert werden. Legt nämlich der Dispacheur, wenn auch zu Unrecht, einem nicht unmittelbar an Schiff oder Ladung Beteiligten eine Beitragspflicht auf, so wird dieser dadurch in das etwa nachfolgende Dispacheverfahren hineingezogen, und er muß in ihm als „Beteiligter" seine Rechte wahrnehmen. Auf diese Weise kann auch der Versicherer von Schiff oder Ladung zum Beteiligten werden. Vgl. JDR. 8, 686; 10, 682. ⇚

Zweiter Titel. Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen.

§ 735.

I. Sebba, Das Verschulden des stilliegenden Schiffes bei Kollisionen, Jahrbuch für Verkehrswissenschaften 14, 432 ff. 1. Es wäre nicht richtig, den Begriff des stilliegenden

Schiffes aus der negativen Definition des in Fahrt befindlichen Schiffes (StrO. Einl. Abs. 4) herzuleiten. Denn der Gegensatz zu „in Fahrt befindlich" ist nicht der Begriff „stilliegend", sondern der Begriff „nicht in Fahrt befindlich". Nicht jedes Schiff, das stilliegt, ist „nicht in Fahrt". Das Schiff, das sich treiben läßt, ist z. B. in Fahrt, auch wenn es etwa mangels Strömung oder Windes tatsächlich seinen Platz im Raume nicht verändert. Auch das völlig manövrierunfähige Schiff ist in Fahrt, obschon es stilliegt. Aber der Begriff des Stilliegens ist nicht an die Bedingung geknüpft, daß keine noch so geringe Ortsveränderung des Schiffes erfolgt. Die Grenze ist hier fließend. Man wird etwa folgende Schiffskategorien als „stilliegend" bezeichnen können: das treibende Schiff, das manövrierunfähige Schiff, das am Grunde festsitzende Schiff, das vertäute Schiff, das anlegende Schiff und das ankernde Schiff (435). Ihnen gemeinsam ist der Mangel der Eigenbewegung. Wie das treibende Schiff als stilliegend zu kennzeichnen ist, weil es keine Eigenbewegung hat und daher vom Strome und Winde in seiner Bewegung allein abhängig ist, so muß man auch das schwoiende Schiff, auch wenn es mit voller Stromgeschwindigkeit in die Ankerlage schwoit, als stilliegend ansehen (436). Das treibende Schiff ist in Fahrt, es hat daher die Lichter der in Fahrt befindlichen Schiffe zu führen (439). Sonstige Licht- und Haltsignale stilliegender Schiffe: 440 ff. 2. Beweislast (453): Das stilliegende Schiff hat im Bestreitungsfalle zunächst nachzuweisen, daß es sich nach Maßgabe der Vorschriften als Schiffahrtshindernis oder als manövrierunfähiges Schiff kenntlich gemacht hat. Ist dieser Beweis gelungen, so wird vermutet, daß die Kollision auf einem Verschulden des fahrenden Schiffes beruht. Demgegenüber hat dann das fahrende Schiff nachzuweisen, daß das stilliegende Schiff irgendwelche Ausweichmanöver mit Erfolg hätte vornehmen können und dieses unterlassen hat, oder daß das stilliegende Schiff einen vorschriftswidrigen Liegeplatz innehatte. Das stilliegende Schiff kann sich schließlich diesem Einwande gegenüber dahin verteidigen, daß der vorschriftswidrige Liegeplatz das fahrende Schiff nicht verhindert hat, die erforderlichen Ausweichmanöver vorzunehmen, oder daß besondere Umstände (Vermeidung einer Kollision oder des Auflaufens) es zwangen, an vorschriftswidriger Stelle zu liegen. Die Frage, ob das stilliegende Schiff einen Zwangslotsen an Bord hat, ist kaum von Bedeutung. Denn diesem liegt nur die Navigation i. e. S. ob; er hat weder für die vorschriftsmäßige Lichterführung noch auch für die Abgabe von Nebelsignalen zu sorgen, diese Verpflichtungen liegen dem Schiffsführer ob.

II. Bovensiepen, Haftet der Schädiger auch für die Kosten eines erfolglosen Vorprozesses? JW. 16, 1180, bejaht diese Frage, insbesondere für Schiffskollisionsprozesse, sofern nicht der Geschädigte seinerseits leichtfertig, ohne vorher den Sachverhalt möglichst genau nachzuprüfen, zunächst einen Falschen verklagt habe. Der wahre Schädiger befand sich — vorausgesetzt nur, daß der Geschädigte sich zuerst an ihn gewandt hatte, was er aber bei der Zweifelhaftigkeit der Rechtslage in Kollisionsfällen wohl stets getan haben wird — im Schuldnerverzuge. Er haftet also nach § 286 BGB. für allen aus dem Verzug erwachsenen Schaden. Weder Unmittelbarkeit noch Voraussehbarkeit des Schadens wird vom Gesetz erfordert: lediglich der erste rechtswidrige Erfolg der schadenszufügenden Handlung muß voraussehbar gewesen sein. Daß rein logisch ursächlicher Zusammenhang vorliege, stellt auch das LG. Kiel, das im Gegensatze zum OLG. Hamburg die Erstattungsfähigkeit der Vorprozeßkosten ständig verneint, nicht in Abrede, es verneint aber, der Theorie der adäquaten Verursachung folgend, den rechtlichen Zusammenhang. Dem ist nicht beizupflichten. Es ist nicht richtig, daß hier die schadenzufügende Tatsache, das unvorsichtige und schuldhafte Verhalten des schädigenden Schiffes, ihrer allgemeinen Natur nach für die Entstehung der unnötig aufgewandten Vorprozeßkosten ganz und gar indifferent war und nur infolge anderer außergewöhnlicher Umstände zu einer Bedingung des Schadens wurde. Bei der Zweifelhaftigkeit der Sach- und Rechtslage bei vielen Schadenszufügungen, bei denen mehrere Personen als Täter in Betracht kommen, insbesondere bei Schiffskollisionen, ist es keineswegs etwas Ungewöhnliches und aus dem Bereiche der menschlichen Erfahrungen Herausfallendes, daß der Geschädigte zunächst zu Unrecht jemanden als Schädiger verklagt, von dem sich nachher

im Prozesse herausstellt, daß er nicht der eigentlich Schuldige ist. Im Gegenteil sind derartige Fälle in der Praxis sehr häufig. Nach der Auffassung der in Betracht kommenden Kreise können sie also vernünftigerweise sehr wohl in Betracht gezogen werden, sie müssen es sogar. Auch eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges zufolge der Klagerhebung gegen den unrichtigen Beklagten ist nicht anzunehmen. Gewiß beruht diese auf dem freien und vorsätzlichen Handeln des Geschädigten selber. Aber dieser Willensentschluß wurde doch nur durch das erste schädigende Ereignis, den schuldhaft von dem wahren Schädiger herbeigeführten Zusammenstoß, verursacht, diese prima causa blieb nach wie vor beim Geschädigten fortwirksam, also auch ursächlich für die Entstehung der Prozeßkosten. Der wahre Schädiger hätte es nicht auf die Klagerhebung gegen den vermeintlichen Schädiger ankommen lassen dürfen, sondern aus freien Stücken dem Geschädigten volle Entschädigung leisten müssen. Es widerspricht der Billigkeit und ist nicht einzusehen, warum der im Verzuge befindliche Schuldner das Risiko der oft recht schweren Ausmittlung des richtigen Beklagten von sich auf den Geschädigten soll abwälzen dürfen.

III. RG. 29. 4. 16; 88, 215, Hansa 16, 347, LeipzZ. 16, 935. Wenn ein Schiff bei Sturm an einem anderen festmacht und es beschädigt, so liegt nicht ein Fall von § 228 BGB., sondern ein solcher von § 904 BGB. vor. Die Einwirkung des beschädigenden Schiffes ist widerrechtlich, wenn auch aus nautischen Gründen gerechtfertigt: daher ist sein Reeder zum Schadensersatze verpflichtet.

Achter Abschnitt. Bergung und Hilfsleistung in Seenot.

§§ 740 ff.

Anzuwendendes Recht. Deutsches Seeschiedsgericht 6. 5. 16, HansGZ. 17 Hptbl. 98, LeipzZ. 16, 1566. 1. Aus der Unterwerfung unter ein deutsches Schiedsgericht ist zwar der Schluß zu ziehen, daß auf das Verfahren deutsches Recht zur Anwendung kommen soll; dagegen liegt in ihr nicht ohne weiteres die Vereinbarung, daß der Rechtsstreit materiell nach deutschem Rechte zu entscheiden ist. 2. Die Anwendung des Rechtes des geretteten Schiffes läßt sich rechtfertigen für eine auf hoher See erfolgende oder auch nur beginnende Hilfsleistung, aber nicht für eine Rettung, die sich ausschließlich in den Territorialgewässern eines bestimmten Staates abspielt. Für eine solche kommt lediglich das Recht dieses Staates in Betracht, weil unter dessen Herrschaft die behaupteten Ansprüche entstanden sind.

§ 745.

Deutsches Seeschiedsgericht 6. 5. 16, Hansa 16, 318, HansGZ. 17 Hptbl. 101. Die Fracht kommt nur in Anschlag als werterhöhendes Moment für die Ladung, nicht als selbständiger Gegenstand für die Rettung (➾ anders nach Art. 1 des Internat. Abk. ⬅ Red.).

Vierter Abschnitt. Schiffsgläubiger.

§ 754.

1. Leo, Bürgerliches Pfandrecht an Schiffen und Zwangsversteigerung, BankA. 16, 87 ff., gibt Ausführungen über das Verhältnis zwischen Schiffsgläubigerrecht, eingetragenem Schiffspfandrecht und Pfandrecht der Werft nach § 647 BGB.

2. OPrG. 17. 12. 14, HansGZ. 15 Hptbl. 52; Hamburg 17. 4. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 171, LeipzZ. 16, 966. Die Einziehung nach Prisenrecht ist eine originäre Erwerbsart, eine occupatio jure belli, die dem Okkupanten nach allgemein anerkannten völkerrechtlichen Grundsätzen das von jeder Belastung freie Eigentum an dem eingezogenen Gegenstande verschafft. Daher werden Schiffsgläubigerrechte mit der Einziehung des Schiffes durch rechtskräftiges Prisengerichtsurteil hinfällig.

3. Buch, Schuld und Haftung im geltenden Rechte 54, nimmt für die Fälle der §§ 679, 700, 751 — anders als für die des § 486 (s. oben) — an, daß persönliche Schuld und persönliche Haftung überhaupt nicht vorhanden sind, sondern allein die Haftung eines Sondervermögens vorliegt. Der Gläubiger habe nur das Recht, sich im Vollstreckungsweg aus den

haftenden Gegenständen befriedigen zu dürfen. Die Schuld treffe den Schuldner nicht als eigene Pflicht, sondern nur insofern, als er durch die Verwirklichung der gläubigerischen Zugriffsmacht in seiner Vermögenslage betroffen wird und darum berechtigt ist, zur Abwendung des Zugriffs dem gläubigerischen Bekommensollen freiwillig zu entsprechen.

§ 756.

Cohen, Der § 662 HGB. im modernen Charterverkehre (Leipziger Diss. 1916) 38 ff. Von den Ansprüchen des Empfängers gegen den Reeder im Falle des § 662 wird nicht die Charterfracht, sondern die Konnossementsfracht betroffen. An dem Momente, daß diese rechtlich und wirtschaftlich nicht zum Reedervermögen gehört, sollte man keinen Anstoß nehmen. ➠ Das ist aber gerade das Kriterium! Denn nur die zum Schiffsvermögen gehörige Fracht unterliegt dem Pfandrechte des Schiffsgläubigers. ⬅ Schriftleitung.

§ 764.

Hamburg 17. 4. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 171, LeipzZ. 16, 966. Im § 764 sind allerdings die Erlöschungsgründe für die Pfandrechte der Schiffsgläubiger am Schiffe erschöpfend geregelt (?), aber doch nur für die allein im HGB. behandelten privatrechtlichen Verhältnisse. Die Wirkung des Prisenrechts wird hierdurch nicht berührt.

Zehnter Abschnitt. Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt.

§ 778.

Hamburg 12. 3. 15, OLG. 32, 220, ZVersWiss. 16, 206. Ein Hafentransport fällt unter die Seeversicherung bei ankommenden Gütern nur dann, wenn diese vom Landungskai zu Wasser ans Land gebracht, aber nicht, wenn sie vom Kai an ein Flußschiff gebracht werden, um weiter stromauf befördert zu werden.

§§ 781, 782.

RG. 21. 10. 16, R. 17 Nr. 99, 119. 1. Bei der Versicherung „für Rechnung wen es angeht“ bleibt es zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer zunächst ungewiß, ob die Versicherung für eigene Rechnung des Versicherten oder ob sie für Rechnung eines Dritten genommen ist. Diese Frage kann daher nur durch außerhalb des Vertrags liegende Umstände entschieden werden. 2. Eine dem aufgehobenen § 782 entsprechende Bestimmung kann durch Aufnahme in die Versicherungsbedingungen zum Vertragsinhalte gemacht werden.

§ 804.

RG. 1. 10. 16, R. 17 Nr. 101, 102. 1. Sind Kasko und Fracht zum vollen Werte versichert und haben sämtliche Versicherer den Schaden bezahlt, so stehen sie hinsichtlich einer auf sie übergegangenen Ersatzforderung, die der Versicherte gegen einen Dritten hatte, in einer Gemeinschaft, an der jeder nach Maßgabe der von ihm geleisteten Schadensvergütung beteiligt ist. Dieselbe Quote fällt dem Versicherer auch dann zu, wenn Kasko und Fracht nur teilweise versichert waren, oder wenn die Ersatzforderung bezahlt ist, bevor einzelne Versicherer bezahlt haben, oder wenn die Ersatzleistung erst nach Zahlung seitens der Versicherer an den Versicherten entrichtet ist. 2. Gehen nach den Versicherungsbedingungen Ersatzansprüche, welche der Versicherte gegen Dritte hat, auf den Versicherer über, und hat der Versicherte den Schadensbetrag vom Dritten selbst eingezogen und darauf sich vom Versicherer die Versicherungssumme zahlen lassen, so hat er jenen Betrag nachträglich dem Versicherer zu erstatten. Denn dieser hat die Versicherungssumme für einen Schaden gezahlt, für den der Versicherte bereits durch die Zahlung des Dritten Deckung erhalten hatte.

§ 806.

Hamburg 10. 10. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 293. Falsch ist die Deklaration einer Ware als „neutrales Eigentum“, wenn sie einer in San Salvador eingetragenen offenen Handelsgesellschaft gehört, die aus vier Deutschen und einem Amerikaner besteht.

§ 812.

Hamburg 30. 5. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 192. Wenn sich der Versicherer zur Rückzahlung eines Teiles der Prämie verpflichtet, „falls der Dampfer England freiwillig nicht anlaufe", so gilt das auch für den Fall, daß der Dampfer sank, bevor er England anlaufen konnte.

§ 816.

Hamburg 27. 3. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 139. Unrichtig ist die Argumentation, daß im Falle einer laufenden Police stets durch die Deklaration der einzelnen Abladung unter Angabe des in Betracht kommenden Schiffes jedesmal eine Versicherung von Gütern im Sinne des § 816 (§ 63 ASVB.) geschaffen werde. Denn im Falle einer laufenden Versicherung ist der Versicherte ohne weiteres für diejenigen Waren versichert, welche für die in der Police vorgesehenen Strecken und innerhalb des darin bestimmten Zeitraums abgeladen werden.

§ 820.

1. LG. Bremen 17. 3. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 98 ff. Spezialversicherung „gegen Wegnahme, Beschädigung und Vernichtung des Schiffes und Zubehör durch Kriegsschiffe, Minen, Torpedos sowie durch Forts usw. . . . ." Ob „Wegnahme" in der Beschlagnahme des Schiffes durch die belgische Regierung im Hafen von Antwerpen liegt, wird dahingestellt gelassen, da hierdurch ein Schaden nicht entstanden ist. Jedenfalls sei das nur eine causa remota für den durch gewaltsame Sprengung des Schiffes vor der Einnahme Antwerpens hervorgerufenen Schaden. Für die Folgen der Sprengung werde nicht gehaftet, da sie erst nach Ablauf der Police erfolgt ist.

2. Hamburg 19. 1. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 107, R. 16, 150 Nr. 367. Sind Waren gegen die Gefahren des Seetransports unter der Vertragsbestimmung „Neutrale Verladepapiere" versichert, so ist der Versicherungsfall nicht gegeben, wenn Konnossemente an Order ausgestellt sind. „Neutrale Verladepapiere" bedeutet „neutraler Absender und neutraler Empfänger". Der Zweck der Abmachung ist, die Beschlagnahme der Ware durch die Feinde zu verhindern. Dieser Zweck ist verfehlt, wenn die Konnossemente an Order ausgestellt sind, da schon bei Vorliegen der Möglichkeit, daß berechtigter Empfänger ein Deutscher oder Österreicher ist, die Feinde die Ware zu beschlagnahmen pflegen. Der Versicherer ist demnach, da die Verladepapiere nicht den Bestimmungen des Versicherungsvertrags entsprechen, nicht zum Ersatze verpflichtet.

3. **RG.** 13. 5. 16, LeipzZ. 16, 938. Aus dem Verkehrsbedürfnis in Verbindung mit dem Grundsatze, daß sich die Ermächtigung nach außen danach bestimmt, wie die Bevollmächtigung mit Genehmigung des Vollmachtgebers in die äußere Erscheinung tritt, ist ohne weiteres zu folgern, daß der Abschlußagent, der überhaupt mit Genehmigung des Versicherers Policen über Versicherung gegen Kriegsgefahr gezeichnet hat, damit gutgläubigen Dritten gegenüber allgemein zur Versicherung gegen Kriegsgefahr ermächtigt ist, und zwar so lange, als ihm nicht die Abschlußvollmacht entzogen wird.

4. Hamburg 5. 7. 16, DJZ. 16, 1179, Hansa 16, 620, HansGZ. 16 Hptbl. 269, JW. 16, 1492, LeipzZ. 16, 1327. Eine Kriegsklausel, die, solange sich die Ware an Bord des Seedampfers befindet, die Risiken der „Konfiskation, Nehmung, Beschädigung, Vernichtung und Plünderung durch kriegführende Mächte, Kriegsschiffe und Kaper" dem Versicherer auferlegt, trifft auch den Fall, daß die Ladung von dem sie befördernden englischen Schiffe nach London gebracht, dort entlöscht, dort beschlagnahmt und prisengerichtlich kondemniert wird. Die Gefahr der „Konfiskation" der Ware entstand, als der Kapitän sich entschloß, nach London zu fahren und die ihm anvertraute Ladung der englischen Regierung zu überantworten. Damit hat er das gleiche erreicht, was eine Nehmung herbeigeführt hätte, die Schaffung einer Grundlage für die prisengerichtliche Untersuchung. Aus dieser Konfiskationsgefahr hat sich dann in einheitlichem und für den Verlust der Güter kausalem Zusammenhange die Entlöschung der Ware, die eigentliche Konfiskation im Zollhaus und die nachträgliche prisengerichtliche Konfiskation entwickelt. Daß gerade diese dauernde, stetig fort-

schreitende und in dem endgültigen Verluste der versicherten Güter gipfelnde Gefahr nach dem Willen der Vertragschließenden durch die Versicherung gedeckt sein sollte, ist um so mehr anzunehmen, als die Konfiskation der Waren selbst regelmäßig nicht an Bord des Schiffes, sondern immer erst nach der Entlöschung erfolgt, demnach die Bestimmung der Klausel, daß das Risiko der Konfiskation nur gedeckt sein solle, solange sich die Ware noch an Bord des Seedampfers befinde, bei Zugrundelegung der entgegenstehenden Rechtsanschauung gegenstandslos wäre.

5. Karlsruhe 21. 12. 15, DJZ. 16, 251, LeipzZ. 16, 348. Klausel: „Die Versicherung deckt nur die direkte Kriegsgefahr, und zwar die Wegnahme, Beschädigung und Zerstörung der versicherten Ware durch Kriegsschiffe, Korsaren, Torpedos und Seeminen. Infolgedessen haftet der Versicherer nicht für die Kosten des Aufenthalts der Ware infolge von Kriegsgefahr, durch Zurückhaltung von Schiff oder Ladung usw." Sowohl die Einzelfälle, in denen die Haftung nach der Police eintreten soll, als diejenigen, in denen sie nicht eintreten soll, sind nur Beispiele. Der Begriff „Wegnahme durch Kriegsschiffe" ist nicht wörtlich zu nehmen; denn der Regel nach werden die auf ein Schiff verladenen Waren überhaupt nicht „weggenommen", sondern das ganze Schiff wird zwangsweise nach einem feindlichen Hafen verbracht. Dem Zwange durch ein Kriegsschiff wird gleichstehen ein durch die feindliche Zentralgewalt, die Admiralität, ausgeübter Zwang. Wenn das Schiff zwangsweise, sei es auf Grund eines Befehls oder eines Rates, dessen Befolgung notwendig war, nach einem bestimmten Hafen fährt und dort zwangsweise die Ladung landen muß, so liegt ein Fall direkter Kriegsgefahr vor. Und zwar auch dann, wenn die Zwangshandlung schon am Tage vor der Kriegserklärung erfolgte, weil auch dann eine Kriegsmaßregel vorlag.

§ 823.

Hamburg 23. 6. 16, Hansa 17, 48, HansGZ. 16 Hptbl. 247, LeipzZ. 16, 1331. Unterscheidung zwischen Aufenthalts- und Reiseversicherung. Erstere greift nicht Platz, wenn das Schiff in einem nahe dem Abfahrtshafen belegenen Hafen liegen bleibt, um günstigeres Wetter abzuwarten, also die Reise vorübergehend zu unterbrechen. ➸ Vgl. auch **RG.** 21. 6. 16, LeipzZ. 16, 1364 („unterwegs").

§ 827.

Hamburg 9. 2. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 127, OLG. 32, 220. Wird Kaffee während des versicherten Transports nach einer Schälerei gebracht und tritt Beschädigung durch Feuer ein, bevor mit der Verladung zum Weitertransporte begonnen ist, so fällt der Schaden nicht unter die Transportversicherung.

§ 828.

1. Hamburg 27. 3. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 139. Unter „Aufgeben der Reise" oder „Aufhebung der Reise" ist nur eine von der Reederei oder deren Vertretung ausgehende Entschließung zu verstehen. „Erzwungen" aber ist die Aufgebung der Reise versicherungsrechtlich nur dann, wenn das Auslaufen des Schiffes entweder physisch unmöglich ist oder durch Verfügung von hoher Hand verhindert wird. Im Falle der Sistierung der Abfahrt durch Entschließung der Reederei auf Grund drohender Kriegsgefahr liegt nur „freiwillige" Aufgebung der Reise vor.

2. Hamburg 11. 1. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 113, LeipzZ. 16, 900. Wird eine Ware, deren Beförderung von Celebes nach Hamburg versichert ist, zur See nur bis Rotterdam und alsdann zu Lande nach Hamburg gebracht, so haftet der Versicherer für die besonderen Kosten der Landreise nach § 828 Abs. 2. Der § 816 steht nicht entgegen. Wenn auch § 816 Satz 1 eine Ausnahme gegenüber § 828 Satz 2 ist, so enthält doch § 816 Satz 2 wiederum Ausnahmen von der Ausnahme.

§ 834.

RG. 11. 7. 16, DJZ. 16, 899. Zu den nach § 834 Nr. 3 dem Versicherer zur Last fallenden Kosten gehören nicht Aufwendungen, die den Zweck verfolgten, den versicherten Gegenstand vor Eintritt des Unfalls der Gefahr zu entziehen.

§§ 834, 731.

RG. 16. 10. 16, R. 17 Nr. 98. Der Schiffer kann die Auslieferung der Ware verweigern oder sie beschlagnahmen lassen, um die Zahlung der darauf haftenden Havereibeiträge sicherzustellen. Diese Sicherstellung ist an sich Sache des Versicherten, nicht des Versicherers; dieser ist lediglich verpflichtet, die endgültig festgestellten, auf den Versicherten fallenden Havereibeiträge zu zahlen.

§ 848.

Hamburg 7. 6. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 210, LeipzZ. 16, 1451. Wenn in einem Policenzusatz darauf hingewiesen ist, daß § 54 ASVB. bei Versicherungen gegen Kriegsgefahr Geltung haben sollte, so konnte das für die Vorschrift des § 54 Abs. 2 nur bedeuten, daß die Bestimmungen eingehalten werden müßten, von deren Erfüllung dort die Haftung des Versicherers für jeglichen Kriegsverlust abhängig gemacht wird. Darunter findet sich auch die, daß bei Güterversicherungen die Konnossemente nicht an Order, sondern auf den Namen und unter Angabe der Nationalität des Abladers, Eigentümers und Empfängers ausgestellt werden müßten.

§ 849.

I. Zuschlagsprämie für Aufenthaltsrisiko nach § 101 Abs. 3 ASVB. 1. Hamburg ohne Datum, HansGZ. 16 Hptbl. 120, legt sie dem Cif-Verkäufer auf, der nach den Bedingungen der Schlußnote die Seeversicherung auf seine Kosten zu decken hatte.

2. Dagegen Hoeck, HansGZ. 16 Hptbl. 129, da der Cif-Verkäufer nur die Seeversicherung, nicht auch die Kriegsversicherung zu tragen habe und die Gefahr der Reise dem Käufer zur Last falle.

3. Ebenso wie zu 2 LG. Hamburg 18. 5. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 144.

4. **RG.** 22. 9. 16, LeipzZ. 16, 1474. Aus § 101 Abs. 3 ASVB. folgt nicht, daß die Zuschlagsprämie für das Aufenthaltsrisiko von dem Cif-Verkäufer zu tragen ist. Dieser hat nur die dem Vertrag, evtl. dem Handelsbrauche, entsprechende Seeversicherung zu nehmen. Hat er dies geleistet, so hat er seiner Pflicht hinsichtlich der Versicherung genügt. Wird infolge späterer Zwischenfälle eine weitere Seeversicherung nötig, so fallen deren Kosten nicht dem Verkäufer zur Last.

5. **RG.** 12. 5. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 174. Der Cif-Verkäufer ist nicht verpflichtet, auf seine Kosten jede Versicherung zu decken, die während der Reise vom Abladeplatze zum Bestimmungsorte nötig werden mag. Die Cif-Klausel besagt durch den Buchstaben i (insurance), daß die Kosten der Versicherung in den Kaufpreis eingeschlossen sind. Darunter wird nur die handelsübliche Versicherung gegen Seegefahr verstanden, nicht jede etwa notwendig werdende Versicherung, insbesondere nicht die Versicherung gegen Kriegsgefahr.

II. Causa proxima und causa remota. 1. Hamburg 10. 5. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 307, Hansa 16, 703, JW. 16, 1036, LeipzZ. 16, 1060. Die Worte des § 849 bringen zum Ausdrucke, daß die Befreiung des Versicherers nur dann eintreten soll, wenn die Kriegsgefahr die nächste Ursache des Schadens, dieser somit eine unmittelbare Folge der Kriegsgefahr ist. Dieser Fall liegt vor, wenn infolge der Kriegsereignisse die Güter durch eine feindliche Behörde dem Gewahrsame der Reederei entzogen waren und nach Entfernung der Schiffsbesatzung unter ungenügender Bewachung verblieben. ➠ Vom RG. am 29. 11. 16 aufgehoben. ⟵

2. Hamburg 14. 7. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 232, Hansa 16, 703. Wenn ein Schiff von einem feindlichen Kriegsschiff angehalten, mit Prisenbesatzung belegt wird und infolge falscher Navigation des Prisenoffiziers total verlorengeht, so ist nur dieser letztere Umstand die nächste Schadensursache. ➠ Vom RG. am 26. 11. 16 bestätigt. ⟵

3. Hamburg 5. 7. 16, DJZ. 16, 1179, HansGZ. 16 Hptbl. 245. Wenn ein Schiff vom Feinde genommen und mit Prisenbesatzung versehen ist und dann infolge Entzündung der Kohlen in Brand gerät, dann ist Feuer die nächste Schadensursache.

III. Verhalten des Kapitäns bei Kriegsausbruch. **RG.** 18. 11. 16, Hansa 16, 654. Kriegsklausel mit dem Zusatze: „Falls Deutschland an einem Kriege beteiligt ist

oder wird, hat das Schiff sofort einen neutralen Hafen anzulaufen und/oder dort zu bleiben." Der dem Kapitäne gemachte Vorwurf, daß er, nachdem er am 2. August 1914 nach der Abreise von Kalkutta den Ausbruch des Krieges zwischen Deutschland und Rußland erfahren hatte, nicht dorthin zurückgekehrt sei, ist nicht begründet. Er konnte nicht anders handeln, als geschehen. Er mußte damit rechnen, daß, wenn er in Kalkutta blieb, England, entgegen den Grundzügen des Völkerrechts, zur Beschlagnahme schritt. Er konnte auch damals nicht mit Bestimmtheit wissen, welche Häfen neutral bleiben würden. Er hat richtig gehandelt, als er die offene See zu gewinnen suchte, um dort Erkundigungen einzuziehen.

§ 851.

1. Hamburg 4. 4. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 188. Versicherung von Decksladung „einschließlich der Gefahren des Werfens und Überspülens, im übrigen frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle": Der Versicherer haftet auch für Zertrümmerung über Bord gespülter Ladung beim Losreißen, da der Vorgang ein einheitlicher ist.

2. **RG.** 2. 12. 16, Hansa 17, 63, LeipzZ. 17, 354. Es kommt bei dieser Klausel darauf an, ob die wirkende Ursache eine solche war, die typisch den gänzlichen Verlust herbeizuführen pflegt, oder ob ein Ereignis in Frage steht, das sich typisch als Beschädigung darstellt (z. B. Bruch von Fässern infolge starken Seeganges). Wenn die Versicherer die Gefahr des Überbordspülens von Fässern übernommen haben, ist zu untersuchen, ob die Fässer bei der stürmischen See in dem einheitlichen Vorgange des Lösens ihrer Befestigung beschädigt worden und über Bord gegangen sind, oder ob die vorher beschädigten Fässer zunächst wieder ordnungsmäßig befestigt wurden und erst später durch Überbordspülen vollständig vernichtet worden sind. Nur in dem letzteren — vom Versicherer zu beweisenden — Falle würde die früher eingetretene Beschädigung von dem später vernichteten Gesamtwert abzuziehen sein.

§ 854.

LG. Bremen, ohne Datum, Hansa 16, 348. Die Bremer Versicherungsbedingungen kennen nur den wirklichen Totalverlust und schließen das Abandonrecht des Versicherten ausdrücklich aus. Ein Totalverlust liegt daher nur vor, wenn das Schiff zugrunde gegangen oder dem Versicherten ohne Aussicht auf Wiedererlangung entzogen ist. Ein solcher Fall ist nicht gegeben, wenn die französische Behörde das Schiff in einem marokkanischen Hafen mit Beschlag belegt und in Benutzung genommen hat. Denn nach Art. 2 Abs. 2 des Haager Abkommens über die Behandlung der feindlichen Kauffahrteischiffe beim Ausbruche der Feindseligkeiten vom 18. Oktober 1907 hat die französische Regierung das Schiff nach dem Kriege ohne Entschädigung zurückzugeben: es ist also dem Versicherten nicht ohne Aussicht auf Wiedererlangung entzogen. Solange dieses Recht des Versicherten besteht und er nicht nachweist, daß es aus irgendwelchen Gründen nicht durchgeführt werden kann, ist die Versicherungssumme nicht fällig.

§ 861.

1. LG. Hamburg 4. 11. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 85. Das Recht des Abandons ist eine singuläre Bestimmung zugunsten des Versicherten, und es liegt kein Anlaß vor, es über die vertraglichen Grenzen hinaus ausdehnend anzuwenden. Wenn das Schiff mit der versicherten Ladung freiwillig nach England geht, so steht das einer Aufbringung nicht gleich.

2. **RG.** 25. 10. 16, DJZ. 17, 132, Hansa 16, 633 (ähnlich Hamburg 24. 3. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 148). Die Ausdrücke „Nehmung", „Aufbringung" und „Beschlagnahme" sind synonym im Sinne der Kriegsklausel und der ASVB. Sie stehen im Gegensatze zur „Konfiskation", die nur vom Prisengericht ausgehen darf, nicht von den Seeoffizieren, andererseits im Gegensatze zur bloßen „Anhaltung" und Durchsuchung, die nur eine vorübergehende ist. Wenn ein Dampfer aufgebracht und das Schiff genommen wird, so wird zugleich die Ladung genommen zum Zwecke der Konfiskation, um ein Prisengericht in die Lage zu setzen, zu entscheiden, ob Ware und Schiff konfisziert werden soll.

§ 866.

Hamburg 3. 11. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 13 ff. Wenn in erster Linie Schadensersatz wegen Totalverlusts, evtl. Zahlung der Versicherungssumme auf Grund der Abandonerklärung gefordert wird, so liegt hierin kein Widerruf der Abandonerklärung. Die letztere verbietet aber das Eingehen auf den grundsätzlichen Klagantrag: denn ist der Abandon rechtswirksam vollzogen, so fehlt es an der Möglichkeit, den Anspruch auf die Versicherungssumme noch auf den Totalverlust zu gründen. Nur dann ist dies möglich, wenn sich herausstellt, daß die Abandonerklärung rechtsungültig abgegeben war oder daß der Versicherte das Recht zum Abandon überhaupt nicht hatte. Die Rechtsgültigkeit der Abandonerklärung wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß der auf den Abandon gestützte Anspruch nur eventuell, d. h. unter einer Bedingung, geltend gemacht ist. Denn die Bedingung bezieht sich nur auf die Art der prozessualen Geltendmachung, nicht auf ihren Inhalt. Das Verhältnis ist kein anderes als bei der Eventualaufrechnung, die sich gleichfalls nicht als bedingte Aufrechnung auffassen läßt. ➠ Das Urteil hebt die Entscheidung des LG. Hamburg, JDR. 14, 529, auf. ⟵

§ 868.

1. **RG.** 17. 5. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 154, LeipzZ. 16, 939. Das Rechtsinstitut des Abandons hat den Zweck, dem Versicherten ein durch die übernommene Gefahr unbenutzbar gewordenes hochgefährdetes Kapital sofort als nutzbares wiederzuverschaffen. Er soll dieserhalb nicht auf den in Zukunft etwa eintretenden wirklichen Totalverlust bzw. auf die zweifelhafte Möglichkeit der Rettung verwiesen werden können. Hieraus folgt, daß, wenn, wie z. B. im Falle einer Bodmereibelastung, überhaupt kein Kapital des Versicherten der Gefahr ausgesetzt war, auch keine Entschädigung zu zahlen ist. Es kann auch gerechtfertigt sein, dem Versicherten die Entschädigung nur gegen eine Sicherheit zuzusprechen für den Fall, daß ihm das vorläufig entzogene Kapital infolge der Belastung später einmal wieder zugeht. Drittens kann die Sicherheitsleistung dann dem Versicherer obliegen, wenn eine Kapitalsentziehung erst für die Zukunft droht.

2. Hamburg 3. 11. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 14. Bei § 868 handelt es sich um einen von Gesetzes wegen erfolgenden Rechtsübergang, durch den der Versicherer in bezug auf den ganzen Komplex der abandonnierten Vermögensgegenstände ohne weiteres in die bisher von dem Versicherten eingenommene Rechtsstellung eintritt, keineswegs aber um eine die Leistung des Versicherers bedingende, in dem Vollzuge der Abtretung liegende Gegenleistung des Versicherten.

§ 869.

Hamburg 5. 5. 17, Hansa 16, 634, HansGZ. 16 Hptbl. 149, und **RG.** 25. 10. 16, Hansa 16, 634. Stillschweigende Voraussetzung der Verpflichtung zur Vorlegung der zur Rechtfertigung des Abandons dienenden Urkunden ist die Möglichkeit der Beschaffung derselben durch den Versicherten. Diese ist nicht vorhanden, wenn der Versicherte dazu gerade auf Grund des Ereignisses nicht in der Lage ist, gegen das er sich eingedeckt hat. ➠ Das OLG. hat das Urteil des LG. Hamburg, JDR. 14, 529, Nr. 2 zu § 861, aufgehoben. ⟵

§§ 882, 884.

Hamburg 24. 3. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 147. Die Vorlage der dort genannten urkundlichen Belege zum Beweise des versicherten Eigentumsinteresses ist nicht wesentlich; die Vorschriften sind nur zur Erleichterung des Beweises zugunsten des Versicherten gedacht.

§ 897.

1. AG. Bremen ohne Datum, Hansa 16, 104. Enthält die Police die Bedingung, „wenn während der Versicherungszeit eine Kriegsgefahr eintritt, hat der Versicherte das Recht, diese Versicherung zu kündigen, und wird die pro rata der nicht abgelaufenen Zeit berechnete Prämie (ohne Zulagen) zurückvergütet", so ist Voraussetzung der Kündigungs- und Rückforderungsbefugnis lediglich die, daß während der Versicherungszeit eine Kriegsgefahr eingetreten ist. Dafür spricht nicht bloß Wortlaut, sondern auch Zweck der Klausel. Denn ihr Anlaß ist darin zu suchen, daß für eine Kriegsgefahr selbst der Versicherer nicht

haftbar ist; da somit die Versicherung während eines Krieges für den Versicherten keinen Zweck hat und andererseits der Versicherer kein Risiko läuft, so erklärt sich, daß dem Versicherten die Berechtigung zur sofortigen Aufhebung der Versicherung eingeräumt ist. Dieser Zweck der Bestimmung rechtfertigt ebenfalls die Kündigung auch zu der Zeit, wo das Schiff bereits beschlagnahmt ist.

2. Gegen vorstehendes Urteil „Hanseat", Hansa 16, 104.

3. LG. Bremen ohne Datum, Hansa 16, 394. Die Vorschrift des § 897 gilt nicht, wenn die Police die Klausel enthält: „Falls während der Versicherungszeit eine Kriegsgefahr eintritt, hat der Versicherte das Recht, diese Versicherung zu kündigen, und wird für die nicht gelaufene Zeit der pro rata berechnete Teil der Zeitprämie zurückgegeben." ➠ Dagegen „Hanseat", Hansa 16, 395 ff. ⟵

Elfter Abschnitt. Verjährung.

§ 901.

LG. Hamburg 5. 2. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 180. Auf die gegen den Hauptschuldner erfolgte Verjährung des § 901 kann sich der Bürge berufen, aber nicht derjenige, der dem Schiffsgläubiger ein Garantieversprechen abgegeben hat, das den Gläubiger nicht vor den schädlichen Folgen der etwaigen Nichtleistung des Hauptschuldners, sondern nur gegen die Nachteile sichern sollte, die ihm aus der Nichtarrestierung des Schiffes erwachsen konnten. ➠ Vgl. JDR. 14, 521, Zusatz zu § 511. ⟵

§ 903.

RG. 14. 10. 16, R. 16 Nr. 2131. Die Ungewißheit über den Umfang und die Höhe des Schadens im einzelnen schließt den Beginn der Verjährung nicht aus, da alle nachteiligen Folgen, welche vom Verletzten im Zeitpunkte seiner Verletzung als möglich vorauszusehen waren und vorausgesehen worden sind, ihm in diesem Zeitpunkt als bekannt geworden gelten müssen. Den Worten „Kenntnis von dem Schaden" im § 903 Nr. 3 kann kein anderer Sinn beigelegt werden als den gleichen Worten im § 852 BGB.

Seerechtliche Nebengesetze, Binnenschiffahrtsgesetz und Flößereigesetz.

Gesetz betreffend das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1899.

§ 4.

Josef, HoldheimsMSchr. 16, 144 ff. Der Kreis der zulässigen Eintragungen ins Schiffsregister ist gesetzlich beschränkt auf Eigentum und Schiffspfandrecht; daher kann ein Nießbrauch am Schiffe ebensowenig eingetragen werden wie Reallasten und beschränkt persönliche Dienstbarkeiten. Dagegen ist eintragungsfähig eine Belastung der Forderung, für die das Schiffspfandrecht besteht (§ 104 FGG.); als solche Belastung kommt Pfandrecht und Nießbrauch in Betracht.

§§ 4, 13.

KG. 24. 9. 15, DJZ. 16, 139, EisenbE. 32, 438, JW. 16, 515, RJA. 14, 251, KGJ. 48, 139, SchlHolstAnz. 16, 164. Wird ein Handelsschiff in ein Kriegsschiff umgewandelt und damit von Grund aus seiner Erwerbsbestimmung auf nicht absehbare Zeit entfremdet, so verliert es das Flaggenrecht und die Eintragungsfähigkeit. ➠ Dagegen Schaps, JW. 16, 897; Josef, HoldheimsMSchr. 16, 146; auch Schlegelberger, GruchotsBeitr. 59, 206. ➠ Vgl. JDR. 13, 525. Die Streitfrage hat sich jetzt erledigt durch die BRVO. vom 16. 5. 1917 (RGBl. 411), die sich auf den dem KG. entgegenstehenden Standpunkt stellt. Red. ⟵

Seestraßenordnung vom 5. Februar 1906.

Artt. 5, 29.

RG. 3. 6. 16, Hansa 16, 437, LeipzZ. 16, 1430, R. 16 Nr. 1402. Nach Art. 5 muß jedes Fahrzeug, welches geschleppt wird, dieselben Lichter führen, die durch Art. 2 für ein Dampffahrzeug in Fahrt vorgeschrieben sind, mit Ausnahme der dort erwähnten weißen Lichter. Art. 2 bestimmt, daß an Steuerbordseite ein grünes, an Backbordseite ein rotes Licht zu führen ist. Nach der Seemannssprache liegt für jemand, der ein Schiff von hinten nach vorn sieht, die Steuerbordseite zur rechten, die Backbordseite zur linken Hand, eine Begriffsbestimmung, die sich für das geschleppte Schiff auch beim Schleppen über Steuer nicht ändert. Der Art. 5 betrifft aber nicht diese (als Ausnahme in Betracht kommende) Art und Weise des Schleppens, sondern den Regelfall, wenn das Schiff von vorn geschleppt wird. Für jenen Fall enthält die SeeStrO. keine ausdrückliche Bestimmung. Da sie das Schleppen über Steuer nicht verbietet, so regelt die Lichterführung des so geschleppten Schiffes die allgemeine Vorschrift des Art. 29, wonach die durch die besonderen Umstände des Falles gebotenen Vorsichtsmaßregeln anzuwenden sind. Danach handelt der Schiffer vorwurfsfrei, wenn er gemäß der durch den Schlepper angegebenen Fahrtrichtung das grüne Licht auf der Backbordseite, das rote Licht auf der Steuerbordseite des über Steuer geschleppten Schiffes .... anbringt .... ➠ Vorstehende Ausführungen stehen mit der ständigen seemännischen Praxis nicht in Einklang. Dagegen Lesser, Hansa 16, 438 u. 532 ff. Dafür aber: Bick, Hansa 16, 532; Reicke, daselbst 611. ⟵

Art. 8.

Budde, Hansa 16, 152 ➠ vgl. JDR. 14, 532 ⟵. Lotsenfahrzeuge, die ihren Dienst tun und gleichzeitig geankert haben, müssen während der Dauer des Ankerns auch das Ankerlicht führen und bei Nebel mit der Glocke läuten.

Art. 10.

RG. 3. 6. 16, R. 16 Nr. 1403. Bei einem Schleppzug ist es nicht Sache des Führers des Schleppers, sondern Sache des Führers des geschleppten Schiffes, auf überholende Schiffe zu achten und ihnen ein weißes Licht zu zeigen.

Art. 29.

RG. 11. 12. 15, LeipzZ. 16, 610. Unbedenklich ist die Feststellung der Verpflichtung zur Abgabe verkehrsüblicher Warnungssignale.

Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juli 1895

(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898).

§ 1.

Schiffahrt im Kaiser-Wilhelm-Kanal. 1. **RG.** 3. 12. 15; 87, 347, Hansa 16, 85, HansGZ. 16 Hptbl. 24, JW. 16, 319 (das Urteil des OLG. Kiel, JDR. 14, 532, bestätigend). Dem Kanallotsen liegt eine Amtspflicht nicht nur gegenüber dem Reeder des von ihm geleiteten Schiffes ob, sondern auch gegenüber den übrigen im Kanale befindlichen Schiffen. ➠ Dazu Leo, JW. 16, 319. ⟵ Red.

2. Kiel 10. 2. 16, SchlHolstAnz. 16, 106 ff. Der Lotsenzwang im Kaiser-Wilhelm-Kanal ist vom Reiche nicht etwa im Interesse der Schiffsinteressenten eingeführt, sondern im militärischen und fiskalischen Interesse. Er gilt tatsächlich nicht für Schiffe, die aus der Brunsbütteler Schleuse hinaus auf den Elbstrom fahren.

3. Kiel 13. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 38. Bei Erlaß des § 36 KanalbetriebsO. vom 23. Februar 1911 ist das Kanalamt von der zutreffenden Auffassung ausgegangen, daß ein Ausweichen eines Schleppzugs vor einem überholenden Schiffe nur an solchen Stellen des gewöhnlichen Kanalprofils in Frage kommen darf, wo ein Überholen ohne Gefahr für beide Teile erfolgen kann.

Zusatz zu § 1.

Rheinschiffahrtsakte. **RG.** 27. 10. 15; 87, 251, LeipzZ. 16, 387. Durchschlagende Gründe dafür, daß die Zuständigkeit der Rheinschiffahrtsgerichte nach Art. 34 Abs. 2 RheinSchAkte in Ansehung der privatrechtlichen Streitigkeiten eine ausschließliche sei, lassen sich nicht beibringen. Die Ausschließlichkeit darf um so weniger angenommen werden, als die Sondergerichte von § 14 GVG. nur als Ausnahmen von der ordentlichen Gerichtsbarkeit „zugelassen" sind. Es ist also die Vereinbarung der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, auch die stillschweigende, zulässig. Die Zuständigkeitsvorschriften der Rheinschiffahrtsakte sind revisible Rechtsnormen.

§ 4.

1. Mittelstein, Beschränkte Haftung des Frachtführers im Binnenschiffahrtsverkehr, LeipzZ. 16, 1081 ff. I. Der Frachtführer braucht nicht Schiffseigner zu sein. Der Frachtführer, der nicht gleichzeitig Schiffseigner ist, haftet mit seinem ganzen Vermögen. Es ist ihm aber unbenommen, sich im Frachtvertrag eine Beschränkung seiner Haftung auszubedingen, z. B. dahin, daß er, selbst wenn er Schiffseigner ist, in allen Fällen nur mit Schiff und Fracht haftet oder daß er, wenn er nicht Schiffseigner ist, nur bis zur Höhe des Wertes des zur Beförderung verwandten Schiffes und seiner Fracht haftet. II. Ist der Frachtführer gleichzeitig Schiffseigner, so haftet er als solcher insbesondere in den Fällen des § 4 nur beschränkt. Demgegenüber kann der den Anspruch Erhebende sich nicht auf den Standpunkt stellen, daß er den Frachtführer-Schiffseigner nur in der ersteren Eigenschaft auf Grund des Frachtvertrags in Anspruch nehme. Der Frachtführer-Schiffseigner haftet sowohl nach § 58 BinnenSchG. wie nach §§ 3, 4 BinnenSchG. Soweit aber ein Tatbestand vorliegt, der unter §§ 3, 4 fällt, haftet er nur mit Schiff und Fracht, woran die Tatsache allein, daß er einen Frachtvertrag geschlossen hat, nichts ändert. Der Umstand, daß der Frachtführer Schiffseigner ist, ist für den Inhalt des Frachtvertrags ohne Bedeutung. Es kommt darauf an, ob der Tatbestand, auf Grund dessen der Frachtführer, der als Schiffseigner die Beförderung ausführte, in Anspruch genommen wird, unter den § 4 fällt. Ist das ersichtlich, so haftet der Frachtführer beschränkt, sonst nicht. III. Der Übernehmerspediteur (§ 413 Abs. 1 HGB.), der die Beförderung durch einen von ihm angenommenen Schiffseigner ausführen läßt, kann nicht die beschränkte Haftung für sich in Anspruch nehmen; denn er ist nicht Schiffseigner. Er steht einem Frachtführer gleich, der durch einen Schiffseigner das übernommene Gut befördern läßt. IV. Wenn der Frachtführer im Frachtvertrag oder in Frachtbedingungen sich freigezeichnet hat von der Vertretung seiner Leute, so ist regelmäßig anzunehmen, daß er gerade für die Besatzung des Schiffes, durch welches das von ihm übernommene Gut befördert wurde, nicht haften wollte, mochte er der Eigner dieses Schiffes sein oder nicht. V. Wenn der Absender nicht den Frachtführer, mit dem er abgeschlossen hat, sondern den Schiffseigner, der das Gut von dem Frachtführer übernommen hat, in Anspruch nehmen will, so kann er das, da zwischen ihnen ein Frachtverhältnis nicht besteht, nur auf Grund der §§ 3, 4 BinnenSchG. und der Vorschriften des BGB. über unerlaubte Handlungen. Andererseits kann der Schiffseigner sich dem geschädigten Ladungsberechtigten nicht darauf berufen, daß er sich in seinem Frachtvertrage z. B. von der Vertretung des Verschuldens seiner Besatzung freigezeichnet hat; denn diese Abmachung ist nicht mit dem Ladungsberechtigten, sondern mit dessen Vertragsgegner getroffen. Ausnahmsweise aber kann sich der Schiffseigner auf die befreienden Bestimmungen des Frachtvertrags berufen, wenn dies zu seinen Gunsten in dem von dem Ladungsberechtigten geschlossenen Frachtvertrag ausbedungen war oder wenn der Vertragsgegner des Schiffseigners den Frachtvertrag für fremde Rechnung, insbesondere als Spediteur, geschlossen hat. Im letzteren Falle muß nach Treu und Glauben der Ladungsberechtigte den von dem Spediteur geschlossenen, den Schiffseigner günstiger stellenden Frachtvertrag gegen sich gelten lassen.

2. **RG.** 11. 12. 15, EisenbE. 33, 90, LeipzZ. 16, 610. In Nr. 2 der Hamburg-Altonaer Ewerführer-Bedingungen von 1889, durch welche eine persönliche Haftung des Frachtführers bis zum Höchstbetrage von 10 000 M. vereinbart wird, liegt ein Ausschluß seiner Sach-

haftung nach § 4 Nr. 2 BinnenSchG., aber nicht der Ausschluß der Sachhaftung des Eigners eines von ihm gemieteten Schleppers.

Zusatz zu § 4.

Schleppschiffahrt. 1. Hamburg 24. 5. 13, OLG. 32, 189. Wenn ein nicht verkehrshindernd an erlaubter Stelle liegender Kahn durch einen von einem Schlepper in Bewegung gesetzten, aber von ihm losgerissenen Kahn angerannt und beschädigt wird, dann ist es Sache des in Anspruch genommenen Schleppereigners, den Schlepper zu entschuldigen, also den Hergang soweit aufzuklären, daß ersichtlich wird, die Beschädigung sei trotz Aufwendung aller im Verkehr erforderlichen Sorgfalt des Schleppers nicht zu vermeiden gewesen.

2. **RG.** 1. 5. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 4, SeuffA. 71, 411, SGZ. 16, 408. Ein Prima-facie-Beweis gegen den Schlepper, dessen Anhang sich während der Fahrt losgerissen und ein stilliegendes Fahrzeug angerannt hat, liegt insofern vor, als das Anrennen des stillliegenden Schiffes eine Ordnungswidrigkeit darstellt, die die Entschuldigung des Schleppers erfordert. Der Prima-facie-Beweis hat aber nicht die Bedeutung einer gesetzlichen Vermutung des Verschuldens, die nur durch einen vollen Gegenbeweis zu beseitigen wäre, sondern es genügt, daß Umstände dargelegt und glaubhaft gemacht werden, die den Verdacht eines Verschuldens zu entkräften geeignet sind, so daß sich die Wahrscheinlichkeit eines Herganges ergibt, der ein Verschulden nicht bedingt, mag auch die Möglichkeit eines solchen nicht ausgeschlossen sein.

3. Hamburg 12. 2. 13, OLG. 32, 196. a) Wenn ein bugsiertes Schiff auf der Bugsiertour mit einem festen Gegenstande zusammenstößt, so hat bei einem Schleppvertrage der Schleppunternehmer sich und, wenn er den Vertrag nicht selbst ausführt, seine Leute zu rechtfertigen. b) Nach feststehender Rechtsprechung gehört es schon im allgemeinen Interesse der Sicherheit des Schiffsverkehrs zu den Obliegenheiten des Schlepperführers, für eine genügend sichere Verbindung der Bestandteile des Schleppzugs zu sorgen. Ohne sichere Vertauung darf die Schleppfahrt überhaupt nicht angetreten werden, wobei gleichgültig ist, wem das jeweilig benutzte Tau gehört.

4. Hamburg 4. 1. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 96. Auf das Schleppen von Seeschiffen ist § 34 Abs. 3 des Hamburgischen Hafengesetzes, nach dem die Schlepptrosse so kurz angebunden sein muß, daß das geschleppte Fahrzeug nur knapp hinter dem Dampfer durchgieren kann, nicht anwendbar.

5. KG. 5. 10. 15, KGJ. 48, 351. Der Führer eines Schleppzugs, dem eine Polizeivorschrift (hier: die Strom- und Schiffahrtspolizeiverordnung des Regierungspräsidenten in Potsdam für die ihm unterstellten Wasserstraßen vom 17. Januar 1896 i. d. F. der Strom- und Schiffahrtspolizeiverordnung desselben über die Besatzung der Fahrzeuge im Mobilmachungsfalle vom 4. August 1914) die Befehlsgewalt über Mannschaften der Anhänge einräumt, ist für die auf diesen Anhängen vorgekommenen Übertretungen schiffahrtspolizeilicher Vorschriften strafrechtlich verantwortlich, sofern ihn ein Verschulden trifft.

§ 14.

Grobleben, Anwaltskosten im Verklarungsverfahren, R. 16, 604. Die Anwaltskosten im Verklarungsverfahren bestimmen sich nicht nach der RAGebO., sondern nach Landesrecht.

§§ 15, 16.

Mittelstein, Ortsgebrauch als Gewohnheitsrecht oder Verkehrssitte im Binnenschiffahrtsverkehre, LeipzZ. 16, 9 ff. Wenn die HK. Duisburg in einem Gutachten „ein dem § 15 entgegenstehendes Gewohnheitsrecht" dahin feststellt, daß Frachtverträge zwischen Verlader und Setzschiffer auf dem Duisburg-Ruhrorter Frachtenmarkte gültig abgeschlossen werden, ohne daß dabei in Frage kommt, ob der Setzschiffer besonders bevollmächtigt ist oder nicht, so ist einem solchen örtlichen Gewohnheitsrecht als solchem die gerichtliche Anerkennung zu versagen, da es Reichsrecht nicht brechen kann. Es kommt aber als Verkehrs-

sitte nach §§ 157, 242 BGB., § 346 HGB. in Betracht. Es ergibt sich folgende Rechtslage. Auf dem Duisburg-Ruhrorter Frachtenmarkte pflegen Setzschiffer Frachtverträge abzuschließen ohne besondere Vollmacht, und solche Frachtverträge werden allgemein als gültig behandelt. Im Vertrauen auf solche Übung wird dort der Absender mit dem Schiffer abschließen, ohne zu fragen, ob dieser bevollmächtigt ist. Andererseits muß der Schiffseigner damit rechnen, daß Schiffer und Befrachter gutgläubig so verfahren. Selbst wenn man nicht im einzelnen Falle feststellen kann, daß der Schiffer mit Rücksicht auf solchen Gebrauch geradezu stillschweigend bevollmächtigt zum Abschlusse war, so wird doch der Schiffseigner an solchen Vertrag gebunden sein, wenn er dem Gebrauche nicht in einer für den anderen Teil erkennbaren Weise entgegentrat. Der Schiffseigner wird zu diesem Zwecke seinem Schiffer solche Frachtschlüsse verbieten. Noch wirkungsvoller wird es sein, wenn die Frachtführer vereinigt solchem Ortsgebrauch in öffentlicher Erklärung entgegentreten. Das ist ein Weg, auf dem nicht nur die Wirkung, sondern geradezu der Bestand eines Ortsgebrauchs beseitigt werden kann.

§ 35.

S. oben zu §§ 578, 579 HGB.

§ 37.

1. Hamburg 23. 3. 16, LeipzZ. 16, 1505, HansGZ. 16 Hptbl. 202, SeuffA. 71, 291. Reiseantritt im Sinne des § 37 liegt vor, sobald das Schiff den Ladeplatz zwecks Antritts der Frachtreise verlassen hat. Von einer positiven Bestimmung, wie sie in §§ 582, 580 HGB. getroffen ist, hat das BinnenSchG. abgesehen.

2. Mittelstein, Schadensersatz im Falle des § 582 HGB. und des § 37 BinnenSchG., LeipzZ. 16, 1536 ff., s. zu § 582 HGB.

3. Hamburg 23. 3. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 203. Zu ersetzen ist nach § 37 Abs. 2 nicht Liegegeld, auch nicht schlechthin jeder Schaden, sondern nur der Schaden, der aus dem durch die Wiederausladung verursachten Aufenthalte dem Frachtführer entsteht.

§ 46.

1. Mittelstein, Ortsgebrauch als Gewohnheitsrecht oder Verkehrssitte im Binnenschiffahrtsverkehre, LeipzZ. 16, 13. Es gehört nicht zur Löschbereitschaft, daß der Schiffer auch schon den Platz im Ablieferungshafen erreicht hat, an dem er löschen soll: es genügt vielmehr, daß er bei Beginn der Löschzeit an dem angewiesenen Platze löschbereit liegt. Der von der HK. Berlin bezeugten Verkehrssitte, daß die Ankunft an der polizeilich angewiesenen Anlegestelle in der Nähe des Berliner Weichbildes der Ankunft in Berlin im Sinne des § 46 gleichzuachten sei, ist die Anerkennung nicht zu versagen.

2. Hamburg 24. 4. 13, OLG. 32, 192. Durch die Ladescheinsbestimmung, die Entlöschung solle an der eigenen Ausladestelle des Empfängers stattfinden, wird dem Verfrachter nicht ein Einstehen dafür zugemutet, daß sein Kahn, der keine außergewöhnlichen Dimensionen hat, längsseit vor die Abladestelle gelegt werden kann, wenn es sich nicht um einen Löschplatz an einem öffentlichen Gewässer, sondern um einen solchen an einem privaten Wasserwege handelte. Daher kann von ihm nur beansprucht werden, daß er mit seinem Kahne tunlichst weit an die Ausladestelle heranfährt. Baggerkosten sind nicht zu seinen Lasten.

§§ 48, 49.

Düsseldorf 17. 3. 15, EisenbE. 32, 424, LeipzZ. 15, 1674. Der Anspruch auf Liegegeld erwächst dem Frachtführer, und zwar gegen den Empfänger, wenn der Schiffer sich löschbereit erklärt und der Empfänger daraufhin Gut und Frachtbrief angenommen hat. Ob daneben der Absender haftet, kommt nicht in Betracht. Bei § 48 Abs. 3 geht das Gesetz von dem Grundsatz aus, daß jeder die Hindernisse bei der Löschung zu vertreten hat, die auf seiner Seite eintreten. Der vielleicht nicht zu verhindernde oder zu ersetzende Verlust an Arbeitskräften auf seiten des Empfängers ist kein Fall des § 48 Abs. 3 Satz 2.

§§ 48, 50.

Mittelstein, Ortsgebrauch als Gewohnheitsrecht oder Verkehrssitte im Binnenschiffahrtsverkehre, LeipzZ. 16, 11. Wenn ein Gutachten der HK. Duisburg feststellt, es sei

bei der Berechnung der Überliegezeit handelsüblich, auch die Sonntage und die allgemeinen Feiertage in Ansatz zu bringen, so widerspricht dies der gesetzlichen Berechnung des § 50 Abs. 2 in Verb. mit § 48 Abs. 3. Eine solche Handelsübung konnte sich aber bilden, denn die Überliegezeit beruht nicht, wie die Löschzeit, auf Gesetz, sondern auf Vereinbarung. Schweigt die Vereinbarung über die Anrechnung der Sonn- und Feiertage, so geht die Verkehrssitte der nachgiebigen Regel des Gesetzes vor, denn zunächst ist nach der Verkehrssitte die Vereinbarung auszulegen.

§ 58.

Hamburg 14. 1. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 209. Dem Frachtführer steht der Beweis frei, daß das Nichtvorhandensein einer Besatzung auf dem mit der Ladung versunkenen unbewachten Fahrzeuge für den Unfall nicht klausal gewesen ist.

§ 61.

1. LG. Hamburg 13. 7. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 305. Bei der Löschung einer Kohlenladung durch Greifer ist Gewichtsermittlung durch Sachverständige nicht möglich. Aber aus ihrer stillschweigenden Zulassung durch den Schiffer ist sein Verzicht auf die Vorschrift des § 61 nicht zu folgern.

2. Mittelstein, Ortsgebrauch als Gewohnheitsrecht oder Verkehrssitte im Binnenschiffahrtsverkehre, LeipzZ. 16, 12. Es ist unrichtig, wenn die HK. Berlin meint, es liege in der Vereinbarung der Löschung durch Elevator „ein Verzicht auf das im § 61 festgesetzte Recht". Denn § 61 handelt nicht von einem Rechte des Frachtführers, sondern von einem Verfahren des Empfängers, der Rechte verliert, wenn er sich nicht rührt. Die Unterwerfung der Parteien durch die Verkehrssitte unter das von der selbsttätigen Wage ermittelte Gewicht bindet beide Teile an dieses Gewicht und schließt aus, daß eine nochmalige Verwägung gefordert werden darf. Wenn aber der Empfänger trotz der Annahme des Gutes noch Ansprüche wegen einer Beschädigung oder Minderung geltend machen will, die von der Feststellung des Gewichts unabhängig sind, so muß er zur Erhaltung seiner Ansprüche auch das tun, was § 61 fordert. ➵ Vgl. hierzu JDR. 9, 637. ⇠

§ 72.

RG. 18. 12. 15; 87, 389, DJZ. 16, 535, HansGZ. 16 Hptbl. 117, JW. 16, 417, LeipzZ. 16, 386. Aus einem als Namenspapier ausgestellten Ladescheine haftet der Frachtführer nur, wenn er ihn in verpflichtender Absicht übertragen hat. Es ist unzulässig, die besonderen gesetzlichen Fälle der verschärften Skripturhaftung (Inhaberpapier, Wechselakzept) ohne Anhalt an bestimmte Gesetzesvorschriften auf Grund allgemeiner Zweckmäßigkeitserwägungen zu vermehren. ➵ Hierzu Leo, JW. 16, 417. ⇠

§ 85.

LG. I Berlin 14. 5. 15, Eisenb.E 32, 314. Aus dem Umstande allein, daß § 85 die Bestimmungen des § 719 HGB. für das Binnenschiffahrtsrecht für entsprechend anwendbar erklärt, ist nicht zu folgern, daß jene Bestimmungen in allen Einzelheiten für das Binnenschiffahrtsrecht Geltung haben sollen. Vielmehr ist unter ihrer „entsprechenden" Anwendung nur eine solche zu verstehen, die den Verschiedenheiten der Grundsätze des Seerechts und des Binnenschiffahrtsrechts Rechnung trägt. Der gesetzgeberische Grund, der im Seerechte zu der Bestimmung des Abzugs der ganzen Fracht bei Berechnung des beitragspflichtigen Ladungswerts geführt hat, ist aber in der Bestimmung des § 721 zu suchen, nach der auch die Fracht zur großen Haverei beizutragen hat. Wäre daher bei Berechnung des beitragspflichtigen Ladungswerts auch die Fracht in Ansatz gebracht worden, so würde sie doppelt zur großen Haverei beisteuern. Anders im Binnenschiffahrtsrechte, wo die Fracht von der Beitragspflicht befreit ist: hier fehlt es an dem für das Seerecht maßgebenden Grunde, die Fracht bei der Berechnung des beitragspflichtigen Wertes der Ladung außer Ansatz zu lassen. Es würde im Gegenteile bei Abzug der Fracht die Beitragsquote des Schiffseigners sich erhöhen und dadurch die vom Gesetze beabsichtigte Entlastung des Schiffseigners beeinträchtigt werden. ➵ Vgl. Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht 1, 362. ⇠

§ 117.

KG. 23. 1. 14, OLG. 32, 190 ff. Die kurze Verjährung des § 117 Nr. 7 trifft auch solche Ansprüche, die auf ein Verschulden des sein Schiff selbst führenden Schiffseigners gegründet sind. § 852 BGB. ist nicht anwendbar, weil die Verjährung durch die §§ 117, 118 BinnenSchG. für die ihr unterworfenen Tatbestände erschöpfend geregelt ist.

Gesetz, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei.

Vom 15. Juni 1895.

§§ **22, 23, 30.**

1. Buch, Schuld und Haftung im geltenden Rechte 53 ff. Es liegt eine mit persönlicher Haftung ausgestattete Schuld vor, bei der andererseits die Haftung auf eine einzelne Sache beschränkt ist. Es haftet der Floßeigentümer für gewisse Schulden persönlich mit dem Floße (wenn im § 23 die „persönliche Verpflichtung" verneint ist, so ist damit nur gemeint, daß keine unbeschränkte Haftung vorliegt); also Klage gegen den Floßeigentümer persönlich auf Zahlung, wobei er einen Vorbehalt erwirken, durch den Nachweis des Unterganges des Floßes auch Klagabweisung erreichen kann. Dazu hat der Gläubiger ein gesetzliches Pfandrecht am Floße (und damit auch ein Absonderungsrecht); soweit durch Veräußerung des Floßes das Pfandrecht erlischt, trifft den Veräußerer nur eine durch die Höhe des Erlöses begrenzte Schuld, für die er persönlich und unbeschränkt haftet.

2. Bamberg 20. 11. 15, SeuffA. 71, 202. Daraus, daß § 30 Nr. 3 den Beisatz „(§ 22 Abs. 1)" enthält, darf nicht geschlossen werden, daß nur die im § 22 Abs. 1 erwähnte Haftung mit dem Floße der kurzen Verjährung unterliege, während es bei der im § 23 Abs. 1 im Falle der Veräußerung des Floßes eintretenden persönlichen Haftung mit dem Erlöse des Floßes bei der gewöhnlichen Verjährung, etwa der von § 852 oder gar der von § 195 BGB., zu verbleiben hätte. § 23 Abs. 1 steht im engsten Zusammenhange mit § 22 und ergänzt diesen nur zur Erläuterung des Umfanges der Haftung, stellt aber keinen besonderen, auf neue Voraussetzungen gegründeten Ersatzanspruch auf. § 22 bestimmt, daß der Floßeigentümer für die durch sein Floß angerichteten Beschädigungen mit dem Floße haftet, solange dieses noch unveräußert und in dem Umfange vorhanden ist, den es bei der Schadenszufügung hatte, und § 23 setzt, wenn das Floß nicht mehr vorhanden ist, an dessen Stelle den aus der Veräußerung des Floßes erzielten Erlös, da das Landvermögen des Floßeigentümers nicht zum Nachteile des zum Schadensersatze berechtigten Floßvermögens bereichert werden soll.

Post-, Telegraphen- und Fernsprechrecht.

Schrifttum: Geiger, Die Schadensersatzpflicht der Postverwaltung bei Beschädigung von Wertsendungen mit zu geringer Wertangabe, EisenbE. 32, 359. — Hellmuth, Reformfragen im Reichspostgesetz, EisenbE. 32, 252. — Meißner, Rechtliche Beziehungen zwischen der Telegraphenverwaltung und den Eisenbahnen im Sinne des Gesetzes vom 3. November 1838 bei Kreuzung von Telegraphenlinien und Bahnlinien im Zuge von öffentlichen Verkehrswegen, EisenbE. 32, 23. — Riggl, Überweisungs- und Scheckverkehr der Post, BayRpflZ. 10, 8—23. — Scholz, Die Absenderverfügung im Postrecht (Schluß), EisenbE. 32, 239.

Verletzung der Amtspflicht (§ 839 BGB.). Colmar 17. 11. 14, EisenbE. 32, 404, ElsLothZ. 15, 417. Der Telegraphenbeamte begeht eine Amtsverletzung, wenn er gegen die Bestimmung über die Vergleichung von Telegrammen verstößt. War die Drahtnachricht in Ziffern, statt in Buchstaben, aufgegeben, so liegt darin kein mitwirkendes Verschulden des Absenders.

Fernsprechrecht.

1. **RG.** 9. 3. 15; 86, 311, EisenbE. 32, 284. Der Reichsfiskus haftet einem Fernsprechteilnehmer, welcher nicht Eigentümer des angeschlossenen Grundstücks ist, wegen Entziehung des Anschlusses nicht.

2. **RG.** 2. 11. 14, EisenbE. 32, 283. Bei Arbeiten, die das Abschneiden von Telephondrähten in der Nähe von Starkstromleitungen mit sich bringen können, hat der verfassungsmäßige Vertreter des Fiskus (Telegrapheninspektor) dafür Sorge zu tragen, daß Wachen oder Warnungstafeln zur Warnung herannahender Personen aufgestellt werden.

Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

I. Vorbemerkung: Das Schrifttum hat im laufenden Berichtsjahr außer dem unten erwähnten Buche von Fränkel bemerkenswerte Neuerscheinungen nicht gebracht. Dagegen hat das RG. Gelegenheit gehabt, sich mehrfach mit Fragen aus dem Gebiete der GmbH. zu beschäftigen. Das eine bei § 3 III wiedergegebene Urteil erörtert die Frage, inwieweit die von den Gesellschaften über die Kapitaleinlage hinaus übernommenen Verpflichtungen einer genauen Bestimmung im Gesellschaftsvertrage bedürfen und ob § 315 BGB. (Bestimmung der Leistung durch einen Vertragsteil oder durch Dritte) hier anwendbar ist. **RG.** 87, 246 (vgl. § 15 V) bejaht die Anwendung der Formvorschrift des § 15 Abs. 4 auf eine vor Eintragung der Gesellschaft erfolgende Veräußerung eines Geschäftsanteils und auf die Abtretung eines Geschäftsanteils durch einen mit sich selbst kontrahierenden Bevollmächtigten. Daß Nachschüsse auch schon vor vollständiger Einzahlung der Stammeinlagen eingefordert werden dürfen, spricht **RG.** 87, 179 aus (vgl. § 26). **RG.** 87, 383 erörtert die Frage, wann der Anspruch der Gesellschafter auf Auszahlung des Reingewinns zur Entstehung kommt und ob hierzu neben der Bilanzfeststellung noch ein besonderer Gewinnverteilungsbeschluß notwendig ist (vgl. § 29). Endlich erklärt **RG.** 87, 165 (vgl. § 55) den Übernehmer eines Stammanteils bei ungewöhnlicher Verzögerung der Durchführung der Kapitalserhöhung zum Rücktritte von der Zeichnung für berechtigt. Hervorzuheben sind auch zwei Urteile des KG., von denen das eine sich mit dem Stimmrechte bei verpfändeten Geschäftsanteilen (vgl. § 47), das andere mit der Einreichung der Gesellschafterliste durch den Liquidator, dem vom Konkursverwalter gekündigt wurde, beschäftigt.

II. Schrifttum: Fränkel, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Tübingen 1915) behandelt ausführlich vom volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte die Grundlagen und die Entwicklung der GmbH. und kommt (S. 291) zu folgendem Schlusse: „Wohl hat ein dringendes oder gar zwingendes Bedürfnis für die Einführung dieser Gesellschaftsform in Deutschland nicht bestanden. Wohl kennen auch andere Staaten neben der Aktiengesellschaft nicht noch andere Gesellschaften mit beschränkter Haftung, und die wenigsten sehnen sich nach ihnen. Ihr Aktienrecht ist aber nicht so streng wie das deutsche. Für Österreich und Deutschland ist die Erhaltung der GmbH. volkswirtschaftlich wünschenswert. Dort bilden sie die Zuflucht für viele Unternehmungen, die ohne den übermäßigen Steuerdruck die Form der AG. gewählt hätten. Hier hat sich die Wirtschaftsgemeinschaft so sehr an sie gewöhnt, daß in den letzten Jahren mehr GmbH. als off. HG. gegründet worden sind. Werden die notwendigen Reformen — dazu rechnet Verfasser Höchst- und Mindestgrenze für die Zahl der Gesellschafter, Ausschluß des Anteilhandels, Anteilbuch, Garantie- und Gründerhaftung — durchgeführt, so werden viele Gründungen unterbleiben. Was dabei abfällt, ist nicht lebensfähiger Abfall." — Eine Besprechung des Werkes durch Hachenburg findet sich JW. 16, 105.

Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft.

§ 1.

Dauer der Gebundenheit bei Übernahme eines Geschäftsanteils. Das JDR. 14 § 1 Ziff. 2 abgedruckte Urteil des RG. findet sich auch **RG.** 87, 165, Holdheims MSchr. 16, 204, JW. 16, 47 (mit einer Bemerkung Hachenburgs) und BauersZ. 23, 133. Zu dem Urteile bemerkt die Schriftleitung von BauersZ.: „Dem Urteile kann man im allgemeinen beipflichten. Es sind jedoch die Ausnahmen zu berücksichtigen, die das Geschäftsleben täglich bietet. Es kommt vor, daß die Erhöhung des Stammkapitals lange Zeit und, wie die Erfahrung lehrt, ein bis zwei Jahre und mehr Zeit zur Durchführung erfordert, nämlich in den Fällen, in denen die Erhöhung des Stammkapitals beschlossen wird, ohne daß die Abnehmer der neuen Stammanteile schon vorhanden sind, diese vielmehr erst gesucht werden müssen, was Mühe und Zeit erfordert." Vgl. unten Ziff. 3 zu § 55.

§ 2.

1. Übernahme der Garantie für die Stammeinlage eines Teilhabers einer nicht zur Entstehung gelangten GmbH. Das JDR. 14 § 2 abgedruckte, nicht vom OLG. Bamberg, sondern vom RG. erlassene Urteil findet sich auch BauersZ. 23, 65.

2. Dresden 12. 2. 16, DNotV. 16, 576. Ein Einzelkaufmann kann unter seiner Firma als Gründer einer GmbH. auftreten. Vgl. unten zu § 8 Abs. 1 Ziff. 3.

§ 3.

Inhalt des Gesellschaftsvertrags. I. Firma. Vgl. zu § 4.

II. Gegenstand des Unternehmens. 1. **RG.** 16. 11. 15, BauersZ. 23, 180, DNotV. 16, 579, HoldheimsMSchr. 16, 90, R. 16 Nr. 119. Der Gegenstand des Unternehmens braucht im Gesellschaftsvertrage nicht noch besonders bezeichnet zu werden, wenn er aus dem Vertrag als unzweifelhaft zu erkennen ist (Firma: „Vertriebsgesellschaft zahnärztlicher und zahntechnischer Bedarfsartikel nur für Mitglieder des wirtschaftlichen Verbandes deutscher Zahnärzte mbH.").

2. **RG.** 7. 3. 16, BauersZ. 23, 252, DNotV. 16, 577, JW. 16, 745, LeipzZ. 16, 678, R. 16 Nr. 1194, SchlHolstAnz. 16, 91, WarnE. 16, 231, ZBlFG. 17, 51. Das Gesetz fordert nur eine allgemeine Andeutung dessen, was Gegenstand des Unternehmens sein soll. Irgendeine Spezialisierung wird (**RG.** 62, 96) nicht verlangt. Es stimmt mit dem Gesetze durchaus überein, wenn für den Gegenstand des Unternehmens im Statute nur ein Rahmen entworfen wird, der seine Ausfüllung durch anderweite Festsetzungen empfängt.

III. Abs. 2. Nebenleistungspflichten. Bestimmtheit der Leistungen der Gesellschafter. **RG.** 29. 10. 15; 87, 261, BauersZ. 23, 138, DNotV. 16, 580, HoldheimsMSchr. 16, 42, JW. 16, 126, LeipzZ. 16, 41, R. 16 Nr. 750, 751. Die Verpflichtungen, die ein Gesellschafter nach § 3 außer der Leistung von Kapitaleinlagen auf sich nimmt, müssen nicht notwendig nach jeder Richtung hin in Art und Maß schon in der Satzung selbst genau formuliert sein; ein gewisses Maß vorläufiger Unbestimmtheit ist vielfach gar nicht zu entbehren und oft nach dem Gegenstand und Zwecke der Gesellschaft geboten. Wenn auch gesellschaftlicher Natur, entbehren die Pflichten nach § 3 Abs. 2 doch nicht eines schuldrechtlichen Charakters. Deshalb finden auch die §§ 315 ff. BGB. Anwendung und kann deshalb die Bestimmung der Leistung auch einem der Vertragsteile oder einem Dritten übertragen werden. Vgl. unten Ziff. 5 zu § 53.

§ 4.

Firma. 1. Zulässigkeit der Bildung einer einheitlichen Firma aus den Firmen zweier zur Fortführung übernommener Geschäfte. Dresden 14. 9. 16, JW. 16, 1550, vgl. oben Ziff. 7 zu § 22 HGB.

2. **RG.** 17. 11. 14, BauersZ. 23, 182. Das Wort „International" in der Firma einer GmbH., deren Unternehmensgegenstand in dem Verkauf und der Ausnützung von Patenten besteht. Vgl. JDR. 14 § 18 Ziff. 2 b HGB.

3. **RG.** 27. 4. 15, DNotV. 16, 577, HoldheimsMSchr. 15, 123. Art der Fortführung der Firma eines von einem Mitgründer mit der Firma eingebrachten Geschäfts. Die Gebrüder S., die als offene Handelsgesellschaft ein Geschäft unter der Firma „Gebrüder S. Holzwarenfabrik zu A." betrieben hatten, lösten die Gesellschaft auf und gründeten mit anderen eine GmbH. unter der Firma: „Holzwarenfabrik A., vormals Gebrüder S., GmbH.", in die sie ihr Geschäft mit Aktiven und Passiven als Stammeinlage einbrachten. Das OLG. nahm an, daß eine Fortführung der Firma nicht vorläge. RG. erklärte dies für einen übertriebenen Formalismus mit der Ausführung: „Die Firma der off. HG. findet sich in der der GmbH. mit dem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatze „vormals" wieder; daß die Sach- und Ortsbezeichnung statt an das Ende an den Anfang gesetzt wurde, ist gleichgültig."

§ 5.

Stammkapital, Stammeinlagen, Sacheinlagen. I. Mindestkapital von 20 000 M. und Geschäftsanteil unter 500 M. bei Sanierung s. zu § 58.

II. Sacheinlagen. 1. Vergütung für den Mehrwert; Einbringen einer Sachgesamtheit. München 14. 10. 15, BauerZ. 23, 159, DNotV. 16, 579, OLG. 32, 135. Häufig wird vereinbart, daß die Ges. für eine Sacheinlage, weil sie den Wert der verlangten Stammeinlage übersteigt, einen von Anfang an bestimmten oder erst später durch Schätzung zu ermittelnden Betrag zurückvergüten muß oder daß ein Gegenstand nur zum Teil oder beschränkt auf die Stammeinlage eingebracht wird. Solche Vereinbarungen sind zulässig, müssen aber so deutlich und vollständig in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, daß darüber, was Gegenstand der Stammeinlage ist, kein Zweifel bestehen kann. Wer sich also bei der Gründung eine Vergütung für den Mehrwert der Sacheinlage sichern will, kann dies nur durch Erwähnung des Mehrwerts im Gesellschaftsvertrag erreichen; und wer eine Einlage macht, die sich, wie die Aktiven eines Handelsgeschäfts, äußerlich als Sachgesamtheit darstellt, muß es notwendig im Gesellschaftsvertrage deutlich ausdrücken, wenn einzelne an sich zu diesem Vermögensinbegriffe gehörige Bestandteile nicht zur Stammeinlage gehören sollen.

2. Einbringung eines Geschäfts mit Firma s. oben § 4 Ziff. 3.

3. Sacheinlage und Gründervergütung s. unten zu §§ 30, 31.

4. Haftung der GmbH. für die Schulden eines eingebrachten Geschäfts. **RG.** 14. 1. 16, LeipzZ. 16, 742. Laut Gesellschaftsvertrags hat N. das Geschäft als ganzes mit Lager, Einrichtung, Außenständen und Firma in die GmbH. eingebracht; über die Schulden ist nichts gesagt. Danach wurde die Ges. den Gläubigern gegenüber zweifellos für die Schulden haftbar und hat also keinen Anspruch auf Ersatz der von ihr für die Schulden bezahlten Beträge.

III. Verrechnung einer Forderung auf die Einlage; Geltendmachung von Auslagen und Bemühungen für die Gründung, wenn ihre Aufnahme im Statute nicht erfolgte. Braunschweig 21. 9. 15, BauerZ. 23, 182, LeipzZ. 16, 1453, OLG. 32, 140. Der Beklagte hat schon vor Gründung der GmbH. Vorarbeiten und Verhandlungen geführt, wofür ihm an Auslagen und Bemühungen 3000 M. auf seine Stammeinlage gutgebracht sind, ohne daß im Gesellschaftsvertrage diese 3000 M. erwähnt sind; der Anspruch auf diese 3000 M. ist nicht begründet. Beklagter konnte einen Anspruch auf Bezahlung seiner Leistungen gegen die noch gar nicht bestehende Ges. nicht erwerben. Wollte und sollte diese in Anrechnung auf die Stammeinlage die Bezahlung jener Aufwendungen übernehmen, so hätte dies im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden müssen. Soweit eine Vergütung für persönliche Dienste verlangt wird, wäre freilich die Festsetzung nach § 5 Abs. 4 unstatthaft gewesen, weil dort nur von Sachwerten die Rede ist. Da aber der Gesellschaftsvertrag nichts festgesetzt hat, so hat der Gesellschafter auch bezüglich seiner baren Auslagen keine Forderung gegen die Ges. erworben. Zwar hat die Ges. nach ihrer Errichtung die Forderung mit der Maßgabe anerkannt, daß der Gesellschafter sie auf seine Einlage verrechnen dürfe. Allein dieser Beschluß hätte als Änderung des Gesellschaftsvertrags unter Beobachtung der §§ 53 ff. gefaßt werden müssen. Diese Vorschrift kann die Ges. zum Nachteil ihrer Gläubiger nicht durch Aufrechnung mit dem Gesellschafter umgehen. Eine Aufrechnung ist nur zulässig, wenn sie in Ausführung einer nach § 5 Abs. 4 getroffenen Bestimmung erfolgt. Selbst die Aufrechnung durch Verrechnung mit einer an sich unter § 5 Abs. 4 fallenden Forderung befreit nach § 19 Abs. 3 den Gesellschafter nicht, wenn der Gesellschaftsvertrag die Übernahme der Forderung auf die Ges. nicht vorgesehen hat.

§ 6.

Geschäftsführer. Eintragung eines zur Zeit eine längere Freiheitsstrafe verbüßenden Geschäftsführers. Hamburg 3. 11. 16, HansGZ. 16 Beibl. 300. Über die Qualifikation eines Geschäftsführers enthält das Gesetz nur die Vorschriften des § 6 Abs. 2 u. 3. Weitere Qualifikationserfordernisse als die sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergebenden bestehen nicht. Es müssen also die Geschäftsführer physische Personen und geschäftsfähig sein; sie brauchen aber keine besonderen Eigenschaften zu haben, und es ist rechtsirrig, wenn verlangt wird, daß der Geschäftsführer sich auf freiem Fuße befinden müsse.

§ 8.

I. Abs. 1. Ziff. 3. Anmeldung der Gesellschaft. Dresden 12. 2. 16, DNotV. 16, 577, R. 16 Nr. 1995, RJA. 15, 56, SächsOLG. 37, 207, ZBlFG. 17, 257. Die bei Anmeldung der Ges. zum Handelsregister einzureichende Gesellschafterliste muß, wenn sie ihren Zweck erfüllen soll, die Personen der Gesellschafter in der Weise ausweisen, daß zu deren Einsicht nicht erst noch die Einsicht des Handelsregisters erforderlich ist. Wenn also ein Einzelkaufmann der Gesellschaft beitritt, ist dessen bürgerlicher Name in der Liste anzugeben. Hieraus läßt sich aber nicht die Richtigkeit des von einem Einzelkaufmann unter seiner Firma geschlossenen Gesellschaftsvertrags folgern.

II. Abs. 2. Falsche Angaben über Einzahlung der Stammeinlagen. 1. **RG.** 9. 12. 15, LeipzZ. 16, 617. Als maßgebende Zeit für die Abgabe der Versicherung kommt nur die Einreichung bei dem nach § 7 Abs. 1 zuständigen Gericht in Betracht.

2. **RG.** 9. 12. 15, BauersZ. 23, 205. Eine Versicherung über die Einzahlung der Einlagen gilt als falsch, wenn das Geleistete bei der Anmeldung nicht mehr vorhanden ist. Ein Irrtum über den Begriff der Einzahlung ist unbeachtlicher Strafrechtsirrtum.

§ 11.

Rechtsstellung der Gesellschaft vor Eintragung. 1. Übernahme der Garantie für die Stammeinlage eines Teilhabers einer nicht zur Entstehung gelangten GmbH. s. § 2.

2. **RG.** 26. 10. 15, R. 16 Nr. 753, ZBlFG. 17, 50. Wird die mit dem Abschlusse des Gründungsvertrags unter den Gründern entstandene Ges. bürgerlichen Rechtes demnächst als GmbH. in das Handelsregister eingetragen, so wechselt damit das bisherige Subjekt des Gesellschaftsvermögens seine rechtliche Natur. Ob damit auch ein für die Gesamtheit der Gründer eingetragenes Grundstück ohne weiteres in das Eigentum der GmbH. übergeht oder ob es hierzu noch der Auflassung und Umschreibung im Grundbuche bedarf, läßt das RG. unerörtert.

3. BauersZ. 23, 269. Bei einer erfolgreichen Anfechtung des Anteilserwerbes muß die GmbH. die von dem Anfechtenden an sie geleisteten Einlagen zurückerstatten, auch wenn die Einzahlungen vor Eintragung der Ges. bewirkt wurden.

Zweiter Abschnitt.
Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 13.

1. Ausgleichung unter Mitbürgen, die Gesellschafter einer GmbH. sind und in dieser Eigenschaft für eine Schuld der GmbH. die Bürgschaft übernommen haben. **RG.** 21. 2. 16; 88, 122 (vgl. II 4 zu § 774 BGB.). Das RG. hat bereits WarnE. 14, 247 ausgeführt, daß die Gesellschafter der GmbH. in einem Vertragsverhältnisse zueinander stehen (Gesellschaftsvertrag) und daß das darin festgesetzte Beteiligungsverhältnis von vornherein den natürlichen Maßstab bei allen Verpflichtungen, die die Gesellschafter in Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich übernehmen, für die Ausgleichung untereinander bildet, so daß eine Abweichung davon von dem dargetan werden muß, der sie behauptet. Das treffe insbesondere den Fall einer Bürgschaft der Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft und gelte auch dann, wenn nicht alle Gesellschafter die Verpflichtung eingegangen seien. In diesem Falle bilde sich gewissermaßen eine Sondergesellschaft zu dem Einzelzweck innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses der GmbH.; die Ausgleichung gestalte sich dann ähnlich, wie wenn nach § 426 Abs. 1 Satz 2 BGB. von einem oder dem anderen der Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden kann. Diesen Grundsätzen ist beizutreten.

2. BauersZ. 23, 41. Das Wahlrecht der GmbH. in den preußischen Städten.

§ 15.

I. Veräußerung von Geschäftsanteilen. BauersZ. 23, 37. § 455 BGB. kennt nur einen Eigentumsvorbehalt beim Verkauf einer beweglichen Sache. Dem Geschäfts-

anteile kommt die Eigenschaft einer beweglichen Sache nicht zu. Ein Eigentumsvorbehalt beim Verkauf eines Geschäftsanteils ist also unwirksam, und das gilt sowohl gegenüber den Parteien wie auch im Verhältnisse zur Gesellschaft.

II. Einführung einer Beschränkung der Veräußerung der Geschäftsanteile. Hamm 3. 10. 15, BauersZ. 23, 159, DNotV. 16, 582, OLG. 32, 136, ZBlFG. 16, 635. Im Gesellschaftsvertrag ist die gesetzlich im Grundsatz anerkannte, aber nicht zwingend vorgeschriebene freie Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils nur insoweit beschränkt, als bei Veräußerung eines Anteils den übrigen Gesellschaftern ein Vorkaufsrecht gegeben ist. Hierüber hinausgehend will der angefochtene Beschluß die Gesellschaft berechtigen, den veräußerten Anteil zum Nennwert einzuziehen. Der Beschluß ist anfechtbar. Denn er will zwar für alle Gesellschafter gelten, stellt aber in der praktischen Gestaltung den Kläger schlechter als die übrigen Gesellschafter, die nicht an eine Veräußerung ihrer Anteile denken. Die freie Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils stellt ein Sonderrecht des Klägers dar, das ihm nicht gegen seinen Willen genommen oder geschmälert werden darf. Daß die Veräußerlichkeit durch den angegriffenen Beschluß erschwert wird, liegt auf der Hand. Niemand wird dem Kläger den Anteil zu seinem wahren, den Nennwert übersteigenden Werte abnehmen, wenn er Gefahr läuft, daß ihm der Anteil gegen den Nennwert wieder entzogen wird. — Vgl. JDR. 14 § 15 I.

III. Verpfändung eines Geschäftsanteils mit dem Stimmrechte. KG. 19. 11. 15, RJA. 15, 47. Vgl. § 47 Nr. 2.

IV. Anfechtung des Beitritts; Schadensersatzanspruch gegen die GmbH. wegen Verleitung zum Beitritte (vgl. § 213 HGB.). 1. **RG.** 4. 4. 16; 88, 187, BadRpr. 16, 152, BauersZ. 23, 251, HoldheimsMSchr. 16, 203, LeipzZ. 16, 871. Nach der Rechtsprechung des RG. unterliegt der veröffentlichte Beitritt zu einer AG. der Anfechtung nicht. Das gleiche ist für die GmbH. angenommen. Ein Schaden, der dem Gesellschafter durch seine Beteiligung an der kapitalistischen Ges. erwächst, braucht nicht durch die Ges. ersetzt zu werden. **RG.** 54, 128 u. 62, 29 gingen darin zu weit, daß sie keinen Unterschied machten zwischen der ursprünglichen Beteiligung an der Ges. und einem mit ihr oder einem Dritten über den rechtlich bestehenden Anteil geschlossenen Kaufvertrag. Insofern wurden sie durch **RG.** 71, 97; 87, 339 berichtigt. Dagegen hat man an der Gleichstellung des Schadensersatzanspruchs mit der Anfechtung, wo diese letztere als ausgeschlossen betrachtet wurde, festgehalten. Das RG. hat den Schadensersatzanspruch keineswegs nur insoweit verneint, als er wirtschaftlich mit dem Ergebnisse der Anfechtung zusammenfällt. Vielmehr nimmt es eine Sonderrechtsbildung an, wonach die §§ 31, 826 BGB. vollkommen ausgeschaltet werden. Jeder Ersatzanspruch des Betrogenen gegen die Gesellschaft, der auf die Tatsache des Beitritts zur Ges. gegründet wird, ist ausgeschlossen. — Hiergegen Flechtheim, JW. 16, 937.

2. BauersZ. 23, 269. Bei einer erfolgreichen Anfechtung des Anteilserwerbes muß die GmbH. die von dem Anfechtenden an sie geleisteten Einlagen zurückerstatten, auch wenn die Einzahlungen vor Eintragung der Gesellschaft bewirkt wurden.

V. Abs. 4. Form der Veräußerung. 1. **RG.** 26. 10. 15; 87, 246, BankA. 15, 198, BauersZ. 23, 136, HoldheimsMSchr. 16, 42, JW. 16, 49, R. 16 Nr. 754, 755, ZBlFG. 17, 52. Die Formvorschrift des § 15 Abs. 4 gilt nicht nur für die Veräußerung eines ganzen Geschäftsanteils, sondern ebenso für die eines Anteilsteils; sie gilt auch dann, wenn die Veräußerung vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erfolgt. Es unterliegt nun zwar keinem Zweifel, daß sowohl das Verpflichtungsgeschäft (Abs. 4) wie das Erfüllungsgeschäft (Abs. 3) durch Bevollmächtigte abgeschlossen werden kann. Auch mag der Revision zugegeben werden, daß § 167 Abs. 2 BGB., wonach die zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts erteilte Vollmacht die für das Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form nicht erfordert, auch in den Fällen des § 15 Platz greift. Dagegen würde es auf eine Gesetzesumgehung hinauslaufen, wenn der Veräußerer eines Geschäftsanteils auf Grund einer von dem Erwerber ihm formlos erteilten Vollmacht den Veräußerungsvertrag in notarieller oder gericht-

licher Form für sich und als Vertreter des Erwerbers abschließen wollte. — Hierzu bemerkt BauersZ. 23, 137: „Das RG. beanstandet hier die Formlosigkeit der Vollmacht nur für den besonderen Fall des Selbstkontrahierens. Die Vollmacht, die einem Unbeteiligten zum Erwerbe von Geschäftsanteilen gegeben wird, bedarf nach BGB. der Form des abzuschließenden Rechtsgeschäfts selbst nicht.“ Vgl. Ziff. 4.

2. Formloses Garantieversprechen betreffend die Schadloshaltung eines Gesellschafters. Das JDR. 14 § 15 Ziff. III 3 abgedruckte Urteil auch BauersZ. 23, 89.

3. Im Gegensatze zu Hachenburg, JW. 16, 49, verteidigt Katzenstein, JW. 16, 1182 den vom RG. (s. Ziff. V 1) aufgestellten Satz, daß es unzulässig sei, daß der Veräußerer eines Geschäftsanteils auf Grund einer ihm von dem Erwerber erteilten Ermächtigung den Veräußerungsvertrag in notarieller oder gerichtlicher Form für sich und als Vertreter des Erwerbers abschließe, wenn diese Ermächtigung selbst nur formlos erteilt ist.

4. Hamburg 15. 5. 15, OLG. 32, 138. Optionsrecht für Anteile einer GmbH. Wenn jemand sich verpflichtet, beim Verkaufe seiner Anteile einem anderen jedesmal einen bestimmten Teil der in Betracht kommenden Anteile abzunehmen, so ist das eine unter § 15 fallende formbedürftige Abmachung. Dazu genügt, daß eine Verpflichtung zur Abtretung von Geschäftsanteilen in Frage steht, mag es auch vom Belieben des Inhabers der Anteile abhängen, ob das zur Abtretung führende Geschäft auszuführen ist.

5. **RG.** 28. 1. 16, BauersZ. 23, 207, HoldheimsMSchr. 16, 90, JW. 16, 492, LeipzZ. 16, 463, ZBlFG. 17, 52. Die nachträgliche Vereinbarung des Entgelts für eine bereits formgültig erfolgte Abtretung eines Geschäftsanteils bedarf nicht der Form des § 15 Abs. 4.

6. **RG.** 28. 1. 16; 88, 61. Es ist nur die Verpflichtung zur künftigen Abtretung, die die Form des § 15 Abs. 4 erforderlich macht, weil eine solche Verpflichtung geeignet ist, im Handel mit Geschäftsanteilen als Ersatz für die Abtretung selbst, die durch die Formvorschrift erschwert werden soll, zu dienen. Ist die Abtretung bereits erfolgt, so ist nach dem klaren Wortlaut und nach dem Zwecke des Gesetzes für die Regelung der obligatorischen Beziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber, mag diese auch durch einen Vertrag geschehen, der außer der bereits erfüllten Rechtsübertragung alle den Inhalt eines Kaufvertrags bildenden Rechte und Verbindlichkeiten begründet, eine Form nicht erforderlich. Ist der Geschäftsanteil eines Gesellschafters einmal in Erfüllung eines schuldrechtlichen Abkommens formgültig abgetreten, so bedarf es einer Wiederholung dieser Form nicht, wenn der schuldrechtliche Vertrag mangels Eintritts einer Bedingung hinfällig geworden ist und nunmehr unter den gleichen Parteien ein anderweitiger Vertrag auf Übertragung des Geschäftsanteils geschlossen wird. Ob die frühere Abtretung darin erwähnt wird, ist gleichgültig.

7. **RG.** 22. 2. 16, JW. 16, 575 (576). Die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts an einem Geschäftsanteile bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

8. **RG.** 31. 3. 16, LeipzZ. 16, 809, ZBlFG. 17, 52. Ein Kaufvertrag über Geschäftsanteile ist an die Form des § 15 Abs. 4 gebunden mag er nun mit einem Gesellschafter oder mit der Ges. selbst geschlossen sein.

§ 16.

Anmeldung der Anteilsveräußerung, wenn der Erwerber oder der Verkäufer des Anteils Geschäftsführer der GmbH. ist. Das JDR. 14 § 16 Ziff. 2 GenG. abgedruckte Urteil auch BauersZ. 23, 156 und OLG. 32, 139.

§ 17.

1. Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils. **RG.** 17. 9. 15, LeipzZ. 16, 60. Die Genehmigungsurkunde muß den Umfang des Anteils des Zedenten direkt oder indirekt ersehen lassen. Eine Ergänzung der Urkunde durch außerhalb liegende Umstände, insbesondere durch anderweite Schriftstücke ist unstatthaft.

2. Genehmigung der Übertragung eines eigenen Geschäftsanteils des Geschäftsführers. Das JDR. 14 § 17 Ziff. 1 abgedruckte Urteil auch in BauersZ. 23, 61.

3. BauersZ. 23, 268. Die Genehmigung der Verpfändung eines Anteilsteils macht diesen Anteilsteil zum selbständigen Geschäftsanteil. Die Rückgabe des Pfandes an den Verpfänder führt nicht dahin, daß der Anteilsteil wieder dem Stammanteile hinzuwächst, von dem er früher abgespalten wurde.

4. **RG.** 20.6.16; 88, 319. R. 16 Nr. 1379. Ist die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Genehmigung der Gesellschaft zur Abtretung eines Geschäftsanteils erst verspätet erteilt, so bleibt der abtretende Gesellschafter verpflichtet, alles, was er an Dividende auf den abgetretenen Geschäftsanteil deshalb erhalten hat, weil zur Zeit der Auszahlung die Abtretung in Ermangelung der Genehmigung noch nicht wirksam geworden war, dem Zessionare herauszugeben.

5. **RG.** 20. 6. 16; 88, 139. Die in gehöriger Form beurkundete schuldrechtliche Vereinbarung über die Übertragung eines Teiles eines Geschäftsanteils wird in ihrer Wirksamkeit nicht dadurch berührt, daß die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Genehmigung der Ges. nicht in gehöriger Form erteilt ist.

6. Umfang der Verpflichtung der Gesellschafter einer GmbH., die sich dem Erwerber gegenüber verbindlich gemacht haben, die Abtretung eines Teiles eines Geschäftsanteils zu genehmigen. **RG.** 20. 6. 16; 88, 319. Ist davon auszugehen, daß die beklagten Gesellschafter vertraglich verpflichtet sind, als Gesellschafter „soweit erforderlich" ihre Genehmigung zu der Teilabtretung eines Geschäftsanteils zu erteilen, so fragt es sich, wie weit diese Verpflichtung geht, ob nur dahin, daß sie ihre Zustimmung zu der Abtretung geben, oder auch dahin, daß sie auf eine Beschlußfassung der Ges. und des Aufsichtsrats über die Erteilung der Genehmigung hinwirken, oder weiter dahin, daß sie die schriftliche Genehmigung der Ges. und des Aufsichtsrats beschaffen. Im allgemeinen wird nun zwar ein Gesellschafter in dieser Richtung nichts weiter tun können, als in der Versammlung der Gesellschafter seine Zustimmung zu der Abtretung zu erklären. Die besonderen Verhältnisse der hier fraglichen GmbH. machten aber den beiden Beklagten als Gesellschaftern eine weitergehende Einwirkung auf die Erteilung der Genehmigung, zu der sich beide in ein und demselben Vertrage verpflichtet hatten, möglich. Sie konnten und können noch jetzt die gesetzlich erforderliche Genehmigung durch Ausübung der ihnen als Gesellschafter zustehenden Befugnisse herbeiführen. Sie sind die alleinigen Gesellschafter der GmbH. Wenn sie pflichtgemäß beide zusammen die Abtretung genehmigen, liegt eine Genehmigung seitens der Versammlung der Gesellschafter vor. Nun muß zwar nach dem Gesellschaftsvertrage die Genehmigung des Aufsichtsrats hinzukommen. Die Beklagten sind aber in der Lage, den Gesellschaftsvertrag abzuändern, dem Aufsichtsrate die Befugnis zur Genehmigung zu nehmen oder auch den Aufsichtsrat abzuberufen und einen zur Genehmigung bereiten Aufsichtsrat an seine Stelle zu setzen. Der alleinige Geschäftsführer der GmbH. ist der eine Beklagte selbst. Sollte er etwa in dieser seiner Eigenschaft sich weigern, die vorschriftsmäßige Genehmigung zu erteilen, so kann er von der Ges. zur Erteilung angehalten werden.

§ 19.

Leistungen auf die Stammeinlagen. 1. Sofortige Einforderung der rückständigen Stammeinlagen, wenn der Gesellschaftsvertrag für die Einforderung Fristen vorsieht. BauersZ. 23, 234. Man ist sich darüber einig, daß in Anbetracht der Einlagenrückstände ein Fälligmachen notwendig ist, bevor der Geschäftsführer die Zahlungen aufzurufen vermag. Der Einzahlung hat also in der Regel ein Gesellschafterbeschluß vorauszugehen, der die noch unbeglichenen Einlagen einfordert, also fällig macht. Ein solcher Versammlungsbeschluß reicht aber dann nicht aus, wenn der Gesellschaftsvertrag bereits die Fristen für die Einzahlungen festgelegt hat. Das Vorrecht der Anordnung in der Satzung ergibt sich schon aus § 45 Abs. 1 GmbHG.; und wie ein einfacher Gesellschafterbeschluß den Gesellschaftsvertrag nicht abändern kann, so ist es auch nicht möglich, im Wider-

spruche mit dem Gesellschaftsvertrag die Zahlungsfristen des letzteren für ungültig zu erklären. Dazu müßte der Gesellschaftsvertrag mit der erforderlichen Mehrheit abgeändert werden. Die widersprechenden Gesellschafter müssen sich einer solchen Satzungsänderung fügen, da mit ihr eine Verletzung von Sonderrechten nicht verknüpft ist.

2. Erlaß und Stundung. KG. 10. 10. 13, BayerZ. 23, 65, R. 15 Nr. 1193. Die Vorschrift des § 19 Abs. 2, die es verbietet, den Gesellschaftern die Stammeinlagen zu erlassen oder zu stunden, trifft auch den Fall, daß ohne eine Änderung des Betrags des Stammkapitals einzelne Stammeinlagen unter gleichzeitiger entsprechender Erhöhung anderer Stammeinlagen vermindert werden sollen.

3. Aufrechnung gegen eine Stammeinlageforderung. a) **RG.** 5. 10. 15, LeipzZ. 16, 226. Wie **RG.** 86, 291 ausgeführt, wird durch § 19 Abs. 3 schlechthin jede Art der Aufrechnung einer Einlageforderung mit einer Gegenforderung ausgeschlossen, sofern nicht die Gegenstände und die dafür zu gewährende Vergütung im Gesellschaftsvertrage festgesetzt worden sind.

b) BayerZ. 23, 62. Wie **RG.** 18. 5. 15, LeipzZ. 15, 1315 ausführt, muß, wenn die Vergütung für Vermögensgegenstände, die eine GmbH. von einem Gesellschafter übernimmt, auf dessen Stammeinlage angerechnet werden soll, außer anderen Punkten vor allem die dafür zu gewährende Vergütung im notariellen Gesellschaftsvertrag oder in einer darin in Bezug genommenen Schrift, die als Anlage beizufügen ist, festgesetzt werden. Was bei der Gründung versäumt ist, kann durch spätere Abmachung nicht nachgeholt werden. Nach § 19 Abs. 3 befreit eine Aufrechnung der Vergütung für Überlassung von Vermögensgegenständen den Einlageschuldner nur, soweit sie in Ausführung einer Bestimmung nach § 5 Abs. 4 erfolgt. Bei unterlassener Festsetzung im Statut ist jede Aufrechnung mit der Einlage unwirksam, gleichgültig, ob sie durch den Gesellschafter oder vertragsmäßig oder einseitig durch den Geschäftsführer vorgenommen wird. Vgl. JDR. 14 § 19 Ziff. III 2.

c) Braunschweig 21. 9. 15, OLG. 32, 140 f. § 5 III.

d) **RG.** 13. 7. 16, LeipzZ. 16, 1228, R. 16 Nr. 1996. Ein Gesellschafter wird von seiner Einlagepflicht nicht dadurch befreit, daß er einem Dritten, der an die Ges. einen Gegenstand verkauft hat, den Kaufpreis bezahlt, und der Geschäftsführer der Gesellschaft ihm alsdann die Verrechnung seiner Ersatzansprüche mit seiner Einlageschuld gestattet. Nur für die gewöhnlichen Gegenforderungen, die § 19 Abs. 2 im Auge hat, läßt RG. unter gewissen Bedingungen den Aufrechnungsvertrag zu. Forderungen auf Vergütung für Überlassung von Vermögensgegenständen, wie sie Abs. 3 behandelt, können ohne Rücksicht auf Fälligkeit und Vollwertigkeit immer nur dann vertragsmäßig aufgerechnet werden, wenn die Satzung die im § 5 Abs. 4 vorgeschriebenen Angaben enthält. Der Ansicht, daß § 19 Abs. 3 auf Fälle der streitigen Art nicht gemünzt sei, kann nicht beigetreten werden. Eine „Vergütung" empfängt auch der, dem nur die Aufwendungen ersetzt werden. Eher könnte man sprachliche Bedenken hegen wegen des Ausdrucks „Überlassung", insofern man zweifelte, ob die Überlassung eines Gegenstandes vorliegt, wenn jemand einem anderen durch Aufwendung von Kosten die Möglichkeit gewährt, den Gegenstand sich zu verschaffen oder zu behalten. Diesem Zweifel kommt keine Bedeutung zu. Entscheidend ist, daß § 19 Abs. 3 die nachträglichen Sacheinlagen und was ihnen wirtschaftlich gleichsteht, treffen will. Offenbar aber macht es im Erfolge keinen Unterschied, ob ein Gesellschafter der Gesellschaft einen ihm gehörigen Gegenstand unter Aufrechnung des Preises auf seine Einlagenschuld verkauft oder ob er durch eine Zahlung, die er der Gesellschaft anrechnet, den dritten Eigentümer zur Übertragung des Gegenstandes an sie veranlaßt.

§ 21.

Keine Umlage des Ausfalls zur Deckung einer rückständigen Bareinlage vor Kaduzierung des säumigen Gesellschafters. Das JDR. 14 § 21 Ziff. 2 abgedruckte Urteil auch BayerZ. 23, 62.

§ 24.

1. Haftung für die unbezahlte Einlage eines Gesellschafters, der einen Zwangsvergleich abgeschlossen hat. KG. 18. 6. 15, BauersZ. 23, 234, KGBl. 16, 42, OLG. 32, 141. Nach § 193 KO. werden die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner durch einen Zwangsvergleich nicht berührt. Nach § 24 GmbHG. besteht aber gesetzlich die Mitverhaftung der Gesellschafter einer GmbH. für die von den anderen Gesellschaftern nicht einziehbaren Beträge der Stammeinlagen im Verhältnis ihrer Beteiligung an der Gesellschaft. Vgl. § 13 Ziff. 1.

2. Verjährung der Ansprüche gegen die Gesellschafter aus der Umlegung des Einlageausfalls. BauersZ. 23, 250. Die Geltendmachung der Ansprüche gegen die Gesellschafter aus der Umlegung von Einlageausfällen verjährt, da eine kürzere Verjährungsfrist nicht besteht, nach § 195 BGB. erst in 30 Jahren. Eine analoge Anwendung der im § 22 Abs. 3 für die Haftpflicht des Rechtsvorgängers gegebenen Vorschrift erscheint unzulässig.

§ 26.

Einziehung von Nachschüssen vor Einzahlung der Geschäftsanteile. **RG.** 19. 10. 15; 87, 179, BauersZ. 23, 135, HoldheimsMSchr. 16, 43, JW. 16, 124, R. 16 Nr. 121. Eine Vorschrift, daß Nachschüsse nicht eingefordert werden dürfen, bevor die Einziehung der Stammeinlagen vollständig durchgeführt ist, findet sich nirgends im Gesetze. Andernfalls könnte ein einzelner Gesellschafter, der seine Verbindlichkeit zur Zahlung der von ihm geforderten Stammeinlage bestreitet, die Ges. für die Dauer eines hierüber zu führenden Prozesses an der Einforderung von Nachschüssen hindern. Die Einziehung der Nachschüsse setzt vielmehr nur die Einforderung, nicht auch die Einzahlung der Geschäftsanteile voraus. — Zustimmend Hachenburg, JW. 16, 124.

§ 29.

Anspruch der Gesellschafter auf den Reingewinn. 1. **RG.** 17. 12. 15; 87, 383, BauersZ. 23, 181, 206, JW. 16, 409, LeipzZ. 16, 385, R. 16 Nr. 556. Für den Erwerb des Anspruchs auf Auszahlung des Reingewinnanteils maßgebender Zeitpunkt; Anspruch des Nutznießers eines Geschäftsanteils auf Anteil am Reingewinne. Ebenso wie der Gesellschafter eines nicht belasteten Geschäftsanteils erwirbt auch der Nießbraucher einen klagbaren Anspruch auf Auszahlung des Reingewinns nicht schon mit der Feststellung der Bilanz durch die Gesellschafterversammlung (so Staub § 46, S. 510), sondern erst dadurch, daß die Gesellschafterversammlung die Verteilung des aus der Bilanz sich ergebenden Reingewinns beschließt. Bilanzfeststellungs- und Gewinnverteilungsbeschluß sind beide für die Entstehung des Anspruchs notwendig. Der Gewinnverteilungsbeschluß ist auch dann notwendig, wenn die Satzung eine andere Bestimmung über den festgestellten Reingewinn als dessen restlose Ausschüttung nicht zuläßt. Beschließt die Versammlung satzungswidrig, daß der Reingewinn ganz oder teilweise nicht ausgeschüttet, sondern auf Rechnung des folgenden Jahres vorgetragen werden soll, so kann ein solcher Beschluß wohl durch Anfechtung beseitigt, vielleicht ohne weiteres durch eine der Satzung entsprechende Bestimmung des Richters ersetzt werden; solange aber der Beschluß nicht beseitigt ist, besteht ein Gläubigerrecht auf Auszahlung des Reingewinns nicht. — Gegen das Urteil Hachenburg, JW. 16, 409. Vgl. § 47 Ziff. 1.

2. **RG.** 17. 12. 15; 87, 383, JW. 16, 409, R. 16 Nr. 557. Das durch rechtmäßigen Bilanzfeststellungs- und Gewinnverteilungsbeschluß begründete Recht des Gesellschafters auf Auszahlung eines entsprechenden Gewinnanteils kann ihm nicht durch einen späteren Gesellschafterbeschluß wieder entzogen werden.

3. Gewinn aus veräußerten Geschäftsanteilen. BauersZ. 23, 250. Das Vorliegen einer Gewinnbilanz erscheint für sich allein nicht geeignet, den Gewinnanspruch von dem Geschäftsanteile zu trennen und dem jeweiligen Anteilsbesitzer zugunsten seines Rechtsvorgängers das Recht auf den Gewinn zu entziehen. Solange noch kein Gewinn-

verteilungsbeschluß stattgefunden hat, ist und bleibt der Überschuß im Eigentume der Ges., und der einzelne Gesellschafter ist als Anteilsinhaber nicht in der Lage, irgendwelche Anrechte darauf geltend zu machen. Erst mit der Fassung des Gewinnverwendungsbeschlusses wird der anteilige Gewinn zu einem Gläubigerrechte des einzelnen Gesellschafters. Die Veräußerung eines Geschäftsanteils in diesem Zeitpunkte macht den Abtretenden nicht zum Forderungsberechtigten in Anbetracht des verteilbaren Gewinns für das abgelaufene Geschäftsjahr. Es widerstreitet ferner dem Gewohnheitsrechte, daß der Veräußerer des Anteils auch eine beschlossene, aber noch nicht abgehobene Dividende auf den Erwerber überträgt. Dagegen dürfte das Recht auf den Reingewinn des laufenden Geschäftsjahrs ohne weiteres mit dem Anteile des Anspruchsberechtigten wechseln. Der Ablauf des Geschäftsjahrs und die Vorbereitung der Jahresbilanz hat an sich nicht die Wirkung, daß in Anbetracht der noch gar nicht feststehenden Dividende der bisherige Anteilsbesitzer so ausschließlich anspruchsberechtigt wird, daß im Veräußerungsfalle die Hoffnung auf die Dividende nicht auf den Erwerber überginge.

4. BauersZ. 23, 268. Die von Staub-Hachenburg, GmbH. (4) 248 vertretene, auf § 446 BGB. sich stützende Ansicht ist nicht haltbar. Eine Anwendung des nur für Sachen gegebenen § 446 auf den Geschäftsanteil ist ausgeschlossen. Es kommt ferner in Betracht, daß zur Zeit der Veräußerung des Geschäftsanteils in der Regel Nutzungen, d. h. Anspruch auf Reingewinn, noch nicht vorhanden sind. Es entspricht auch der Absicht der Vertragschließenden, daß der mögliche zukünftige, von der Gesellschafterversammlung festgesetzte Gewinn dem Erwerber gebührt und im Kaufpreise bereits eingeschlossen ist, wenn sie eine andere Abrede unterlassen haben. Dies deckt sich mit dem herrschenden Gewohnheitsrechte.

5. **RG.** 19. 1. 16: Der Anspruch eines Gesellschafters auf den Gewinn verjährt in 30 Jahren, vgl. oben zu § 722 BGB.

§§ 30, 31.

Rückzahlungen aus dem Stammkapital; Rückzahlung von Nachschüssen.

1. Anfechtung einer Beitrittserklärung s. § 15 IV.

2. **RG.** 19. 10. 15, R. 16 Nr. 120. Der Unterschied zwischen Einzahlung als Stammkapital und Einzahlung als Nachschuß besteht darin, daß das Stammkapital im Handelsregister veröffentlicht wird und dauernd zur Sicherheit für die Gläubiger als Gesellschaftsvermögen erhalten bleiben muß, während die Nachschüsse nicht im Interesse der Gläubiger gebunden sind und zurückgezahlt werden können, soweit die Rücksicht auf die Erhaltung des Stammkapitals es erlaubt.

3. **RG.** 4. 4. 16; 88, 187, HoldheimsMSchr. 16, 203. Die Bestimmung des § 213 HGB. gilt trotz der veränderten Fassung des § 30 Abs. 1 inhaltlich auch für die GmbH. Der durch Betrug der Vertreter einer GmbH. zum Eintritt in diese veranlaßte Gesellschafter hat gegen die GmbH. keinen Schadensersatzanspruch.

4. **RG.** 7. 12. 15, HoldheimsMSchr. 16, 43, R. 16 Nr. 314. Die Ansicht der Revision, wenn der Liquidator böslich nicht bloß das Sperrjahr verletzt, sondern Vermögensstücke verteilt, die zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich waren, so greife die gewöhnliche 30jährige Verjährung Platz, verkennt das Verhältnis der verschiedenen Verjährungsvorschriften zueinander. § 73 verbietet dem Liquidator, das Vermögen der Gesellschaft vor Ablauf des Sperrjahrs und vor Tilgung oder Sicherstellung der Schulden zu verteilen. Dagegen beziehen sich die §§ 30, 31 auf den Fall, daß ein Gesellschafter zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliches Vermögen ausbezahlt empfängt. Teilt ein fremder Liquidator den Gesellschaftern im Sperrjahre das gesamte Vermögen aus, so richtet sich die Verjährung seiner Ersatzverpflichtung nur nach § 73 Abs. 3 (§ 43 Abs. 4), nicht nach § 31 Abs. 5. Vgl. § 43.

5. **RG.** 7. 12. 15, HoldheimsMSchr. 16, 43, R. 16 Nr. 315. Weist der als Liquidator bestellte Gesellschafter sich selbst während des Sperrjahrs Gesellschaftsvermögen zu, so kommen insoweit die §§ 30, 31 zur Anwendung. Es ist wohl möglich,

daß §§ 30 ff. u. § 73 gleichzeitig anzuwenden sind, indem der Liquidator Gesellschafter ist und innerhalb der abzuwartenden Frist Stammkapital sich selbst zuweist. Dann gilt aber der § 31 Abs. 5 nur für seine Haftung als Gesellschafter, während die Verabsäumung der Pflichten als Organ der Ges. insofern nicht in Betracht kommt.

6. Gründervergütung. RG. 3. 10. 16; 88, 428, JW. 16, 1586, LeipzZ. 16, 1475. Durch notariellen Vertrag hat die klagende GmbH. dem Beklagten ein Grundstück um 175 000 M. abgekauft. Im Kaufvertrage war der Kaufpreis zum Schein mit 225 000 M. angegeben; der Mehrbetrag war gemäß Gründungsvertrags ein Teil der Gründervergütung. Nach § 30 Abs. 1 bemißt sich das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der GmbH. ausschließlich nach dem Betrage, zu dem die einzelnen Vermögensgegenstände in die Bilanz einzustellen sind, und nach § 42 Ziff. 1 dürfen Vermögensgegenstände der hier fraglichen Art höchstens zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis eingesetzt werden. Selbst wenn also das Grundstück einen Wert von 225 000 M. gehabt haben sollte, würde die Ges. dadurch, daß sie es für 175 000 M. angekauft hat, einen vom Gesetz als solchen anerkannten Gewinn nicht erzielt haben. Von einer anderweiten Vermehrung des Gesellschaftsvermögens ist nirgends die Rede. Es ergibt sich daher ohne weiteres, daß die Gesellschaft die scheinbar als Kaufpreis, in Wirklichkeit jedoch als Gründervergütung ausgezahlten 50 000 M. nur aus ihrem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen entnommen haben kann, und daß Beklagter die Zahlung, die er in seiner Eigenschaft als Gesellschafter und in Kenntnis ihrer Gesetzwidrigkeit empfangen hat, erstatten muß.

7. Reservenverteilung vor Hinzutritt neuer Gesellschafter. BauersZ. 23, 36. Es kommt häufig vor, daß vor Veräußerung von Geschäftsanteilen an fremde Personen oder vor Erhöhung des Stammkapitals, wobei die neuen Anteile von Nichtgesellschaftern übernommen werden, die vorhandenen Reserven aufgeteilt werden. Erfolgt aber die Beteiligung des Nichtgesellschafters auf Grund der letzten Bilanz, in der die Reservekonten noch auf der Bilanzseite vorgetragen waren, und ist der Beteiligungslustige durch die Gewinnrücklagen geradezu zur Zeichnung veranlaßt worden, dann ist die Aufteilung unzulässig. Werden die Reserven nicht freiwillig geliefert, so kann der Neueingetretene einen Beschluß auf Anstellung der Entschädigungsklage beantragen, bei dessen Fassung die früheren Gesellschafter kein Stimmrecht haben.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 35.

I. Bestellung der Geschäftsführer. 1. Rostock 8. 7. 15, MecklZ. 34, 204. Es ist zulässig, daß die Mitgliederversammlung im Einzelfalle denjenigen zum Geschäftsführer bestellt, den ein Dritter benennen wird. Dagegen kann die generelle Übertragung der Ernennungsbefugnis an einen Dritten (einen Gesellschafter) nur in der Satzung bestimmt werden. Hatte nach der Satzung die Bestellung der Geschäftsführer durch Beschluß der Gesellschafter zu erfolgen, so ist ein Beschluß der letzteren, daß ein Gesellschafter — sei es auch nur für einen bestimmten Zeitraum, z. B. bis zum Schlusse des Geschäftsjahrs — ermächtigt sein solle, für die Gesellschaft einen oder mehrere Geschäftsführer zu bestellen und eventuell wieder abzuberufen, als Änderung der Satzung zu erachten und bedarf deshalb nach § 53 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

2. Wahl eines eine Freiheitsstrafe verbüßenden Geschäftsführers s. § 6.

II. Rechtsverhältnisse des Vorstandes. 1. Stuttgart 2. 7. 15, BauersZ. 23, 33. Das Versprechen eines Lieferanten, dem Geschäftsführer Schmiergelder bezahlen zu wollen, ist nichtig.

2. KG. 21. 1. 16, BauersZ. 23, 230. Der Geschäftsführer hat wegen rückständigen Gehalts im Konkurse der Gesellschaft kein Vorrecht nach § 61 Ziff. 1 KO.

3. BauersZ. 23, 230. Wenn der Geschäftsführer einen Prokuristen bestellt, der vom Amtsrichter wegen fehlender Genehmigung der Gesellschafterversammlung nicht eingetragen wird, so ist damit der Bestand der Prokura nicht aus der Welt

geschafft, zumal nicht die Eintragung in das Register jemanden zum Prokuristen macht, sondern die Ernennung durch den Berechtigten. Der Geschäftsführer ist also befugt, in einem Rundschreiben die Aufstellung mitzuteilen. Die erteilte Prokura besteht sowohl im Verhältnisse zur Gesellschaft wie Dritten gegenüber zu Recht. Dem Gerichte gegenüber hat der Geschäftsführer seiner Anmeldepflicht genügt; für die Folgen der Ablehnung seines Antrags braucht er nicht einzustehen. Es kann ihm auch kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er gegen die Abweisung nicht Beschwerde eingelegt hat; denn die Ansicht, daß der Registerrichter nur beim Vorliegen der Genehmigung der Gesellschafterversammlung die Prokura einzutragen hat, wird auch in der Wissenschaft vertreten.

4. **RG.** 7. 5. 15, BauersZ. 23, 231. Ein Geschäftsführer, der die Führung eines Baubuchs für die GmbH. unterläßt, kann nicht nach § 6 BauforbG. bestraft werden.

5. Hamburg 13. 11. 15, BauersZ. 23, 232. Der Geschäftsführer einer GmbH. ist nicht börsentermingeschäftsfähig, auch dann nicht, wenn er unter Mißbrauch seiner Stellung und seiner Vertretungsmacht Börsentermingeschäfte abschloß.

6. Anmeldungen der Geschäftsführer für Einträge in das Handelsregister. Vgl. § 78.

7. **RG.** 29. 4. 16, R. 16 Nr. 1382. Zur Verpflichtung der Gesellschaft genügt auch die Erklärung des einen Geschäftsführers und die — auch stillschweigende — Zustimmung des anderen.

8. Dresden 28. 10. 15, SächsOLG. 37, 302. Die §§ 74 ff. HGB. über das Wettbewerbsverbot gelten nicht für Verträge zwischen einer GmbH. und dem Geschäftsführer; andererseits steht der § 348 HGB. nicht der Herabsetzung der vom Geschäftsführer versprochenen Strafe entgegen.

9. Tantieme des Geschäftsführers. a) Fuld, R. 16, 94. Die im Gesetze vom 24. Dezember 1915 für AG.n vorgeschriebene „Sonderrücklage" ist tantiemefrei. Das gilt auch für den Geschäftsführer, wenn die GmbH. eine Sonderrücklage einführt und dem Geschäftsführer nach dem Vertrag ein Anteil am Reingewinn gewährt wird. Der Geschäftsführer kann sich auch nicht darauf berufen, daß bei dem Abschlusse des Anstellungsvertrags die Möglichkeit einer Schmälerung des tantiemepflichtigen Betrags durch eine Sonderrücklage für eine neue Steuer nicht in Betracht gezogen war.

b) Samson, LeipzZ. 16, 661. Tantieme und Kriegsgewinnsteuer, vgl. I 9 zu § 237 HGB.

III. Abs. 3. Zeichnungsform. Zeichnung mit einem Teil der Firma und ohne Hinzufügung des Namens des Geschäftsführers. BauersZ. 23, 157. Nach § 35 Abs. 3 geschieht die Zeichnung der Firma der GmbH. in der Weise, daß der oder die Geschäftsführer zu der Firma ihre Namensunterschrift beifügen. Diese Bestimmung ist aber Ordnungsvorschrift. Dem Erfordernisse der Schriftlichkeit wird, wenn auch die Firma im Geschäftsleben regelmäßig ohne Abkürzung gebraucht wird, doch jedenfalls genügt durch eine solche Unterschrift, die zur Kennzeichnung der Partei ausreicht. Bei einer Firma, die sich wie hier aus Sach- und Personenfirma zusammensetzt, wobei das Wort Brauerei als Nebensache dem Gegenstande des Unternehmens entnommen ist, bildet der Name die Hauptsache, während der Zusatz: GmbH. ebenfalls nebensächlich ist. Deshalb ist die Zeichnung wirksam.

§ 37.

Vertretungsmacht der Geschäftsführer. KG. 23. 4. 15, BauersZ. 23, 36, DNotV. 16, 576, KGJ. 48, 130, OLG. 32, 142 Anm. Eine Übertragung der gesamten Befugnisse eines Geschäftsführers durch diesen auf einen anderen (Mitgeschäftsführer) ist nicht zulässig; deshalb ist auch die Vertretung eines Geschäftsführers durch einen anderen auf Grund einer Generalvollmacht bei Anmeldung zum Handelsregister unzulässig.

§ 38.

Entlassung des Geschäftsführers. 1. ZAktWes. 23, 13. Eine bestehende Feindschaft zwischen dem Geschäftsführer und einzelnen Gesellschaftern wird im all-

gemeinen Anlaß zur Entlassung nicht sein. Anders, wenn die Mehrheit der Gesellschafter mit dem Geschäftsführer verfeindet ist und die Erledigung der gesellschaftlichen Angelegenheiten darunter leidet.

2. BauersZ. 23, 35. Ein grundlos entlassener Geschäftsführer geht seines Anspruchs auf die Entschädigung nicht immer dadurch verlustig, daß er mit der Gesellschaft in Wettbewerb tritt. Es gilt dies vor allem dann, wenn der zu Unrecht Abberufene genötigt war, seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Vgl. unten Ziff. 7.

3. BauersZ. 23, 86. Fristlose Kündigung wegen fortgesetzter Mißhelligkeiten mit der Arbeiterschaft.

4. BauersZ. 23, 86. Entlassung eines italienischen Staatsangehörigen als Geschäftsführer. Vgl. unten Ziff. 9 u. 10.

5. KG. 19. 3. 15, DNotV. 16, 583, KGJ. 47, 113, RJA. 14, 476, ZBlFG. 16, 467. Der für ein französisches als GmbH. betriebenes Unternehmen auf Grund der BRVO. vom 26. November 1914 bestellte Verwalter ist zur Abberufung des Geschäftsführers befugt.

6. BauersZ. 23, 86. Krieg kein Entlassungsgrund, wenn der Krieg dem Verlage die Weiterverbreitung der Zeitschrift nach den für sie bestimmten überseeischen Ländern unmöglich macht.

7. Einfluß des Verhaltens des Geschäftsführers nach seiner Entlassung. BauersZ. 23, 155 bringt eine Besprechung des JDR. 14 § 38 Ziff. 3 GenG. abgedruckten Urteils. Vgl. dazu Hamburg 13. 10. 14, OLG. 32, 142, wo ein vom Geschäftsführer nach seiner Entlassung zum Nachteile der Gesellschaft betriebener Wettbewerb als nicht geeignet erklärt wird, den einmal begründeten Ersatzanspruch des Geschäftsführers zu beseitigen, da durch den Widerruf des Dienstvertrags zwischen den Parteien der Dienstvertrag (anders als beim Handlungsgehilfen) aufgehoben sei.

8. Frankfurt 14. 2. 16, FrankfRundsch. 50, 16. Die im § 38 Abs. 2 vorgesehene Beschränkung des freien Widerrufs der Bestellung als Geschäftsführer greift auch dann Platz, wenn ein Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsvertrags ein vertragsmäßiges Recht auf die Stellung als Geschäftsführer hat.

9. Frankfurt 14. 2. 16, FrankfRundsch. 50, 16. Der Umstand, daß der Geschäftsführer auf Grund obrigkeitlicher Verfügung als Ausländer während des Krieges interniert wurde, kann mit Rücksicht darauf, daß er nach dem Vertrage sich bei Wahrnehmung der Geschäfte als Geschäftsführer durch die Mitgesellschafter vertreten lassen durfte, daß er also zu einer persönlichen Ausübung der Pflichten eines Geschäftsführers nicht verpflichtet war, einen wichtigen Grund zur Entlassung nicht bilden. Dagegen konnte die Tatsache, daß er Engländer war, in die Interessen der Gesellschaft derart eingreifen, daß seine Beseitigung als notwendig erschien. Vgl. Ziff. 4 u. 10.

10. Frankfurt 14. 2. 16, FrankfRundsch. 50, 16. Wird ein Geschäftsführer, der ein vertragsmäßiges Recht auf die Stellung als Geschäftsführer hat, aus einem wichtigen Grunde (Ausländereigenschaft) entlassen, so greift das vertragliche Recht auf die Geschäftsführung dann wieder Platz, wenn nachträglich die Voraussetzungen für den Erlaß des Entlassungsbeschlusses weggefallen sind. Erwirbt also der wegen seiner Ausländereigenschaft entlassene Geschäftsführer, der ein vertragliches Recht auf diese Stellung hat, nachträglich die deutsche Staatsangehörigkeit, so kann er seine Wiederanstellung verlangen.

11. **RG.** 11. 2. 16, LeipzZ. 16, 809. Das OLG. hat ohne Rechtsirrtum dargelegt, daß die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer kein Bestandteil des Gesellschaftsvertrags selbst, kein gesellschaftliches Sonderrecht des Klägers sei, ferner daß dem Kläger eine Sonderstellung und eine größere Sicherheit insofern eingeräumt sei, als er nur aus wichtigen Gründen habe abberufen werden können und als diese Vertragsbestimmung nicht durch den Aufsichtsrat, sondern nur mit Dreiviertelmehrheit des gesamten Stammkapitals und also, da ihm mehr als ein Viertel der Stimmen zustand, ohne seine Zustimmung überhaupt nicht habe abgeändert werden können.

§ 42.

Recht der Gesellschafterversammlung zu außerordentlichen Abschreibungen s. § 45.

§ 43.

Haftung der Geschäftsführer. 1. Haftung aus schlechter Geschäftsführung, Verjährung s. zu § 41 GenG. und oben Ziff. 3 zu § 241 HGB.

2. Vgl. §§ 30, 31 Ziff. 4 und 5.

3. Beginn der Verjährung. **RG.** 7. 12. 15, BauersZ. 23, 160, HoldheimsMSchr. 16, 43. Wann die fünfjährige Verjährung beginnt, ist beim Schweigen des Gesetzes streitig. Während Hachenburg § 43 Anm. 21 annimmt, daß schon der Zeitpunkt der Begehung der Pflichtverletzung entscheide, hat **RG.** 83, 316 auf den Augenblick abgestellt, in dem zuerst die objektive Möglichkeit vorliegt, den Schuldner, sei es auch nur mit einer Feststellungsklage, zu belangen. Die Kenntnis der Gesellschaft von dem Schaden wird in fester Rechtsprechung des RG. als Anfangszeitpunkt der Verjährung abgelehnt. Daß unter Umständen der Regreßanspruch verjähren kann, ehe die Ges. von seiner Entstehung Kenntnis erhält, ist richtig.

§§ 45, 46.

Gesellschafterversammlung; Zuständigkeit. 1. BauersZ. 23, 207. Das Recht der Gesellschafterversammlung zur Bildung von Reserven schließt die Befugnis zur Vornahme außerordentlicher Abschreibungen ein.

2. Ort der Generalversammlung. **RG.** 5. 5. 16; 88, 120. Vgl. § 48 Ziff. 1.

3. BauersZ. 23, 264. Der Geschäftsführer hat als solcher (wenn er also nicht zugleich Gesellschafter ist) keinen Anspruch auf Zulassung zur Gesellschafterversammlung.

4. BauersZ. 23, 265. Die Entscheidung des **RG.** 82, 182, daß der einzelne Aktionär ein Recht auf Auskunft, soweit dadurch nicht das Interesse der Ges. verletzt wird, nicht selbständig verfolgen könne, daß er sich vielmehr im Ablehnungsfall an die Generalversammlung zu wenden habe, die darüber beschließe, ob die Auskunft erteilt werden solle oder nicht, hat auch auf die GmbH. Anwendung zu finden. Vgl. § 259 HGB.

5. Zu § 46 Ziff. 6. Verweigerung der Eintragung eines Prokuristen in das Handelsregister wegen fehlender Genehmigung der Gesellschafterversammlung vgl. § 35 II 3.

6. Vgl. § 53 Ziff. 1—5.

§ 47.

Stimmrecht; Entlastung. 1. **RG.** 17. 12. 15; 87, 383, JW. 16, 409 (vgl. oben Ziff. 1 zu § 29) läßt es dahingestellt, ob dem Nutznießer eines Geschäftsanteils das Stimmrecht und die Befugnis zur Anfechtung eines gesetz- oder statutenwidrigen Beschlusses zusteht. Hachenburg in seiner Besprechung des Urteils a. a. O. bejaht beide Fragen.

2. Verpfändung der Geschäftsanteile mit dem Stimmrechte. KG. 19. 11. 15, R. 16 Nr. 1997, RJA. 15, 47, ZBlFG. 17, 250. Die Verpfändung eines Geschäftsanteils macht den Pfandgläubiger nicht zum Gesellschafter, vielmehr kommt als solcher der Ges. gegenüber nach wie vor nur der Verpfänder in Betracht. Daran ändert sich auch nichts, wenn neben der Verpfändung das Stimmrecht auf den Gläubiger übertragen worden ist. Die Zulässigkeit einer solchen Übertragung zu eigenem Rechte ist zwar wenigstens dann anzuerkennen, wenn sie als Bestandteil des Verpfändungsvertrags zu dem Zwecke vorgenommen wird, um dem Pfandrechte praktischen Wert zu verschaffen; der Erfolg der Übertragung ist jedoch nicht der, daß der Verpfänder durch sie seiner sämtlichen Gesellschafterrechte verlustig ginge. Das Recht, die Verhältnisse der Ges. durch Beschlußfassung zu regeln (§ 47), geht vielmehr nur soweit auf den Pfandgläubiger über, als dessen Interessen es erfordern, d. h. soweit, als das Stimmrecht zur Wahrung und Durchführung des Pfandrechts notwendig ist. Aber auch abgesehen von der eigentlichen Beschlußfassung sind die Gesellschafter durch die Übertragung des Stimmrechts an den Pfandgläubiger von der Teilnahme am geschäftlichen Leben der Ges. nicht ausgeschlossen. Ihre Rechtsstellung als Gesellschafter

bleibt gewahrt, sie behalten das Recht auf Anwesenheit in den Gesellschafterversammlungen, auf Teilnahme an den dort stattfindenden Beratungen und auf Kenntnisnahme von den gefaßten Beschlüssen. So sind die Verpfänder insbesondere zu der Gesellschafterversammlung, in der über Abberufung und Bestellung von Geschäftsführern beschlossen wird, zu laden, obwohl diese Angelegenheit zu denen gehört, deren Regelung durch die Übertragung des Stimmrechts auf den Pfandgläubiger übergegangen ist.

3. Abs. 4. Entlastung. ZAktWes. 23, 13. Der einzige Gesellschafter, der alle Geschäftsanteile in seiner Hand vereinigt, kann sich selbst Entlastung erteilen. Er gestattet, indem er die Entlastung beschließt, dadurch gleichzeitig das Kontrahieren mit sich selbst.

§ 48.

Beschlüsse der Generalversammlung; ihre Anfechtung. 1. Gesellschafterbeschluß wider die guten Sitten. **RG.** 5.5.16; 88, 220, LeipzZ. 16, 1100. Der eine der beiden Beschlüsse verordnet, daß Gesellschafter, die mit der Ges. in Wettbewerb stehen, die Gesellschaftsrechte nicht persönlich ausüben dürfen, sondern nur durch Vertreter. Zwar hat **RG.** 80, 385 eine Satzungsänderung gebilligt, wonach Wettbewerb treibende Mitglieder sich in den Versammlungen vertreten lassen müssen. Der jetzige Fall geht aber darüber hinaus. Schlechthin sämtliche Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnisse werden betroffen; selbst die vermögensrechtlichen Ansprüche auf Dividende und das Liquidationsguthaben sind nicht ausgeschlossen. Die beschlossene Vorschrift greift also in die Freiheit und die Rechte der einzelnen Gesellschafter erheblich tiefer ein, als es die Umstände erfordern, und verstößt deshalb gegen § 138 BGB. Der andere Beschluß, wonach die Versammlung in Zukunft nicht mehr am Sitze der Beklagten, sondern in einem jeweils durch den Geschäftsführer oder Aufsichtsrat zu bestimmenden Orte abgehalten werden soll, ist ebenfalls unsittlich. Der Zusammenhang mit dem ersten Beschluß und das Fehlen jeder einleuchtenden Erklärung lassen ersehen, daß der Zweck der Maßregel nur war, den Kläger zu schikanieren.

2. Sittenwidrige Ausbeutung der Mehrheitsrechte zum Nachteile der Minderheit der Gesellschaft. **RG.** 22. 2. 16, BauersZ. 23, 204, JW. 16, 575. Bei einer aus drei Gesellschaftern bestehenden GmbH. mit 300 000 M. Stammkapital hatten zwei mit je 125 000 M. beteiligte Gesellschafter vereinbart, für folgende Satzungsänderung zu stimmen: Ernennung der beiden Gesellschafter zu alleinigen Geschäftsführern mit je 20 000 M. Gehalt und Gewährung von Darlehen seitens der GmbH. an die beiden Gesellschafter. Da im vorhergehenden besonders guten Geschäftsjahre der damals vorhandene einzige Geschäftsführer nur 14 500 M. Gehalt bezogen hatte, erkannte das RG.: Auch wenn man annehme, daß die Gesellschaft mit einem Reingewinne von 80 000 M. gearbeitet habe, sei es doch eine außerordentliche Belastung des Unkostenkontos, wenn die Hälfte dieser Summe für Gehalt der Geschäftsführer in Abzug komme; eine solche Vergütung entspreche weder den Leistungen der Geschäftsführer noch den Umsatz- und Einnahmeverhältnissen der Ges. Mochte hiermit auch keine Schädigung der Ges. beabsichtigt sein, so handelte es sich doch jedenfalls um eine bewußte Beeinträchtigung des dritten Gesellschafters. Eine derartige Ausbeutung der Mehrheitsrechte zum Nachteile der Minderheit verstößt gegen die guten Sitten. Daß im Falle vorzeitigen Ausscheidens des dritten Gesellschafters die beiden anderen ihm seinen Anteil abkaufen müßten, ändert an der Beurteilung nichts. Das Unsittliche liegt schon darin, daß dieser Dritte durch die fortgesetzte Schmälerung seiner Einnahmen aus der Gesellschaft hinausgedrängt werden sollte. Unsittlich ist auch die Verletzung des Grundsatzes der Gleichberechtigung der Gesellschafter, die darin liegt, daß die beiden Gesellschafter unter Ausnutzung ihrer Stimmenmehrheit sich durch die Darlehensgewährung Vorteile auf Kosten der Gesellschaft verschaffen wollten. Vgl. Pinner, JW. 16, 988, oben zu § 271 HGB.

3. Anfechtung. a) Nießbraucher anfechtungsberechtigt? Vgl. § 47 Ziff. 1.

b) **RG.** 17. 11. 15; 87, 383, R. 16 Nr. 558. Eine Klage, mit der der Kläger nicht die gänzliche Beseitigung eines als satzungswidrig bezeichneten Beschlusses mit Wirkung für und gegen alle Gesellschafter, vielmehr nur für seine Person und nur kraft seines Nießbrauchs-

rechts den auf einen Geschäftsanteil entfallenden Teil des bilanzmäßig festgestellten Reingewinns fordert, ist keine Anfechtungsklage.

c) BauersZ. 23, 132. Ein Recht der Gesellschafter zur Anfechtung aller gesellschaftsschädlichen Beschlüsse besteht nicht, es ist auch kein Bedürfnis nach einer solchen Ausdehnung vorhanden.

d) Ungenaue Bekanntgabe der Tagesordnung. KG. 21. 5. 15, BauersZ. 23, 183, DNotV. 16, 583, R. 16 Nr. 1013, RJA. 14, 289, ZBlFG. 17, 51. Der Beschluß einer Gesellschafterversammlung, deren Tagesordnung den Gegenstand der Beschlußfassung nicht bezeichnet, ist aus diesem Grunde nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Da also der Gesellschafter in der Lage ist, durch die Anfechtungsklage die ihm drohenden Nachteile selbst abzuwenden, liegt kein Anlaß vor, dem Registerrichter in dieser Beziehung ein eigenes Prüfungsrecht anzuvertrauen. Der Registerrichter wird hiernach nur dann die Eintragung abzulehnen haben, wenn feststeht, daß ein Anfechtungsberechtigter von seinem Rechte Gebrauch gemacht hat.

e) Vgl. § 51.

f) Vgl. § 53 Ziff. 4.

§ 51.

Berufung der Generalversammlung; Tagesordnung. 1. **RG.** 21. 9. 15, DNotV. 16, 588, LeipzZ. 15, 327. Die Generalversammlung hatte die Absetzung des bisherigen Vorstandes und Aufsichtsrats und Neuwahl anderer Personen beschlossen. Der Beschluß ist wegen ungenügender Bekanntmachung der Tagesordnung, die lautete: „Neuwahl des Vorstandes und Aufsichtsrats", für nichtig erklärt, da in der Ankündigung die Angabe: „Widerruf der Bestellung des bisherigen Vorstandes" nicht hätte fehlen dürfen.

2. **RG.** 19. 10. 15, BauersZ. 23, 135. Wenn der Antrag „Beschaffung der nötigen Betriebsmittel" auf die Tagesordnung gesetzt ist, kann auch über die Einziehung von Nachschüssen Beschluß gefaßt werden.

3. Folgen des Widerspruchs gegen die Beschlußfassung über einen nicht ordnungsmäßig angekündigten Beratungsgegenstand. KG. 3. 12. 15, BauersZ. 23, 252, 267, DNotV. 16, 583, KGJ. 48, 132, ZBlFG. 17, 51. Nach § 51 Abs. 2 u. 4 können Beschlüsse über Gegenstände, die nicht wenigstens 3 Tage vor der Versammlung ordnungsgemäß angekündigt sind, nicht gefaßt werden, es sei denn, daß in der Versammlung sämtliche Gesellschafter anwesend sind. Als „anwesend" im Sinne dieser Vorschrift ist ein Gesellschafter nicht schon dann anzusehen, wenn er in der Versammlung erschienen ist, sondern nur dann, wenn er damit einverstanden ist, daß über den nicht angekündigten Gegenstand Beschluß gefaßt wird. Der erschienene Gesellschafter kann die Beschlußfassung über einen nicht ordnungsgemäß angekündigten Gegenstand dadurch unmöglich machen, daß er die Versammlung verläßt. Der Entfernung ist es gleich zu achten, wenn er der Beschlußfassung widerspricht und nicht mehr als Teilnehmer der Versammlung, sondern als Zuhörer anwesend bleibt. Anders, wenn er trotz Widerspruchs gegen die Beschlußfassung an der Abstimmung darüber teilnimmt. — Hierzu BauersZ. 23, 267. Das Urteil ist nicht frei von Bedenken. Wenn jemand der Beschlußfassung über den nicht angekündigten Antrag widerspricht und diesem seinem Widerspruche dadurch verstärkten Nachdruck verleiht, daß er auch noch dagegen stimmt, so muß sein Verhalten einheitlich aufgefaßt und beurteilt werden. Der Widerspruch wird durch das spätere Dagegenstimmen keineswegs aufgehoben. Hat vollends der Gesellschafter seine Erklärung des Widerspruchs und des Dagegenstimmens zusammengefaßt, indem er vor der Beschlußfassung erklärte, er widerspreche der Beschlußfassung über den Antrag und stimme gleichzeitig dagegen, dann ist von einer Anwendung des KG.-Urteils keine Rede.

§ 52.

Aufsichtsrat. 1. Tantieme des Aufsichtsrats und Kriegsgewinnsteuer. Samson, LeipzZ. 16, 661, vgl. I 9 zu § 237 HGB.

2. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder. BauersZ. 23, 233. Im Gesellschafts-

vertrage pflegt man häufig den Aufsichtsrat von der Sorgfaltspflicht des § 249 HGB. freizustellen. Ist dies geschehen, so darf man nicht vermuten, daß der Aufsichtsrat außerhalb eines jeden Sorgfalts- und Haftungsverhältnisses stände. Es greift vielmehr § 276 BGB. Platz. Da sich die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 BGB.) und die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns (§ 249 HGB.) wohl decken, ist der Aufsichtsrat, dessen Verfehlungen nach § 276 BGB. beurteilt werden, keineswegs günstiger gestellt. Anders läge der Fall, wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmte, daß die Aufsichtsratsmitglieder überhaupt nicht zur Verantwortung zu ziehen sind, was gesetzlich durchaus zulässig wäre.

Vierter Abschnitt. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 53.

1. Änderung der Vorschriften über die Bestellung der Geschäftsführer s. § 35 I 1.

2. Erschwerung der Veräußerung der Geschäftsanteile s. § 15 II.

3. Verrechnung auf die Einlage. Braunschweig 21. 9. 15, OLG. 32, 140. S. § 5 Ziff. 5.

4. **RG.** 5. 5. 16, BauersZ. 23, 266, HoldheimsMSchr. 16, 169 (mit Tagesangabe: 3. 5. 16), JW. 16, 1015, R. 16 Nr. 1995. Ein Beschluß, nach welchem die Gesellschafter, die für ein Konkurrenzunternehmen tätig sind, ihre Rechte aus dem Gesellschaftsvertrage nicht persönlich ausüben dürfen, sondern sich darin durch die anderen Gesellschafter vertreten lassen müssen, ist nichtig. Es handelte sich in dem fraglichen Falle nicht wie bei **RG.** 80, 385 nur um die Teilnahme an den Generalversammlungen, sondern schlechthin sämtliche Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnisse sollten getroffen werden, so daß die Vorschrift erheblich tiefer in die Freiheit und Rechte der einzelnen Gesellschafter eingriff, als es die Umstände erforderten. Dazu kommt, daß der Beschluß, der dem Urteile **RG.** 80, 380 zugrunde lag, auf alle Gesellschafter abgestellt war, während hier trotz der allgemeinen Fassung tatsächlich nur ein Gesellschafter in Frage kam.

5. Abs. 3. Erschwerungen der Leistungen der Gesellschafter. **RG.** 29. 10. 15, BauersZ. 23, 138, HoldheimsMSchr. 16, 42, JW. 16, 126, LeipzZ. 16, 42, R. 16 Nr. 750, 751, 752. Wenn bei einer GmbH., bei der den Gesellschaftern nach § 3 Abs. 2 verboten ist, zu anderen Preisen und zu anderen Bedingungen als den von der Gesellschaft jeweils vorgeschriebenen zu verkaufen, durch einen ordnungsmäßigen Beschluß der Gesellschafterversammlung die für die Zeit der Gründung vorgeschriebenen Verkaufspreise und -bedingungen abgeändert werden, so können daraus für die Gesellschafter leicht schwerere Leistungsverpflichtungen entstehen. Aber eine Vermehrung der ihnen nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Leistungen würde dennoch nicht vorliegen. Die im Gesellschaftsvertrag übernommene Verpflichtung ist und bleibt, es zu unterlassen, zu anderen Bedingungen zu verkaufen als den von der Ges., sei es sofort, sei es später, bestimmten. Die in den neuen Bedingungen enthaltenen Erschwerungen haben also die Gesellschafter schon in der Satzung übernommen. Vgl. § 3 Abs. 2. — Zu dem vorstehenden Urteile vgl. Rieß, LeipzZ. 16, 588, weiter Hachenburg und Flechtheim, JW. 16, 126.

§ 55.

Kapitalserhöhung. 1. **RG.** 4. 1. 16, BauersZ. 23, 235. Da die Erhöhung des Stammkapitals erst mit der Eintragung des Beschlusses im Handelsregister Wirksamkeit erlangt, so läßt sich vor der Eintragung nicht von einem Anteil an diesem Kapitale, der die Beteiligung an dem Vermögen der GmbH. zur Folge gehabt hat, und demnach auch nicht von einem im Sinne des § 15 RG. v. 20. 5. 98 veräußerlichen, gemäß § 857 Abs. 1 ZPO. pfändbaren Geschäftsanteile sprechen. (Der Fall betraf die Frage, ob ein solcher Anteil bei Leistung des Offenbarungseids in das Vermögensverzeichnis aufzunehmen sei.)

2. KG. 15. 10. 15, RJA. 15, 39, ZBlFG. 17, 245. Durch die Eintragung erlangt die beschlossene Erhöhung des Stammkapitals gemäß § 54 Abs. 3 Wirkung. Gegen die Ablehnung ihres Antrags auf Löschung des Kapitalserhöhungsbeschlusses wegen unwirk-

samer Übernahme der Stammeinlage auf das erhöhte Kapital steht den nicht an der Übernahme beteiligten Gesellschaftern eine Beschwerde nicht zu.

3. RG. 28. 9. 15; 87, 165, BankA. 15, 164, HoldheimsMSchr. 16, 204, JW. 16, 47, R. 16 Nr. 122. Der Übernehmer eines Anteils an dem zu erhöhenden Stammkapitale kann, wenn die Durchführung der Kapitalserhöhung sich ungewöhnlich lange verzögert, nach Ablauf einer den Umständen nach angemessenen Frist von der Zeichnung zurücktreten. Vgl. § 1.

4. Reservenverteilung vor Erhöhung des Stammkapitals, vgl. Ziff. 7 zu §§ 30, 31.

§ 58.

Herabsetzung des Stammkapitals. Sanierung einer GmbH. mit 20 000 M. Stammkapital. Geschäftsanteile unter 500 M. BauersZ. 23, 235. Wenn es sich nicht um eine Herabsetzung zum Zwecke der Zurückzahlung von Stammeinlagen oder zum Zwecke des Erlasses der auf diese geschuldeten Einzahlungen (§ 58 Abs. 2) handelt, sondern um eine bloß buchmäßige Herabsetzung des Stammkapitals, wobei eine Rückzahlung oder ein Einzahlungserlaß nicht stattfindet, dann bleibt die Vorschrift, die für jeden Stammanteil eine Mindestsumme von 500 M. vorsieht, und die Vorschrift, daß der Anteil durch 100 teilbar sein muß, außer Anwendung. Die Zwangsbestimmung, nach der das Stammkapital mindestens 20 000 M. betragen muß, scheint von allgemeiner Bedeutung zu sein und für die Gesamtdauer der Gesellschaft zu gelten. Es ließe sich mit dem unzweideutigen Gesetze nicht in Einklang bringen, die Anordnung über das Mindestkapital als bloße Gründungsvorschrift zu erklären. Hierfür fehlt es an jedem Anhaltspunkt im Gesetz. Eine Sanierung einer GmbH., wobei deren Stammkapital nach der Sanierung nicht mehr 20 000 M. erreicht, ist deshalb ausgeschlossen. Desungeachtet darf man nicht von einer Unmöglichkeit der Wiederherstellung geordneter Zustände bei einer in Vermögensverfall geratenen 20000-M.-GmbH. durch Aufopferung von Geschäftsanteilen ausgehen. Es entfällt zwar die Herabsetzung des Stammkapitals und deshalb die Bildung von Geschäftsanteilen unter 500 M. Die Gesellschafter können sich aber damit behelfen, daß sie von ihren Geschäftsanteilen Beträge an die Ges. unberechnet bis auf einen Anteilrest von 500 M. abtreten, wobei jeder abzutretende Anteil mindestens 500 M. betragen und durch 100 teilbar sein muß. Die GmbH. erlangt auf diese Weise eine Anzahl eigener Geschäftsanteile, die sie bei Aufmachung der Bilanz so verbucht, daß eine förmliche Herabsetzung des Stammkapitals sich als entbehrlich erweist.

Fünfter Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 60.

Auflösungsgründe. Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand. a) OVG. 22. 9. 14, BauersZ. 23, 131. Die GmbH. ist als juristische Person durchaus verschieden von ihren Gesellschaftern. Auch der Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile gewährt daher dem Erwerber keine rechtliche Verfügungsmacht über das Gesellschaftsvermögen, sondern nur die tatsächliche Möglichkeit. Deshalb ist auch der Vertrag zwischen der GmbH. und dem Besitzer aller Anteile über die Überlassung des Gesellschaftsvermögens an den Gesellschafter ein Vertrag zwischen zwei selbständigen Personen, der wie jeder andere Vertrag auch eine Preisvereinbarung zuläßt.

b) Entlastung bei Vereinigung aller Geschäftsanteile s. oben § 47 Ziff. 3.

§ 61.

1. Aufkündigung durch einen Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil verpfändet ist. BauersZ. 23, 236. Ist die Verpfändung rechtswirksam erfolgt, dann ist der Gesellschafter nicht mehr derart Herr seines Geschäftsanteils, daß er eine satzungsgemäße Kündigung der Gesellschaft allein auszusprechen vermöchte (Beweis: § 1276 BGB.). Es bedarf also zur Gültigkeit der Kündigung auch der Zustimmung des Pfandinhabers. Vertraglich kann selbstverständlich der Pfandinhaber auf die ihm im § 1276 vorbehaltene Zu-

stimmung verzichten oder sein Einverständnis ein für allemal im voraus erklären. Die GmbH. kann eine Kündigung, die ohne ausdrückliche Zustimmung des Pfandgläubigers erfolgte, beanstanden. Sie muß es sich aber gefallen lassen, wenn die Genehmigung nachträglich, und zwar vor Ablauf der Kündigungsfrist, erteilt wird.

2. Auflösung einer aus zwei Personen bestehenden GmbH. wegen eigenmächtiger Geldentnahme und Beleidigung. Das JDR. 14 § 61 abgedruckte Urteil auch BauersZ. 23, 88.

3. Auflösung einer GmbH., weil der eine von den zwei Gesellschaftern Engländer ist. Dresden 5. 11. 15, BauersZ. 23, 137, JW. 16, 147, SeuffA. 71, 243. Vgl. auch JDR. 14 § 140 Ziff. 1 HGB.

4. Vgl. § 75.

§§ 63, 64.

Konkurs. 1. Stellung der Liquidatoren gegenüber dem Konkursverwalter; Einfluß einer Kündigung ihrer Stellung durch den Verwalter s. zu § 69.

2. **RG.** 16. 12. 15, DNotV. 16, 585, R. 16 Nr. 559, ZBlFG. 17, 51. Beschließen die Gesellschafter, nachdem das Konkursverfahren nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben ist, die Fortsetzung der Gesellschaft, so wird damit die im Konkursverfahren nur noch zum Zwecke der Liquidation fortbestehende Gesellschaft ohne Förmlichkeit einer Neuerrichtung wieder in eine vollberechtigte, selbständige Persönlichkeit zurückverwandelt.

3. **RG.** 4. 1. 16, R. 16 Nr. 605. Für die Frage der Überschuldung kommt es nicht darauf an, ob eine solche ziffermäßig in einer aufgestellten Bilanz berechnet ist, sondern darauf, ob eine den Vorschriften des Gesetzes und der Wahrheit entsprechende Bilanz die Überschuldung ergeben würde und die Geschäftsführer dies wußten: so, wenn in der aufgestellten Bilanz Abschreibungen unterbleiben und zweifelhafte Außenstände im Nennbetrag eingestellt sind.

§ 66.

Liquidation. 1. BauersZ. 23, 67. Das Recht der Gesellschafter, Bestellung oder Abberufung eines Liquidators bei Gericht zu verlangen, ist unbeschränkbar, unentziehbar und unübertragbar; denn es handelt sich um eine dem öffentlichen Rechte angehörige Bestimmung. Eine Verpfändung des Geschäftsanteils läßt die Gesellschaftereigenschaft des Verpfänders unberührt; der Verpfänder kann sich seines höchstpersönlichen Rechtes, die gerichtliche Bestellung oder Abberufung eines Liquidators zu beantragen, nicht durch Vertrag mit dem Pfandgläubiger begeben.

2. Anordnung des Registergerichts an die abberufenen Liquidatoren auf Herausgabe der Geschäftsbücher. Das JDR. 14 § 66 Ziff. 1 abgedruckte Urteil auch DNotV. 16, 585, OLG. 32, 143.

3. Verhältnis des Liquidators zu den einzelnen Gesellschaftern. Anspruch des Liquidators auf Löschung seiner Eintragung. Hamburg 21. 3. 16, LeipzZ. 16, 1144, SeuffA. 71, 328. Durch die Bestellung tritt der Liquidator nur zu der Liquidationsgesellschaft, die als solche selbständige Rechte und Pflichten hat, in Beziehungen, nicht aber zu den Gesellschaftern. Nur von der Ges., nicht von den Gesellschaftern kann er verlangen, daß sie nach Beendigung seines Amtes die Löschung seiner Eintragung als Liquidator beschaffe. Als gewesener Liquidator hat er keinen Anspruch gegen alle oder einzelne Gesellschafter, daß sie einen neuen Liquidator bestellen.

4. Vergütung der Liquidatoren. Vorschüsse. a) ZAktWes. 23, 14. Bei mehreren Liquidatoren gebührt in Ermangelung einer Vereinbarung jedem ein angemessenes Honorar. Der einzelne Liquidator braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß die Ges. eine angemessene Gesamtvergütung bietet und deren Teilung den Liquidatoren überläßt. Auf sein angemessenes Honorar darf sich jeder Liquidator Vorschüsse entnehmen, die jedoch nur dem entsprechen dürfen, was er in der Vergangenheit verdient hat. Vorschüsse auf das zukünftige Honorar bedürfen der Genehmigung der Generalversammlung.

b) Vgl. § 72.

§ 69.

KG. 1. 10. 15, BauersZ. 23, 254, KGJ. 48, 134, RJA. 15, 35, ZBlFG. 17, 51, 241. Der Liquidator hat auch im Konkurse der GmbH. die Gesellschafterliste beim Registergericht einzureichen oder anzuzeigen, daß der Mitgliederbestand unverändert geblieben ist. Die Ansicht, daß der Liquidator durch die Kündigung seitens des Konkursverwalters von dieser Verpflichtung befreit werde, ist unzutreffend. Die zur Zeit der Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen vorhandenen Organe der GmbH. bleiben neben dem Konkursverwalter bestehen. Ihre Aufgaben sind nur insoweit zurückgedrängt, als die Aufgabe des Konkursverwalters reicht. Ihr Amt wird jedoch dadurch nicht inhaltslos. Sie haben vielmehr die Befugnisse auszuüben und die Pflichten zu erfüllen, die im Konkurse dem Gemeinschuldner zustehen (Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß, Auskunftserteilung nach § 100 KO., Vertretung der GmbH. in Prozessen nach § 144 KO., Zwangsvergleichsvorschlag). Außerdem haben sie die Aufgaben zu erfüllen, die nach dem Gesetze den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft obliegen und die nicht unmittelbar mit der Verwaltung und Verfügung über die Konkursmasse verknüpft sind, so daß sie nicht zur Zuständigkeit des Konkursverwalters gehören (Vertretung in Prozessen über Feststellung des Bestehens der Mitgliedschaft, Einberufung und Leitung der Generalversammlungen, Mitteilungen an das Registergericht). Nach § 22 KO. kann der Konkursverwalter den Geschäftsführern oder Liquidatoren zwar kündigen. Da aber nach dem Gesagten das Rechtsverhältnis zwischen der GmbH. und ihren Vertretern sich nicht in Rechtsbeziehungen erschöpft, die der Verfügungsgewalt des Verwalters unterliegen, so ist diese Kündigung in ihren Wirkungen beschränkt. Sie findet ihre Grenze in der Zuständigkeit des Konkursverwalters und löst daher nur die Beziehungen der Gesellschaftsorgane zur Konkursmasse, nicht die zur Gesellschaft, soweit diese einer Vertretung neben oder gegenüber dem Verwalter bedarf. — Vgl. hierzu Jaeger, LeipzZ. 16, 930.

§ 70.

1. LG. Berlin 8. 11. 15, KGBl. 16, 28. Die Beweislast, daß das Einfordern der restlichen Stammeinlage nicht erforderlich sei, liegt dem Gesellschafter ob.

2. Klage auf Erstreckung der Dauer der Liquidation für eine bestimmte Zeit. BauersZ. 23, 91. Nach § 70 haben die Liquidatoren die Verpflichtungen der aufgelösten Ges. zu erfüllen. Diese Verbindlichkeit umfaßt hier auch die Verschaffung des Nießbrauchs für den Pächter des Betriebs. Der Pächter des Nießbrauchs kann zwar nicht verlangen, daß die Ges. bis zum Zeitpunkte der Beendigung seines Rechtes bestehen bleibt; er kann aber darauf dringen, daß zum Zwecke der Erfüllung der ihm gegenüber eingegangenen Vertragspflichten die Ges. nicht vor diesem Zeitpunkte zur Löschung gebracht wird.

§ 72.

Beteiligung der Liquidatoren am Liquidationserlöse. BauersZ. 23, 56, s. oben Ziff. 1 zu § 300 HGB.

§ 73.

1. Verjährung der Ersatzverpflichtung des fremden Liquidators, der im Sperrjahre den Gesellschaftern das gesamte Vermögen aufteilt, s. Ziff. 4 zu §§ 30, 31.

2. Anwendung der §§ 30, 31, wenn der Gesellschafter-Liquidator sich selbst während des Sperrjahrs Gesellschaftsvermögen zuweist, s. Ziff. 5 zu §§ 30, 31.

3. **RG.** 7. 12. 15, R. 16 Nr. 318. Die Wirksamkeit der Ernennung zum Liquidator hängt von der Registereintragung nicht ab. Deshalb wird die Verjährung von Ersatzansprüchen gegen den Liquidator nicht dadurch gehindert, daß die Eintragung der Liquidatorenbestellung ins Register sich verzögert.

4. Löschung der Firma s. oben Ziff. II zu § 31 HGB.

5. Umfang und Erlöschen der Vertretungsmacht eines zur Verklagung des Liquidators bestellten Sondervertreters. **RG.** 7. 12. 15, R. 16 Nr. 316, 317.

Ist ein Sondervertreter zur Verklagung eines Liquidators bestellt, so erlischt dessen Vertretungsmacht mit der Abberufung des Liquidators nicht. Ist der Sondervertreter lediglich zur Verfolgung von Pflichtwidrigkeiten eines Liquidators aufgestellt, so ist er nicht berechtigt, gegen den Liquidator in seiner Eigenschaft als Gesellschafter auf Rückempfang grundloser Vermögenszuweisungen zu klagen.

§ 74.

Wiedereröffnung der Liquidation. 1. München 16. 1. 14, ZAktWes. 23, 15. Wenn sich nach dem Erlöschen der Firma das Anhängigsein eines Rechtsstreits herausstellt, ist die GmbH. wiedereinzutragen. Vgl. JDR. 13 § 74 Ziff. 3.

2. KG. 17. 3. 16, NaumburgAK. 16,47, R. 16 Nr. 1998, RJA. 15, 57, ZBlFG. 17, 258. Haben die Liquidatoren eine ungesetzliche Verteilung vorgenommen und sind sie deshalb der Ges. ersatzpflichtig, so ist ein Vermögenswert vorhanden, der zugunsten der noch unbefriedigten Gesellschaftsgläubiger verwertet werden kann und muß. Diese Verwertung kann nur im Wege der Liquidation erfolgen, die zu diesem Zwecke ihren Fortgang nehmen muß. Zur Fortführung der Liquidation bedarf es aber, wenn sich nach formellem Abschlusse der Liquidation das Vorhandensein noch unverteilten Gesellschaftsvermögens herausstellt, nicht der gerichtlichen Bestellung eines Liquidators; vielmehr treten die früheren Liquidatoren ohne weiteres wieder in Tätigkeit. Nur wenn die früheren Liquidatoren nicht mehr vorhanden oder zur Übernahme des Amtes nicht mehr bereit sind, kann nach § 26 BGB. ein neuer Liquidator bestellt werden, falls die Voraussetzungen dieser Vorschrift gegeben sind wozu unter anderem gehört, daß die Bestellung eines Liquidators nach § 66 GmbHG. nicht erfolgt.

§ 75.

Nichtigkeit. 1. PrOVG. 27. 6. 14, JW. 16, 681. Die GmbH. erwirbt ihre Rechtspersönlichkeit durch Eintragung in das Handelsregister. Das Urteil auf Nichtigkeitserklärung stellt nicht fest, daß die Ges. nicht bestanden hat und daß die von ihr geschlossenen Verträge nichtig sind, sondern nur die Nichtigkeit ex nunc.

2. **RG.** 29. 10. 15, R. 16 Nr. 757. Der Gesellschafter einer GmbH. hat kein freies Austrittsrecht. Er kann aber bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auf Auflösung und, wenn der Gesellschaftsvertrag gegen § 3 Abs. 1 verstößt, auf Nichtigkeitserklärung klagen. Sind andere Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags als die im § 3 Abs. 1 vorgesehenen ungültig, so bleibt der Gesellschaftsvertrag im übrigen in Kraft. Der § 139 BGB. kommt gegenüber § 75 GmbHG. nicht in Betracht. — Bezüglich des Verhältnisses von § 139 BGB. zu § 75 GmbHG. ebenso **RG.** 7. 3. 16, JW. 16, 745, SchlHolstAnz. 16, 92, ZBlFG. 17, 51. Vgl. oben Ziff. II 4 zu § 139 BGB.

Sechster Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 78.

Vertretung des Geschäftsführers durch einen anderen auf Grund einer Generalvollmacht bei Anmeldungen zum Register s. § 37.

§ 82.

RG. 9. 12. 15, LeipzZ. 16, 617. Ein Irrtum über den Begriff der „Einzahlung" oder über die Bedeutung der Einreichung der Erklärung ist ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum.

Anhang: Steuer- und Stempelrecht.

A. Stempelrecht. I. Reichsstempelgesetz. 1. **RG.** 12. 5. 16, R. 16 Nr. 1208. Auch ein im Ausland über Geschäftsanteile einer inländischen GmbH. geschlossener Vertrag unterliegt der Stempelabgabe nach Tarifst. I A e. Denn ein solcher Vertrag ist von vornherein zur Verwendung im inländischen Rechtsverkehre bestimmt, und der durch ihn begründete Rechtserwerb gehört nach seinem Gegenstande von vornherein dem Schutzbereiche des deutschen Staates an.

2. Tarifst. 25 a Abs. 3. Stempel für die Errichtung und Kapitalserhöhung; Begriff der Einzahlung im Sinne des Abs. 3; Gutschrift s. Anhang hinter Aktiengesellschaft.

3. Tarif Nr. 1 A RStempG. und Tarif Nr. 45 PrStStG. **RG.** 2./26. 11. 15, HoldheimsMSchr. 16, 69, R. 16 Nr. 327. Die beiden Steuervorschriften betreffen nicht denselben wirtschaftlichen Vorgang. Bei der Errichtung einer GmbH. ist daher für die notarielle Beurkundung neben der Steuerabgabe aus TarifNr. 1 A RStempG. auch die Landesstempelabgabe von Notariatsurkunden zu erheben.

II. PrStempStG. 1. Verhältnis von Tarif Nr. 45 PrStempStG. zu Tarif Nr. 1 A RStempG. **RG.** 2./26. 11. 15, R. 16 Nr. 327 s. oben A I Ziff. 3.

2. BauersZ. 23, 87. Die Vergütung, die ein „kleines Komitee" zur Überwachung und Beratung des Geschäftsführers erhält, ist tantiemesteuerfrei. Ebenso **RG.** 28. 9. 15, BauersZ. 23, 111, HansGZ. 16 Hptbl. 245.

B. Steuern. I. Einkommensteuer. 1. PrOVG. (Staatssteuers.) 16, 284, BauersZ. 23, 18. Die Kosten für den Ausbau und die Kanalisation von Wegen sowie für Bohrungen auf Kohle darf die GmbH. vom steuerpflichtigen Einkommen abziehen.

2. BauersZ. 23, 117. Veranlagung der Gesellschaften, die durch ministerielle Verfügung von der Aufstellung der Bilanz befreit wurden.

3. PrOVG. 24. 9. 14, BauersZ. 23, 17 über die Zahlung von Hypothekenzinsen an den alle Geschäftsanteile in seiner Hand vereinigenden Gesellschafter als Hypothekengläubiger der GmbH.

4. PrOVG. 18. 5. 14, BauersZ. 23, 17. Verrechnung der Schuldenzinsen, wenn der belastete Grundbesitz teils dem Gewerbebetriebe gewidmet ist, teils „Grundvermögen" im Sinne des § 12 EinkStG. bildet.

5. PrOVG. 18. 5. 14, BauersZ. 23, 17. Umwandlung einer off. HG. in eine GmbH.

6. PrOVG. 6. 4. 14, BauersZ. 23, 17. Erwerb des Geschäftsanteils als maßgebender Zeitpunkt; Zurückverlegung durch Vertrag.

7. PrOVG. 16. 2. 14, BauersZ. 23, 17. Besteuerung nicht gewerblicher Spekulationsgeschäfte.

8. PrOVG. 18. 5. 14, BauersZ. 23, 18. Deckung von Verlusten früherer Jahre aus dem Gewinne des letzten Geschäftsjahrs; Einfluß auf die Berechnung des Durchschnittsgewinns.

9. PrOVG. 22. 10. 14, BauersZ. 23, 18. Sind dem Gesellschafter für ein der GmbH. gewährtes Kapital gezahlte Zinsen Einkommen „aus der Beteiligung an der GmbH."?

10. PrOVG. 4. 5. 14, BauersZ. 23, 18. Einem Gesellschafter für den Fall, daß der Reingewinn einen bestimmten Betrag nicht erreicht, von einem anderen Gesellschafter zugesichertes Zinseneinkommen.

11. PrOVG. 28. 10. 15, BauersZ. 23, 256. Der für die Staatseinkommensteuer ausgesprochene Satz, daß eine GmbH. nur eine Einkommenquelle, die ihr ganzes Geschäftsgebaren umfaßt, habe, findet auf die Gemeindesteuer keine Anwendung. Hier können mehrere gleichartige oder verschiedenartige Quellen des Einkommens aus einer GmbH. nebeneinander bestehen.

12. PrOVG. 9. 12. 15, BauersZ. 23, 256. Da für die Besteuerung der Gesellschafter als Einkommen nicht die Überschüsse gelten, die als Aktienzinsen, Dividenden verteilt werden, sondern die wirklich erzielten Reinerträge, so sind die Beschlüsse, die von den Gesellschaftern über die Feststellung der Bilanz und Verwendung der bilanzmäßigen Überschüsse gefaßt werden, nicht maßgebend. Jeder Gesellschafter kann die Bilanz anfechten und dartun, daß der wirkliche Gewinn niedriger war.

13. PrOVG. 25. 2. 15, BauersZ. 23, 256. Für die Ermittlung des Teiles des Geschäftsgewinns, der einer GmbH. aus ihrer Beteiligung an einer anderen GmbH. zufließt, kommen die allgemeinen Grundsätze des § 13 zur Anwendung.

14. PrOVG. 30. 12. 15, BauersZ. 23, 256. Für die Veranlagung der Gesellschafter ist die Dauer ihrer Zugehörigkeit zur Gesellschaft entscheidend.

15. PrOVG. 1. 11. 15, BauersZ. 23, 256. Ein Vorschuß, den ein Gesellschafter auf seinen Gewinnanteil erhält, stellt sich als Darlehen dar und erhöht steuerrechtlich nur das Ergebnis des Geschäftsjahrs, in dem die Gewinnzahlung fällig wird.

II. Zuwachssteuer. PrOVG. 19. 2. 15, PrVerwBl. 37, 471, BauersZ. 23, 238. Die im Gesellschaftsvertrage getroffene Sonderbewertung der übernommenen Grundstücke stellt die maßgebende Festsetzung im Sinne des § 5 Abs. 4 GmbHG. und damit auch den Erwerbspreis nach § 8 Abs. 2 ZuwachsstG. dar.

Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Schrifttum: Rieß, Die sog. Genossenmiete, ein Beitrag zum inneren Genossenschaftsrecht und zur Lehre von der Verbindung mehrerer Rechtsverhältnisse, GruchotsBeitr. 61, 91. — Waldecker, Die eingetragene Genossenschaft (Tübingen 1915). Zur Darstellung gelangt in Form eines Lehrbuchs das Recht der deutschen eing. Gen.; der volkswirtschaftliche Gesichtspunkt findet nur Berücksichtigung zur Gewinnung der Grundlehren sowie zur Erläuterung der Einzeldarstellung. Ergänzt wird die Darstellung durch die Ausführungen des Verf. in GoldschmidtsZ. 77, 355 ff. (JDR. 14 Ziff. 1 zu § 1), Vermögensrechtl. Fundament der eing. Gen. und GruchotsBeitr. 59, 961, Studien über die Rechtsverhältnisse der sog. nicht-eing. Gen., — Die eing. Gen. ist nicht „die Genossenschaft" schlechthin, sondern nur eine Rechtsform, die überall anwendbar ist, wenn nur die vom Gesetze verlangten Voraussetzungen der Eintragungsfähigkeit gewahrt bleiben. Diese Rechtsform ist historisch erwachsen als diejenige der deutschen Erwerbs- und Wirtschafts-Gen. oder Kooperativgesellschaft, und zwar auf der Grundlage der erlaubten Privatges. nach §§ 14 ff. II. 6 ALR. Andererseits hat sie wesentliche Züge von der Handels- und der Aktiengesellschaft in sich aufgenommen, so daß sie ähnlich wie die GmbH. und der eing. Verein des bürg. Rechtes bald nach der Seite der persönlichen, bald nach der Seite der vermögensrechtlichen Verbindung tendieren kann. Die Rechtsstellung der Mitglieder trägt jedenfalls von allem Anfang an ein kapitalistisches Moment in sich (vgl. Waldecker, ABürgR. 39, 320 ff.), das indessen keineswegs Selbstzweck ist. Das Sonderrecht — im Sinne der Gierkeschen Terminologie — steht daher im Mittelpunkte des Aufbaues der eing. Gen. Verf. findet eine weitgehende Berücksichtigung der Gierkeschen Genossenschaftstheorie im GenG. und trägt dem bei der Darstellung entsprechend Rechnung. — Besprechung des Werkes durch Lehmann vgl. JW. 16, 1164.

Erster Abschnitt. Errichtung der Genossenschaft.

§ 8.

Über Mitgliedschaft vgl. zu § 15.

§ 15.

Mitgliedschaft. 1. Beitritt zu einer zu gründenden Gen. Hamburg 25. 1. 16, DNotV. 16, 590, OLG. 32, 123. Wenn die Satzung den Erwerb der Mitgliedschaft von einer unbedingten Erklärung des Beitritts abhängig macht, so bezieht sich dies auf die Zeit nach der Anmeldung der Satzung zum Register. Für den Beitritt vor Anmeldung der Satzung sind die Vorschriften des GenG. maßgebend, nach denen die Mitgliedschaft durch Unterzeichnung des Statuts erworben wird. Eine Teilnahme an der konstituierenden Versammlung ist nicht nötig; die Unterzeichnung kann auch nachher noch geschehen.

2. Beweislast für den Beitritt. Hamburg 25. 1. 16, OLG. 32, 123. Gegenüber der unter Mitwirkung des Registerrichters zustande gekommenen Eintragung in die Liste der Genossen hat der die Eintragung Anfechtende die Pflicht, seine Behauptung zu beweisen (RG. 68, 90).

3. Rostock 16. 10. 14, OLG. 32, 123. Hat jemand die Beitrittserklärung mit seinem eigenen Namen unterschrieben, ohne daß aus der Urkunde hervorgeht, daß er für einen anderen handeln wollte, dann sind Rechte und Pflichten für den angeblich Vertretenen nicht entstanden. Vielmehr ist der Unterzeichner auf Grund der Erklärung und der demnächst erfolgten Eintragung Genosse geworden. Daß er überhaupt (wegen Mangels von Kühen, deren Milch er liefern könnte) nicht Mitglied werden konnte,

ist gegenüber der Eintragung gleichgültig; er konnte dann kündigen, aber nicht sofort ausscheiden. Vgl. unten Ziff. 10.

4. Hamburg 29. 6. 15, OLG. 32, 124. Eine Beitrittserklärung ist nicht schon deshalb ungültig, weil sie den Vornamen und Beruf des Beitretenden nicht enthält; hier handelt es sich nur um eine Ordnungsvorschrift. Vgl. unten Ziff. 10.

5. Hamburg 29. 6. 15, OLG. 32, 124. Eine gegen den Willen des Beitretenden dem Vorstand eingereichte Beitrittserklärung ist unwirksam.

6. KG. 18. 6. 15, GenBl. 16, 470. Der Beitritt eines Genossen ist rechtlich als Vertrag zwischen ihm und der Gen. aufzufassen. Dieser Vertrag kommt zustande durch die Beitrittserklärung und deren Zulassung seitens der Gen. Die Eintragung in das Register erfolgt nicht schon auf Grund der ersteren, sondern erst auf Grund des durch die Anmeldung erbrachten Nachweises, daß der Vertrag geschlossen sei. Da es sich um ein privatrechtliches Verhältnis handelt, kommen auf den Abschluß des Vertrags die §§ 145 ff. BGB. zur Anwendung; der Vertragsantrag kann also nur genau so angenommen werden, wie er abgegeben ist. Im vorliegenden Falle erklärte der Beitretende sich bereit, den Beteiligungsvertrag mit 7 Geschäftsanteilen abzuschließen. Diesen Antrag hätte die Gen. nur in derselben Form annehmen, d. h. sie hätte den Beitretenden nur mit allen 7 Geschäftsanteilen zugleich zulassen können (was nach **RG.** 73, 408 zulässig ist). Dies hätte allerdings die Einzahlung von 6 Anteilen durch den Beitretenden vorausgesetzt (§ 137 GenG.). Erfüllte letzterer diese Voraussetzung nicht, so blieb der Gen. nur übrig, den Vertragsantrag in vollem Umfang abzulehnen. Eine teilweise Annahme des Antrags, also z. B. die Zulassung mit einem Geschäftsanteile, war nicht zulässig.

7. **RG.** 21. 12. 15; 87, 408, BauersZ. 23, 186, DNotV. 16, 591, GenBl. 16, 150, JW. 16, 410, LeipzZ. 16, 385, R. 16 Nr. 550, ZBlFG. 16, 636. Eine schon in Liquidation befindliche nichtphysische Person (off. HG.) kann nicht Mitglied einer Gen. werden. Es muß ihr deshalb auch die Fähigkeit abgesprochen werden, die vor ihrer Auflösung erworbene Mitgliedschaft länger zu behalten, als dies der Zweck der Gen. erfordert. Das Gesetz enthält zwar insofern eine Lücke, als es nicht bestimmt, daß die nichtphysische Person erst mit dem Schlusse des Geschäftsjahrs ausgeschieden gilt, in dem sie die Fähigkeit verliert, Mitglied einer Gen. zu sein. Die entsprechende Anwendung des § 77 unterliegt aber keinem Bedenken. Hierzu Hachenburg, JW. 16, 411: „Man wird diesen Gedanken nicht über den Kreis der Gen. ausdehnen dürfen. Insbesondere dürfen off. HG.n, zu deren Mitgliedern eine off. HG. gehört, nicht durch deren Auflösung aufgelöst werden. Bei bürgerlichen Gesellschaften, zu deren Mitgliedern eine off. HG. gehört, kann es sich nur darum handeln, ob die Auflösung der off. HG. einen wichtigen Grund zur Aufkündigung ohne Frist bildet."— AM. Flechtheim, JW. 16, 411, der erst die Vollbeendigung der off. HG. für den maßgebenden Zeitpunkt hält. Vgl. auch KG. 15. 10. 15, DNotV. 16, 591, OLG. 32, 133, ZBlFG. 16, 637.

8. **RG.** 21. 12. 15, LeipzZ. 16, 386. Das Mitgliedschaftsrecht ist weder veräußerlich noch vererblich, und auch die Satzung kann ihm diese Eigenschaft nicht beilegen.

9. **RG.** 23. 11. 15, HoldheimsMSchr. 16, 205. Der einzelne Gesellschafter einer off. HG., der bei der Auflösung das Geschäft mit Aktiven und Passiven und der Firma erwirbt, wird nicht damit Mitglied der Gen., der die off. HG. als Mitglied angehört hatte.

10. Beitrittserklärung; ihre Form und Anfechtung. Werneburg, ZBlFG. 17, 180. In der Beitrittserklärung muß Vor- und Zuname des Beitretenden enthalten sein (vgl. oben Ziff. 4); nicht wesentlich sind dagegen (KG. 31. 3. 1911, R. 12 Nr. 813) Angaben über den Beruf und Wohnort des Beitretenden oder den Geburtsnamen der beitretenden Frau. Bedingungen sind unzulässig; bei bedingter Beitrittserklärung hat der Registerrichter die Eintragung des Beitretenden in die Genossenliste abzulehnen. Die Frage, ob der Genosse die Eintragung in die Genossenliste der Gen. gegenüber mit der Behauptung anfechten kann, er sei zur Abgabe dieser Erklärung durch Irrtum, Täuschung bestimmt worden, ist vom RG. (16. 5. 04) nicht unter allen Umständen verneint worden, sondern nur

dann, wenn die Beitrittserklärung, so wie sie vorliegt, von dem Beitretenden gewollt war; regelmäßig wird also eine Anfechtung seitens des Genossen danach nicht möglich sein. Die eventuelle Schadensersatzklage des Genossen muß sich gegen den richten, der ihn mit seiner Behauptung zum Beitritte durch Erregung eines Irrtums oder einer Täuschung veranlaßt hat. Eine Anfechtung kommt diesem Dritten gegenüber nicht in Frage, da der Genosse diesem gegenüber ja keine Erklärung abgegeben hat; möglich wäre also allein eine Schadensersatzklage auf Grund der §§ 823 ff. BGB., deren Voraussetzungen der Genosse zu beweisen hat; insbesondere hat er also den Nachweis eines tatsächlich erlittenen Schadens zu erbringen. Der Umstand, daß der Vorstand die Anfechtung des Genossen als berechtigt anerkannt hat, kann nach **RG.** 68, 346 die sonst unzulässige Anfechtung des Beitritts nicht rechtfertigen. Die Wirksamkeit einer nach der Beitrittsurkunde unbedingten Beitrittserklärung ist gegenüber der Gen. und Dritten nur davon abhängig, daß sie mit Wissen und Willen des Ausstellers in den Besitz des Vorstandes gelangt ist, wenn auf Grund ihrer formell ordnungsgemäßen Einreichung durch den Vorstand die Eintragung in die Liste vollzogen ist. Auf einen Mißbrauch des Besitzes durch den Vorstand kann sich der eingetragene Genosse gegenüber Gen. und Dritten nicht berufen (**RG.** 68, 344). Eine erst nach der Konkurseröffnung über das Vermögen der Gen. erfolgende Eintragung eines Genossen begründet nicht die Mitgliedschaft (**RG.** 50, 127). Die Mitgliedschaft durch Eintragung entsteht selbst dann, wenn der Beitretende die in der Satzung geforderten Eigenschaften nicht besitzt (**RG.** 60, 409); jedoch macht sich der Vorstand gegenüber der Gen. haftbar. Bei Erklärung des Beitritts durch einen Stellvertreter genügt es, wenn bei Ausstellung der Beitrittserklärung mündlicher Auftrag hierzu erteilt wurde; der Vertreter muß die Beitrittserklärung eigenhändig unterzeichnen entweder im eigenen Namen oder auch im Namen des Vertretenen; im ersten Falle muß sich aus der Urkunde ergeben, daß er für einen anderen unterzeichnet. Der Beitretende kann auf seine Eintragung in die Liste klagen, er kann auch Ersatz des durch Verzögerung der Eintragung erlittenen Schadens verlangen, und zwar richtet sich dieser Anspruch nach richtiger Ansicht nicht gegen den Vorstand, sondern gegen die Gen., die ihrerseits Rückgriff gegen den schuldigen Vorstand nehmen kann.

§ 16.

Satzungsänderungen. Zustimmung Dritter zu Satzungsänderungen. Dresden 23. 9. 16, GenBl. 16, 542. Nach § 16 Abs. 1 ist die Generalversammlung das Organ, dem die Abänderung der Satzung ausschließlich zusteht, so daß irgendwelche Mitwirkung der anderen Organe der Gen. nicht stattfindet. Die Eigenschaft der Satzungsänderung als einer inneren Angelegenheit aber ergibt von selbst, daß dabei auch jede Beteiligung Dritter ausgeschlossen ist.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen.

§ 17.

GenBl. 16, 357. Die Frage, ob das GenG. der Gen. den Erwerb von Aktien der Volksfürsorge, die den Zweck hat, die Volksversicherung zu betreiben, verbietet, ist vom AfP. im Anschluß an ein im Jahre 1912 erstattetes Gutachten neuerdings im Jahre 1914 bejaht worden, und das OLG. Hamburg hat mit Urteil v. 11. 5. 16, R. 16, Nr. 1377, dementsprechend die Vorstände einer Gen., die Aktien der Volksfürsorge erwarben, nach § 149 GenG. bestraft. Gegen diese Anschauung wendet sich die „Konsumgenossenschaftliche Rundschau". Vgl. auch unten zu § 149

§ 18.

Rechte der Genossen gegenüber der Gen.; deren Abtretbarkeit. **RG.** 26. 5. 16, R. 16 Nr. 1990, vgl. unten Ziff. 1 zu § 43.

§ 21.

Verzinsung von Darlehen der Genossen. KG. 16. 2. 15, OLG. 32, 125. § 21 bezieht sich nur auf Einzahlungen, die als Geschäftsguthaben oder auf dieses gemacht sind.

Ein Verbot, daß auch für solche Einzahlungen, die ein Genosse als Spareinlagen, Darlehen leistet, keine Zinsvergütung gewährt werden darf, ist darin nicht enthalten.

§ 22.

Rieß, GruchotsBeitr. 61, 102. Als Verstoß gegen das Verbot des Guthabenpfandes muß auch die Vereinbarung in den Mietbedingungen einer Baugenossenschaft angesehen werden, daß das Guthaben für den Fall der Beendigung des Mietverhältnisses zur Befriedigung der Genossenschaftsforderungen abgetreten wird. Eine bedingte Abtretung ist hier nicht beabsichtigt, vielmehr eine Abtretung zur Sicherung für möglicherweise entstehende Forderungen der Gen.; auch gegen eine Verfügung oder Verpfändung des Guthabens (vgl. auch §§ 66, 76) zugunsten eines Dritten soll sie gesichert sein. Ob bei Beendigung der Miete aber auch Guthabenfälligkeit nach § 73 Abs. 2 vorliegt, ist nicht sicher. Die Bedeutung solcher Klausel kann also nur die einer Abtretung zur Sicherheit sein, sonst würde ja auch Untergang des Guthabens durch Vereinigung eintreten.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 24.

1. BayObLG. 12. 11. 15, DNotV. 16, 587, R. 16 Nr. 189, RJA. 15, 44, ZBlFG. 16, 636. Soweit das GenG. und die Satzung keine oder keine ausreichenden Vorschriften hat, kommen die Vorschriften des BGB. ergänzend zur Anwendung. So insbesondere § 29 BGB., wonach, soweit die erforderlichen Mitglieder des Vorstandes fehlen, sie in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung des Mangels auf Antrag eines Beteiligten vom Amtsgerichte zu bestellen sind, in dessen Bezirk der Verein seinen Sitz hat, bzw. bei der Gen. vom Registergerichte.

2. Tantieme des Vorstandes und Kriegsgewinnsteuer. Samson, LeipzZ. 16, 661, vgl. I 9 zu § 237 HGB.

3. Verlust der Gehaltsansprüche vgl. Ziff. 1 zu § 34.

4. Angestelltenversicherung des Vorstandes. a) Oberschiedsgericht f. AngestVers. 5. 6. 15, GenBl. 16, 97. Der dem Vorstand angehörende Kontrolleur einer Kreditgenossenschaft ist nicht Handlungsgehilfe im Sinne des § 1 Abs. 3 VGfA.

b) Rentenausschuß, GenBl. 16, 114, AngestVers. 15, 237. Mitglieder des Vorstandes der Gen., die zu deren gesetzlichen Vertretern gehören und somit zu den Angestellten in leitender Stellung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 VGfA. rechnen, sind nicht als Handlungsgehilfen anzusehen. Angestellte in leitender Stellung sind nur dann versicherungspflichtig, wenn diese Beschäftigung den Hauptberuf bildet.

§ 28.

Beendigung der Vertretungsbefugnis. 1. Entlassung. Breslau 29. 6. 15, OLG. 32, 125. Nachdem der Kläger vertragsgemäß zum Vorstande bestellt war, hatte er das Recht, so lange Vorstand zu bleiben, bis seine Bestellung widerrufen wurde. Dieser Widerruf war zwar unbeschadet seiner vertragsmäßigen Rechte jederzeit zulässig, er braucht sich ihn aber nur entgegenhalten zu lassen, wenn er durch das zuständige Organ ordnungsmäßig beschlossen war, also nicht z. B. wenn der Beschluß der Generalversammlung mit Stimmengleichheit gefaßt wurde, die Abberufung also als abgelehnt zu gelten hätte, tatsächlich aber doch die Abberufung beschlossen wurde. Da hier ein Eingriff in ein Sonderrecht vorliegt, ist Kläger nicht auf die Anfechtungsklage beschränkt, sondern er kann die Unwirksamkeit des Beschlusses auch in anderer Weise zur Geltung bringen (s. auch zu § 51).

2. Anfechtung der Entlassung. **RG.** 26. 9. 16, vgl. unten Ziff. 4 zu § 51.

3. Ausschluß eines Vorstandsmitglieds. a) **RG.** 7. 4. 16, vgl. Ziff. 3 zu § 68.

b) **RG.** 26. 9. 16, JW. 16, 1478, R. 16 Nr. 1989. Die Generalversammlung kann einen Beschluß auf Amtsenthebung eines von seiner Ausschließung aus der Gen. benachrichtigten Vorstandsmitglieds auch vor der Rechtskraft der richterlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Ausschließung und ohne Zulassung des Ausgeschlossenen fassen.

c) **RG.** 26. 9. 16, JW. 16, 1478, R. 16 Nr. 1992. Eine Satzungsbestimmung, wonach die Ausschließung eines jeden Genossen durch gemeinsamen Aufsichtsrats- und Vorstandsbeschluß erfolgen kann, hat auch für den Fall Geltung, daß der auszuschließende Genosse das Amt eines Vorstandsmitglieds bekleidet hat.

§ 34.

Pflichten und Haftung des Vorstandes. 1. Pflichten des Vorstandes; Verlust des Gehaltsanspruchs bei Nichterfüllung. Bamberg 30. 11. 15, BayRpflZ. 16, 136, GenBl. 16, 591, LeipzZ. 16, 702. Das Verhältnis der Vorstandsmitglieder zur Gen. ist nach den Vorschriften über den Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB.) zu beurteilen. Der Dienstberechtigte darf bei dem Verpflichteten die Kenntnisse und Fähigkeiten voraussetzen, die man auf dem betreffenden Gebiete bei gewöhnlichem Fleiße und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit zu erwarten berechtigt ist. Wer sich zur Leistung von Diensten verpflichtet, die eine besondere Sachkenntnis erfordern, übernimmt die Gewähr dafür, daß er diese besonderen Eigenschaften besitzt. Der Dienstverpflichtete erhält aber keine Vergütung, wenn er eine Arbeit überhaupt nicht oder doch keine Arbeit der vereinbarten Art geleistet hat. Das trifft für die Kläger zu, die die ihnen obliegende vollständige und übersichtliche Buchführung nicht betätigt haben.

2. Haftung des Vorstandes wegen unterlassener Anmeldung weiterer Geschäftsanteile, vgl. Ziff. 3 zu § 105.

§ 41.

Haftung des Aufsichtsrats. 1. Verjährung. **RG.** 9. 11. 15, JDR. 14 § 41 Ziff. 2, auch **RG.** 87, 306, BauersZ. 23, 121, JW. 16, 129, LeipzZ. 16, 42, 43, R. 16 Nr. 745, 746, 747, 748, SeuffA. 71, 107.

2. **RG.** 7. 12. 15, BauersZ. 23, 160, HoldheimsMSchr. 16, 43, R. 16 Nr. 312. Die Verjährung des Ersatzanspruchs wegen ungerechtfertigter Vermögensverteilung beginnt ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Ges. mit dem Tage der Verteilung. § 852 BGB. hat auszuscheiden; um eine Deliktsklage handelt es sich nicht. Vgl. auch zu § 43 GmbHG.

3. **RG.** 9. 11. 15, JW. 16, 129, R. 16 Nr. 747. Der Schadensersatzanspruch umfaßt als ein einheitlicher auch spätere schädliche Folgen des zum Schadensersatze verpflichtenden Verhaltens, die sich als solche voraussehen ließen.

§ 43.

1. **RG.** 26. 5. 16, R. 16 Nr. 1990. Die Bezugsrechte, die den Genossen einer Einkaufsgenossenschaft gegen die Gen. aus den für gemeinschaftliche Rechnung ausgeführten Einkäufen zustehen, sind jedenfalls dann abtretbar, wenn die Gen. der ihr bekanntgegebenen Abtretung nicht widersprochen hat.

2. Nichtzulassung eines (noch nicht rechtskräftig) ausgeschlossenen Genossen zur Generalversammlung. **RG.** 26. 9. 16, vgl. Ziff. 6 zu § 68.

§ 51.

Nichtigkeit und Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. 1. **RG.** 21. 9. 15, JDR. 14 § 51 II 2—5, auch LeipzZ. 16, 327.

2. **RG.** 3. 12. 15, R. 16 Nr. 313. Die ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts beschränkt sich auf die Anfechtungsklage und ist auf Feststellungsklagen nicht auszudehnen.

3. Werneburg, Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse, HoldheimsMSchr. 16, 32. Die Anfechtungsklage des Genossen hat das Vorliegen eines Generalversammlungsbeschlusses zur Voraussetzung; die Beweislast hierfür trifft den Kläger. Der Widerspruch des Genossen kann schon vor der Beschlußfassung erhoben werden; eine Wiederholung des einmal erklärten Widerspruchs ist nicht erforderlich. Der Widerspruch eines in der Generalversammlung erschienenen Genossen ist zu Protokoll zu erklären, also regelmäßig in das Protokoll aufzunehmen. Jedoch ist die Beurkundung nicht unbedingt erforderlich. Es muß

für das Erfordernis der Erklärung zu Protokoll genügen, daß der Genosse seine Erklärung der Generalversammlung gegenüber und in einer so deutlichen Weise abgibt, daß ein gewissenhafter Protokollführer sich kraft seines Amtes zur Protokollierung verpflichtet fühlt. Der Widerspruch braucht in der Generalversammlung selbst nicht begründet zu werden; ist es doch geschehen, so ist der Genosse an diese Begründung in der Klage nicht gebunden. Die Berechtigung zur Klage hat jeder Genosse, der noch zur Zeit der Beschlußfassung Mitglied war; Ausscheiden nach Fassung des Beschlusses vor oder während des Anfechtungsprozesses ist ohne Einfluß. Das gilt jedoch nur dann, wenn der anfechtende Genosse nach seinem Ausscheiden noch ein tatsächliches Interesse an der Anfechtung hat; die Beweislast für das Nichtvorliegen eines solchen Interesses trifft die Gen. Die Klagerhebung ist so lange unmöglich, als ein vertretungs- und beschlußfähiger Aufsichtsrat nicht vorhanden ist; ob letzteres der Fall ist, hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen; Bestellung eines Vertreters nach § 57 ZPO. ist möglich. Die Einmonatsfrist für die Erhebung der Klage läuft auch für den in der Generalversammlung nicht erschienenen Genossen vom Tage der Generalversammlung an (**RG.** 66, 129; aM. Crüger). Für den Fall des Ausschlusses des Genossen durch Generalversammlungsbeschluß ist der ausgeschlossene Genosse bei Erhebung der Anfechtungsklage an die Formen und Fristen des § 51 nicht gebunden.

4. **RG.** 26. 9. 16, JW. 16, 1478, R. 16 Nr. 1991. In einer zu Unrecht auf „unberechtigte" Nichtzulassung zur Generalversammlung gestützte Klage auf Anfechtung eines Beschlusses, durch den ein Genosse seines Amtes als Vorstandsmitglied enthoben worden ist, kann der Streit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung gegenüber dem Vorstandsmitgliede nicht zum Austrage gebracht werden.

5. **RG.** 26. 9. 16, R. 16 Nr. 1993. Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses wegen Nichtzulassung eines (noch nicht rechtskräftig) ausgeschlossenen Genossen zur Versammlung. Vgl. Ziff. 6 zu § 68.

6. Verletzung von Sonderrechten durch einen Genossenschafterbeschluß. Geltendmachung der Unwirksamkeit. Breslau 29. 6. 15, OLG. 32, 125. Verletzt ein Beschluß der Generalversammlung ein Sonderrecht eines Mitglieds, dann ist der Verletzte nicht auf die Anfechtungsklage beschränkt, sondern er kann die Unwirksamkeit des Beschlusses auch in anderer Weise, z. B. durch Feststellungsklage, geltend machen. Vgl. **RG.** 10. 12. 15, JW. 16, 267. Ebenso Werneburg, HoldheimsMSchr. 16, 35.

7. Beschlüsse einer Generalversammlung, in der nicht die in der Satzung vorgesehene Mitgliederzahl anwesend war. KG., JDR. 13 § 51, auch OLG. 32, 129. Ebenso KG. 21. 11. 13 und 17. 4. 14, RJA. 14, 50, 53. Vgl. auch DNotV. 16, 588.

Vierter Abschnitt. Revision.

§ 53.

Haftung des Revisionsverbandes. 1. Werneburg, HoldheimsMSchr. 16, 35. In Frage kommt in erster Linie die Haftung des Revisors. Er tritt (**RG.** 78, 148) zu der Gen. in ein gesetzliches Schuldverhältnis und haftet demnach der Gen. für jedes Verschulden seiner Revision, mag dieses Verschulden in Vorsatz, grober oder leichter Fahrlässigkeit bestehen. Die Haftung des Revisors kann sich ferner auf eine unerlaubte Handlung gründen, wenn die Voraussetzungen der §§ 823, 826 vorliegen, wofür die Gen. beweispflichtig ist. In zweiter Linie kommt die Haftung des Revisionsverbandes gegenüber der Gen. in Betracht. Auch hier kommt jedoch nur eine Haftung für Verschulden in Frage, sei es Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Das ergibt sich aus der Stellung des Revisionsverbandes zur Gen., die nach dem erwähnten RG. gleichfalls als gesetzliches Schuldverhältnis gekennzeichnet ist. Der Inhalt des Schuldverhältnisses besteht darin, daß der Verband einen sachverständigen Revisor auszuwählen und diesen in geeignetem Maße zu beaufsichtigen hat. Der Verband haftet also, wenn ihm bei Auswahl oder Beaufsichtigung des Revisors ein Verschulden zur Last fällt. Die Frage, ob darüber hinaus der Verband auch für die von dem Revisor begangenen Pflichtverletzungen der Genossenschaft gegenüber haftbar ist, ist bestritten.

Parisius-Crüger bejaht sie unter Berufung auf § 30 BGB.; doch hat das RG. zweifellos mit Recht verneint, daß der Revisor ein verfassungsmäßig berufener Vertreter sei. Auch die von Citron, JW. 09, 644, aus § 278 BGB. hergeleitete Haftungspflicht des Verbandes ist vom RG verneint worden, ohne daß aber hier die Beweisführung des RG. zu überzeugen vermag.

2. **RG.** 30. 6. 16, GenBl. 16, 447, hat die Haftpflicht des Revisionsverbandes in folgendem Falle verneint. Der Direktor des Revisionsverbandes hatte von der Reichsbanknebenstelle die Mitteilung erhalten, daß der Inhaber eines Hamburger Bucketshops ihm unterstehende Vorschußvereine aufsuche und mit einem Vorstandsmitglied auch Geschäfte abgeschlossen habe. Auf die vom Verbandsdirektor gestellte Bitte um Mitteilung des Namens antwortete die Reichsbankstelle, daß der betreffende Vorstand schon auf ihre Belehrung hin ihr erklärt habe, solche Geschäfte nicht mehr einzugehen, der betreffende Verein sei deshalb nach ihrer Überzeugung gegen solche Verfehlungen sicher und deshalb sei die Nennung des Namens nicht veranlaßt. Auf dem nächsten Verbandstage hat dann der Verbandsdirektor den Vorfall zur Sprache gebracht und ausdrücklich gewarnt. Eine außerordentliche Revision ist nicht erfolgt. Das RG. hat die Tätigkeit des Verbandsdirektors für genügend erachtet.

§ 63.

Revisionsbericht. Händel, GenBl. 16, 281, erörtert die praktische Bedeutung des zum Schlusse der Revision von dem Verbandsrevisor an den Vorstand und Aufsichtsrat mündlich zu erstattenden Revisionsberichts, wobei er sich gegen die Teilung in einen materiellen Teil für die Generalversammlung und einen technischen oder instruktiven Teil für die Verwaltung wendet. Wenn auch das Gesetz die „wörtliche" Wiedergabe des Revisionsberichts nicht direkt verlangt, so müßte doch jede Genossenschaft angehalten werden, ihren Revisionsbericht bei der Generalversammlung zunächst vollinhaltlich zur Kenntnis der Mitglieder zu bringen, und weiter muß der Aufsichtsrat seine gesetzlich vorgeschriebene Erklärung über das Ergebnis der Revision abgeben. Diese Erklärung ist eine Ergänzung des Revisionsberichts; sie soll den Mitgliedern die notwendigen Aufklärungen geben.

Fünfter Abschnitt. Ausscheiden einzelner Genossen.

§ 65.

Aufkündigung. KG. 27. 11. 14, OLG. 32, 129 Anm., RJA. 14, 160. Der am 8. Oktober 1914 eingetragene Generalversammlungsbeschluß, der die bisherige einjährige Kündigungsfrist auf 2 Jahre abändert, bindet nicht die Genossen, die bereits rechtzeitig zum 31. Dezember 1914 gekündigt hatten; denn die Kündigung vollendet sich in dem Augenblick ihres Zugehens.

§ 68.

Ausschluß eines Genossen. 1. Marienwerder 19. 3. 12, OLG. 32, 125 Anm. Der Beschluß auf Ausschließung eines Genossen ist, ohne daß es einer Anfechtung bedarf, dann nichtig, wenn der Genosse, gleichviel aus welchem Grunde, nicht in der Versammlung erschien, sein Bevollmächtigter aber nicht zugelassen wurde; denn ohne weiteres ist anzunehmen, daß eine Beleuchtung der ganzen Sachlage vom Standpunkte des Genossen durch den Bevollmächtigten von wesentlicher Bedeutung gewesen wäre, zumal von 40 Genossen 11 gegen den Ausschluß stimmten.

2. **RG.** 7. 4. 16; 88, 122, HoldheimsMSchr. 16, 169, LeipzZ. 16, 872. Die Ansicht mancher Schriftsteller, daß das Gericht bei Anfechtung eines Ausschließungsbeschlusses sich auf die Prüfung der formellen Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens zu beschränken habe (so auch 4. Sen. für Vereine des BGB.), ist nicht richtig; vielmehr hat das Gericht den Beschluß auch sachlich nachzuprüfen. Um einen Eingriff in die sog. Autonomie der Körperschaft handelt es sich dabei nicht, sondern um ein Urteil über einen zivilen Verwaltungsakt. Im Gegensatze zu Vereinen des BGB. dürfen aus einer Gen. Mitglieder immer nur dann ausgeschlossen werden, wenn ganz bestimmte, durch Gesetz oder Statut

vorgesehene Tatbestände verwirklicht sind. Daher ist es geboten, die Rechtmäßigkeit der Ausschließung einer materiellen Nachprüfung zu unterziehen.

3. **RG.** 7. 4. 16; 88, 122; HoldheimsMSchr. 16, 169, LeipzZ. 16, 872. Ausschluß eines Vorstandsmitglieds. Wenn mit dem Verluste der Genosseneigenschaft kraft Gesetzes (§ 68 Abs. 4) das Vorstandsamt erlischt, so folgt daraus nicht, daß über die Ausschließung durch Willenserklärung dasselbe Organ entscheiden müsse, das für den rechtsgeschäftlichen Widerruf des Amtes zuständig ist. Voraussetzungen und Wirkung beider Maßnahmen sind verschieden. Während der Amtswiderruf unbeschadet der Entschädigungsansprüche, jedoch nach Willkür erfolgt, ist die Ausschließung nur aus bestimmten gesetzlichen oder statutarischen Gründen möglich, zieht aber den Untergang der Ansprüche aus einer etwaigen Anstellung als Vorstand nach sich. Vgl. § 24 GenG.

4. Muß der Ausschlußbeschluß Gründe angeben? a) **RG.** 7. 4. 16; 88, 122, LeipzZ. 16, 872. Mit der unverzüglichen Benachrichtigung des Genossen von der Tatsache seiner Ausschließung wird die Festlegung eines bestimmten Zeitpunkts bezweckt, von dem ab der Genosse nicht mehr an der Generalversammlung und an der Leitung der Geschäfte teilnehmen darf. Die Tatsachen, wegen deren der Genosse entfernt werden soll, brauchen ihm nicht mitgeteilt zu werden; nicht einmal die Anführung des angewendeten Gesetzes oder der Statutenvorschrift wird verlangt. Es genügt daher, wenn im Prozeß über die Ausschließung Tatsachen nachgewiesen werden, die zeitlich vor der Beschlußfassung über die Ausschließung liegen und den gesetzlichen oder statutarischen Tatbestand für die Ausschließung erfüllen. Bis zum Beweise des Gegenteils ist dann anzunehmen, daß diese Tatsachen die Ausschließung herbeigeführt haben. Von einer Begründung des Ausschließungsbeschlusses weiß das Gesetz nichts; die Rücksicht auf die Nachprüfbarkeit des Beschlusses nötigt nicht zur Ergänzung des Gesetzes in dieser Richtung.

b) Bonschab, LeipzZ. 16, 1407, wendet sich gegen RG. (unter a): Der Genosse habe einen Anspruch darauf, durch den Beschluß zu erfahren, warum er ausgeschlossen werde; denn er müsse in der Lage sein, sich gegen die Gründe, durch die sein Ausschluß beschlossen wurde, mit den ihm zustehenden Rechtsbehelfen zu verteidigen; es gehe nicht an, ihn deswegen auf eine Rückfrage an den Vorstand zu verweisen. Wenn RG. erkläre, das GenG., das den Bedürfnissen des mittleren Bürgerstandes und der Handwerker und kleinen Landwirte dienen solle, rechne mit Geschäftsleitern, denen die Gewandtheit im schriftlichen Ausdrucke fehle und denen deshalb eine Begründung nicht zugemutet werden könne, so gehe das bei der Einfachheit der Sache fehl.

5. KG. 7. 5. 15, DNotV. 16, 587, R. 16 Nr. 1009, RJA. 14, 287, ZBlFG. 17, 52. Eine Satzungsbestimmung, nach der bei unentschuldbarem Fernbleiben eines Genossen von der Generalversammlung ein Strafgeld erhoben wird und im Falle der Nichtzahlung die Ausschließung des Genossen erfolgen kann, ist gültig. Durch eine solche Vorschrift wird kein unmittelbarer Zwang auf die Genossen zum Erscheinen in der Generalversammlung ausgeübt, sondern nur eine Verpflichtung der Genossen festgelegt, ihr Fernbleiben zu entschuldigen und sich nach Möglichkeit am Vereinsleben zu beteiligen.

6. **RG.** 26. 9. 16, JW. 16, 1478, R. 16 Nr. 1993. Der Eintritt der in Abs. 4 festgesetzten Wirkung hängt nicht von dem tatsächlichen Vorliegen eines rechtmäßigen Grundes zur Ausschließung ab, und die Wirkung wird auch nicht etwa bei erfolgreicher Anfechtung der Ausschließung rückwärts wieder beseitigt. Insbesondere ist ein vor der Wiederaufhebung des Ausschließungsbeschlusses durch rechtskräftiges Urteil ergangener Beschluß der Generalversammlung nicht deshalb als gesetz- oder satzungswidrig anfechtbar, weil der ausgeschlossene Genosse zu der Generalversammlung nicht zugelassen worden war.

§ 69.

Anmeldung der Aufkündigung zum Register. 1. Keine Haftung der Gen. aus § 69. Königsberg 19. 1. 15, OLG. 32, 127. Nach § 69 ist der Vorstand, nicht aber die Gen. als solche zur Anmeldung verpflichtet; insoweit handelt er also nicht als Vertreter der

Gen., sondern kraft eigener im Gesetz allein begründeter Pflicht. Die Gen. ist also für ein Versehen des Vorstandes nicht verantwortlich.

2. Haftung aller Vorstandsmitglieder; Mitverschulden der Genossen. Kiel 1. 6. 15, OLG. 32, 128. Für die „dem Vorstande" zugewiesene Erfüllung haften alle Vorstandsmitglieder, sofern nicht in der Person eines von ihnen besondere Umstände vorhanden sind, die die Verantwortlichkeit ausschließen. Konnte das Vorstandsmitglied durch Einsehen der Geschäftspapiere von dem Eingange der Austrittserklärung sich Kenntnis verschaffen, so haftet es, mag auch der innere Geschäftsgang anders geregelt sein. Den Genossen, der auf Gericht erfährt, daß die ihm vom Vorstande gegebene Auskunft über die Erledigung seiner Austrittserklärung nicht richtig sei, gleichwohl aber energische Schritte zur Erledigung nicht tut, trifft ein Mitverschulden nach § 254 BGB.

3. Dresden 14. 12. 15, SächsOLG. 37, 313. Die Versäumung der dem Vorstand obliegenden Pflicht zur Anmeldung der Aufkündigung eines Genossen behufs deren Eintragung in die Genossenliste berechtigt den Genossen im Falle des Konkurses der Gen. nicht zu Einwendungen gegen die Abforderung von Beiträgen zur Deckung des vorhandenen Fehlbetrags.

§ 73.

Auseinandersetzung mit einem ausgeschiedenen Genossen. Werneburg, HoldheimsMSchr. 16, 38. In der auch von Waldecker, JW. 15, 83 (s. JDR. 14 § 73 GenG.) behandelten Frage, ob die Entstehung des Anspruchs des ausgeschiedenen Genossen um die Sechsmonatfrist hinausgeschoben sein soll oder ob der Anspruch auf Auszahlung des Guthabens schon mit dem Ausscheiden entsteht und der Gen. nur innerhalb der 6 Monate ein Recht zur Verweigerung der Leistung zusteht, entscheidet sich Werneburg für die erste Ansicht.

§ 77.

Anwendung auf in Liquidation befindliche nichtphysische Genossen. RG. 21. 12. 15 s. § 15 Ziff. 7.

Sechster Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Genossenschaft.

§ 88.

Umfang der Befugnisse der Liquidatoren. LG. Hamburg 17. 12. 15, JW. 16, 1553. Eine in Liquidation befindliche Terrain-Gen. war durch die Zahlungsschwierigkeiten einer GmbH., deren Anteile sie sämtlich besaß, insofern in Mitleidenschaft gezogen, als sie vertraglich einzustehen hatte für eine Verpflichtung der GmbH., wonach diese dem X. gegen eine im voraus vereinbarte Entschädigung von 3 M. für den Quadratmeter Teile eines ihr gehörigen Grundstücks zur Anlegung eines Kanals abtreten mußte. Da das fragliche Grundstück zwangsweise versteigert werden sollte, die GmbH. dadurch nicht in der Lage gewesen wäre, ihrer Pflicht gegen X. nachzukommen, und deshalb Schadensersatzanspruch des X. gegen die Gen. zu befürchten war, hat eine außerordentliche Generalversammlung beschlossen, das Grundstück einzusteigern. Auf Klage eines Genossen wurde der Beschluß für nichtig erklärt. Wenn auch die Generalversammlung als oberstes Organ der Gen. nach außen in ihren Entschließungen frei und befugt seine möge, über den Rahmen des § 88 hinauszugehen, so müßten im Innenverhältnis andere Grundsätze gelten. Wenn ein Liquidationsbeschluß überhaupt Sinn haben sollte, müßten die im § 88 für die Liquidatoren festgelegten Grenzen, die nichts weiter seien als selbstverständliche aus dem Wesen der Liquidation sich ergebende Regeln, auch für die anderen Genossenschaftsorgane gelten. Der angefochtene Beschluß diene nicht der Liquidation. Allerdings könnte dadurch Schadensersatzansprüchen des X. aus dem Wege gegangen werden; aber der in Aussicht genommene Weg sei so unabsehbar, daß er wirtschaftlich nicht mehr als Abwicklung angesprochen werden könne. — Hiergegen Schaps, JW. 16, 1553. Für eine in Liquidation befindliche Terrain-Gen. erscheint nicht ungesetzlich der Erwerb eines Grundstücks, das einer Untergesellschaft gehört, von der die Gen. alle Anteile besitzt, ein Erwerb, der außerdem den Zweck verfolgt, die Gen. von Ersatzansprüchen

eines Dritten zu befreien. Ein „schwebendes Geschäft" ist sowohl die Verwertung der Untergesellschaftsanteile wie die Beseitigung der Schadensersatzansprüche. Die Aufgaben der Liquidation dürfen nicht in einer Weise eingeengt werden, die für die Gen. mit einem Verlust an vorhandenem Vermögen verbunden wäre. Nur über die Gesetzlichkeit des in dem Beschluß eingeschlagenen Weges hatte das Gericht zu entscheiden; ob er in concreto praktisch war, darüber hatte die Generalversammlung zu befinden.

Siebenter Abschnitt. Konkursverfahren und Haftpflicht der Genossen.

§ 105.

1. Rieß, Wann entsteht der Anspruch auf die Nachschüsse im Genossenschaftskonkurse? JheringsJ. 66, 121. Das RG. 85, 209 verneint die Haftung des das Vermögen eines Genossen gemäß § 419 BGB. Übernehmenden, weil erst mit dem späteren Ausbruche des Genossenschaftskonkurses ein Anspruch auf die Nachschüsse entstehe; die Auffassung, daß schon vorher eine aufschiebend bedingte Schuld zur Zeit der Vermögensübernahme vorhanden ist, lehnt RG. ab, indem es zwischen abstrakter Nachschußpflicht und konkreter Forderung auf den einzelnen Nachschußbetrag unterscheidet. Unter teilweiser Abweichung von der Begründung des RG. kommt Rieß zu folgenden Grundsätzen: a) Die Unbestimmtheit des einzelnen künftigen Nachschußbeitrags würde nicht hindern, daß schon vor Konkurseröffnung eine kumulative Schuldübernahme durch Vertrag mit der Gen. getätigt wird; eine privative erscheint dagegen nach § 18 GenG. ausgeschlossen. Würde ein Genosse, der mit Rücksicht auf sein Geschäft Mitglied einer Gen. war, Firma und Geschäft nach § 25 HGB. veräußern, so könnte, wenn nicht gemäß § 76 GenG. eine Guthabenübertragung stattgefunden hat, später der Konkursverwalter der Gen. vom Nachfolger Nachschüsse nicht einziehen. Erfolgt dagegen die Veräußerung erst, nachdem bereits die Gen. in Konkurs gegangen war, so kann auch der Erwerber neben dem Genossen für die Nachschüsse als Betriebsverbindlichkeiten (freilich nicht im Nachschußverfahren) herangezogen werden. b) Ebenso ist auch der zeitlich frühere Zwangsvergleich im Konkurs eines Genossen ohne Wirkung für die einzelnen Nachschüsse im späteren Genossenschaftskonkurse. c) Da der Anspruch auf den einzelnen Nachschuß erst nach der Konkurseröffnung entsteht, scheiden § 55 Ziff. 2 u. 3 KO. aus. Will der Genosse gegen seinen Konkursbeitrag mit einer Gegenforderung aufrechnen, so kommt es nicht darauf an, ob er vor oder nach der Konkurseröffnung Gläubiger geworden ist, und ferner ob er Zahlungseinstellung oder Eröffnung zur Zeit des Erwerbes der Gegenforderung gekannt hat. Liegen die besonderen Voraussetzungen des § 105 Abs. 5 GenG. vor, hat der Gläubiger-Genosse also Befriedigung aus den Nachschüssen zu beanspruchen, so kann er ohne Rücksicht auf den Erwerbszeitpunkt der Gegenforderung und auf seine Konkurskenntnis aufrechnen.

2. Einwendungen gegen die Nachschußpflicht. Dresden 14. 12. 15, SächsOLG. 37, 313. Die Versäumung der dem Vorstand obliegenden Pflicht zur Anmeldung der Aufkündigung eines Genossen behufs deren Eintragung in die Genossenliste berechtigt den Genossen im Falle eines Konkurses der Gen. nicht zu Einwendungen gegen die Abforderung von Beiträgen zur Deckung des vorhandenen Fehlbetrags.

3. Haftung der Genossenschaftsorgane wegen unterlassener Anmeldung weiterer Geschäftsanteile. Unzulässigkeit der Aufrechnung gegenüber einer Schadensersatzklage wegen entgangener Vorschüsse. **RG.** 21. 1. 16; 88, 47, JW. 16, 493, R. 16 Nr. 551. Die Genossenschaftsorgane sind grundsätzlich für den durch Nichtanmeldung von weiteren Geschäftsanteilen entstandenen Ausfall von Vorschüssen haftbar, können also wegen dieses Entganges im Konkurse der Gen. von dem Konkursverwalter haftbar gemacht werden. Die in Anspruch genommenen Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats können gegen den Anspruch auch nicht mit ihren eigenen Gegenforderungen aufrechnen. Denn keiner der Genossen hätte gegen die Beiträge, die auf seine tatsächlich nicht eingetragenen Geschäftsanteile, wenn sie eingetragen gewesen wären, nach der Vorschußberechnung gefallen wären, aufrechnen können, da der Fall des § 105 Abs. 5 nicht in Frage kam. Es ist

der Zweck der im § 105 Abs. 5 bestimmten Beschränkung der Aufrechnung, daß die in der Vorschußberechnung festgesetzten Beiträge der Konkursmasse unverkürzt zufließen sollen. Die Schadensersatzpflicht der Genossenschaftsorgane hat zum Inhalte, daß der Konkursmasse zur Verfügung gemäß § 110 GenG. gezahlt werden diejenigen Beträge, die die Schadensersatzpflichtigen selbst und die anderen Genossen auf Grund der Vorschußberechnung hätten zahlen müssen, wenn sie mit den sämtlichen Anteilen, die sie erhalten sollten, in die Liste eingetragen worden wären. Dieser Ersatzpflicht würde nicht genügt, wenn die Ersatzpflichtigen der Konkursmasse auf die nicht eingetragenen Anteile der anderen Genossen weniger einzahlen würden, als diese selbst hätten einzahlen müssen. Sie dürfen deshalb auch, soweit sie die entgangenen Beträge anderer Genossen zu ersetzen haben, nicht mit eigenen Gegenforderungen gegen die Gen. aufrechnen. — S. hierzu Crecelius, GenBl. 16, 324, und Waldecker, JW. 16, 493.

Achter Abschnitt. Besondere Bestimmungen.

III. Für Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht.

§ 131.

Recht der Generalversammlung zur Auferlegung von Geldleistungen. Hamburg, JDR. 14 § 131 Ziff. 2, auch OLG. 32, 132.

§ 134.

1. Werneburg, HoldheimsMSchr. 16, 34. Bei Erhöhung der Geschäftsanteile (die Frage ist bestritten, s. Parisius-Crüger § 134 Anm. 2, Deumer, Recht der Gen. 223) trifft die Einzahlungspflicht alle Geschäftsanteile des Besitzers zu gleicher Zeit, so daß auch alle Geschäftsanteile in gleichem Maße aufzufüllen sind. Wird durch Beschluß der Gen. eine Erhöhung des Geschäftsanteils vorgenommen, so muß gleichzeitig in dem Beschlusse vorgesehen werden, inwieweit die bisherigen Bestimmungen über die Einzahlungspflicht maßgebend bleiben oder abgeändert werden sollen, andernfalls es bei den bisherigen Vorschriften verbleibt. War daher der Geschäftsanteil nach den bisherigen Satzungsbestimmungen in einem Betrage zu zahlen, so ist dies auch für den erhöhten Geschäftsanteil maßgebend, so daß auch dieser in einem Betrag einzuzahlen ist.

2. Haftung der Genossenschaftsorgane wegen unterlassener Anmeldung weiterer Geschäftsanteile. Vgl. Ziff. 3 zu § 105.

Neunter Abschnitt. Strafbestimmungen.

§§ 146, 147.

1. **RG.** 9. 11. 15, R. 16 Nr. 748. Die in §§ 146, 147 GenG. normierten Straftaten sind der Gen. gegenüber lediglich Vertragsverletzungen, wenn sie auch mit öffentlicher Strafe bedroht sind. Allerdings bezwecken diese Strafgesetze auch den Schutz dritter, zu den Tätern nicht im Aufsichtsratsvertragsverhältnisse stehender Personen. Diese Dritten können daher Ersatz des Schadens nach § 823 Abs. 2 BGB. fordern.

2. Das JDR. 14 § 146 Ziff. 2 abgedruckte Urteil auch GenBl. 16, 311. S. dort auch die Bedenken gegen dieses Urteil.

3. **RG.** 2. 10. 16, LeipzZ. 16, 1479. „Absichtliches Handeln zum Nachteile der Genossenschaft" bedeutet nur vorsätzliches Handeln; des Vorhandenseins einer Benachteiligungsabsicht bedarf es dabei nicht; zur Annahme des inneren Tatbestandes genügt schon das Bewußtsein von dem nachteiligen Erfolge der Handlung.

4. **RG.** 2. 10. 16, LeipzZ. 16, 1479. Wenn das LG. annimmt, der Angeklagte habe durch das Schweigen zu dem ihm bekannten unrichtigen Inhalte der Bilanz und durch das bewußte Passierenlassen der in den Bilanzen enthaltenen unwahren Darstellungen sich auch selbst der unwahren Darstellung schuldig gemacht, so befindet es sich durchaus in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung.

§ 149.

Meyer, GenBl. 16, 503, bespricht OLG. Hamburg v. 11. 5. 16, abgedruckt LeipzZ. 16, 1454, R. 16 Nr. 1377, das den Geschäftsführer einer Gen. für strafbar nach § 149 erklärt hatte, der flüssige Gelder der Gen. dazu verwendet hatte, die Gen. an der alle Arten der kleinen Lebensversicherung (Volksversicherung) betreibenden Volksfürsorge zu beteiligen. Das OLG. führte in Übereinstimmung mit der Strafkammer aus: „Durch die Beteiligung an der Volksfürsorge wird nicht der Erwerb oder die Wirtschaft der Mitglieder der Gen. gefördert. Eine planmäßige Unterstützung der Volksfürsorge wegen ihrer möglicherweise gemeinnützigen und wirtschaftlich zu billigenden Zwecke gehört nicht zu den Aufgaben einer Gen. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine Pflege des Versicherungsgeschäfts überhaupt zu den im § 1 gedachten Zwecken zu rechnen ist. Keinesfalls dient die Beteiligung der Gen. der Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder. Die Volksfürsorge hat einen selbständigen Geschäftsbetrieb; sie ist mit der Gen. nicht identisch, und die einzelnen Genossen sind an ihr nicht beteiligt. Der Umstand, daß durch die Förderung der Zwecke der Volksfürsorge auch Mitgliedern der Gen. die Möglichkeit wirtschaftlicher Vorteile gewährt wird, entspricht nicht der Voraussetzung des § 1, daß die Mitglieder der Gen. als solche in ihrer Gesamtheit gefördert werden sollen. Auch eine mittelbare Förderung der Genossen, wenn man sie zulassen wollte, liegt nicht vor." Meyer bemerkt hierzu: „Der Gesichtspunkt des Urteils ist wohl der, daß eine den Zwecken der Gen. dienende Anlage in dem Erwerbe der Aktien einer Ges. nur erblickt werden darf, wenn diese Kapitalsanlage sich als eine gewinnbringende Verwertung der Müßiggelder der Gen. darstellt und nicht damit eine dauernde Bindung dieses Kapitals (infolge Übertragbarkeit der Aktien nur mit Genehmigung von Aufsichtsrat und Vorstand) verbunden ist, also nur eine dauernd gewinnbringende Anlage ist straffrei. Wie soll das das Gericht nachprüfen? Und was, wenn die Papiere fallen?" Vgl. auch oben zu § 17 GenG.

Anhang.

Einkommensteuer. Meyer, GenBl. 16, 375. Für die Frage, ob der Geschäftsbetrieb einer Gen. über den Kreis der Mitglieder hinausgeht, genügt nicht eine allgemeine Verweisung auf den Geschäftsbericht, dessen Inhalt nichts ersehen läßt, auf Zeitungsannoncen und Aufschriften an den Fenstern des Geschäftslokals. Auch die Steigerung des Zuflusses fremder Gelder kann ein Hinausgehen des Geschäftsverkehrs über den Kreis der Mitglieder noch nicht begründen; denn es kommt nur darauf an, ob die beschafften fremden Gelder das Kreditbedürfnis der Mitglieder überschritten haben und ob dieses Übermaß fremder Gelder zu beschaffen von vornherein und fortdauernd beabsichtigt war. Auch der Umstand, daß seitens einer Gen. Sparkassenfächer in vereinzelten Fällen an Nichtmitglieder vermietet werden, bietet keinen Anhalt für die Steuerpflicht der Genossen; ist dieser Betrieb gering, so ist darin nur ein die Steuerpflicht nicht begründender Nebenbetrieb zu erblicken. Aus dem Anwachsen der Geschäfte einer Gen. an sich kann noch nicht auf die Steuerpflicht geschlossen werden. Es ist Pflicht der Steuerbehörde, ihrerseits amtlich zu ermitteln und im einzelnen darzulegen, wodurch die Gen. ihren Geschäftsbetrieb über den Kreis der Mitglieder ausgedehnt hat. Dieser Tatbestand muß bei Beginn des Steuerjahrs vorhanden sein, wobei der Natur der Sache nach auch die Vergangenheit in Betracht zu ziehen ist.

Wechselordnung.

Erster Abschnitt. Von der Wechselfähigkeit.

Art. 1.

Allgemeines. I. Entstehung der Wechselverpflichtung; Wechselbegebungsvertrag. 1. Wechselbegebungsvertrag. **RG.** 7. 12. 15; 87, 365, JW. 16, 263, LeipzZ. 16, 306. Daß der Aussteller eines gezogenen Wechsels nicht schon durch dessen Unterschrift verpflichtet wird, sondern zur Entstehung der Wechselverbindlichkeit ein Wechselvertrag,

ein Geben und Nehmen des Wechsels, erforderlich ist, entspricht allerdings der Rechtsprechung. Der Einwand des mangelnden Begebungsvertrags kann aber nur dann gebracht werden, wenn entweder nicht ein Dritterwerber, sondern derjenige Kläger ist, der den Wechsel ohne (gültigen) Begebungsvertrag erworben hatte, oder wenn der Dritterwerber bösgläubig war; einem redlichen Dritterwerber des Wechsels kann der Einwand nicht entgegengehalten werden. — Ebenso Königsberg 16. 5. 16, PosMSchr. 16, 68. Vgl. auch Art. 82 Ziff. 1.

2. Nebenabreden beim Wechselbegebungsvertrage. **RG.** 7. 12. 15; 87, 365, JW. 16, 263, LeipzZ. 16, 307. Der Wechselbegebungsvertrag kann als Formalvertrag keineswegs durch die Abrede aus der Welt geschafft werden, daß der Wechsel durch einen anderen ersetzt und vernichtet werden soll, und der Empfänger von ihm keinen Gebrauch machen darf. Einer solchen Abrede kann vielmehr keine weitergehende Wirkung beigelegt werden als einer neben einem gültigen Wechselbegebungsvertrage getroffenen Vereinbarung, daß der Empfänger von dem Wechsel nur in einem beschränkten Umfange Gebrauch machen darf, und solche Vereinbarung kann unzweifelhaft einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden. Das tatsächliche Geben und Nehmen des Wechsels muß also genügen, um im Verhältnisse zu gutgläubigen Dritten den Wechselvertrag als abgeschlossen betrachten zu lassen, ohne daß es diesen gegenüber auf das beim Geben des Wechsels Gewollte oder mündlich Verhandelte ankommen kann.

II. Sorgfaltspflicht. 1. **RG.** 12. 11. 15, BankA. 15, 185. Der Wechsel diskontierende Bankier muß, wenn er befremdende Wechselmaßnahmen des Bevollmächtigten eines Kunden bemerkt, den Kunden darauf aufmerksam machen (vgl. § 347 HGB.).

2. KG. 5. 11. 14, KGBl. 15, 116, JW. 16, 60, 225. Die Hingabe eines im Auslande fälligen Kundenwechsels zahlungshalber berechtigt den Wechselnehmer, sich zur Einziehung der Wechselforderung einer in- oder ausländischen Bank zu bedienen, ohne daß er für deren Verschulden beim Inkasso nach § 278 BGB. zu haften braucht. — Dagegen Bernstein, JW. 16, 60.

III. Rückgriff auf die dem Wechsel zugrunde liegende Forderung. 1. Dresden 29. 9. 15, SächsOLG. 37, 285. Der Rückgriff auf die Forderung, zu deren Berichtigung ein nachmals wegen Versäumung der Protestfrist präjudizierter Wechsel gegeben wurde, ist nur zulässig, wenn der Wechsel zahlungshalber, nicht aber, wenn er an Zahlungs Statt gegeben ist. Ersteres ist im kaufmännischen Leben durchaus die Regel, so daß letzteres nur beim Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden könnte. Daraus, daß der Empfänger der Tratten deren Empfang mit dem Beisatze bestätigt, daß er den Betrag zur Begleichung der Schuld des Akzeptanten verwendet hat, ohne einen Vorbehalt bezüglich des Einganges der Wechsel zu machen, kann noch nicht auf eine Hingabe an Zahlungs Statt geschlossen werden.

2. Dresden 29. 9. 15, SächsOLG. 37, 285. Wer einen Kundenwechsel zahlungshalber annimmt, braucht sich, wenn der Akzeptant in Konkurs geraten ist, auf die Geltendmachung seines Wechselanspruchs nicht verweisen zu lassen; er braucht auch den Wechsel nicht einzuklagen; vielmehr hat er das Recht, auf die ursprüngliche, dem Wechsel zugrunde liegende Forderung zurückzugreifen.

Zweiter Abschnitt. Vom gezogenen Wechsel.

Art. 4.

Form der Vertreterunterschrift. 1. München 23. 8. 16, LeipzZ. 16, 1331. Geschrieben braucht nach der Handelsübung nur der Name des Vertreters zu sein, falls in offener Vertretung gezeichnet wird. Auch die Vollmacht braucht aus dem Wechsel selbst nicht hervorzugehen.

2. Colmar 2. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 301. Nach der WO. genügt es, wenn (z. B. bei einem Akzepte) bei Zeichnung einer Firma der Vertreter zu einem die Firma wiedergebenden Stempelaufdrucke seine Namensunterschrift hinzusetzt.

Art. 7.

Blankowechsel. 1. Anspruch aus einem Blankowechsel; Ausfüllung durch den Konkursverwalter. München 9. 7. 15, LeipzZ. 16, 187. Durch den Erwerb eines Blanketts erhält der Empfänger ein selbständiges unwiderrufliches, vererbliches und übertragbares Recht, durch Ausfüllung der Lücken einen gültigen Wechsel fertigzustellen und die Rechte aus der in seinem Interesse geschaffenen Blankounterschrift geltend zu machen. Die spätere Ausfüllung hat rückwirkende Kraft. Im Konkurse des zur Ausfüllung berechtigten Inhabers ist die Ausfüllung durch den Konkursverwalter vorzunehmen. Daß der, von dem der Inhaber das Blankett erhalten hat, vor der Ausfüllung gestorben ist, steht der Ausfüllung nicht entgegen. Ist über die Ausfüllung nichts verabredet, so darf sie der Nehmer des Blanketts nach freiem Ermessen vornehmen; ist dagegen zwischen Geber und Nehmer eine Vereinbarung getroffen, so besteht bei vertragswidriger Ausfüllung zwischen den Parteien die exceptio doli. Über die exceptio doli gegenüber dritten Erwerbern s. Art. 82.

2. Einreden gegenüber dem Erwerber eines Blankowechsels. Vgl. Art. 82 Ziff. 4.

Art. 9.

Übertragung einer Wechselforderung. RG. 6. 6. 16, JW. 16, 1195. Forderungen aus Wechseln können (auch nach dem Inkrafttreten des BGB.) nur unter Übergabe des Papiers wirksam übertragen werden.

Art. 17.

Inkassomandat. RG. 6. 6. 16, JW. 16, 1195. Verfügungen des Inkassomandatars sind in der Regel für den Mandanten bindend; auch für ein Urteil, das dem Mandatare das Wechselrecht abspricht, ist anerkannt, daß es der Mandant unter gewöhnlichen Umständen hinnehmen muß. Anders im Falle der Kollusion; in einem solchen Falle verstößt der Mandant durch Geltendmachung einer Schadensersatzpflicht nicht gegen die Rechtskraft des Urteils.

Art. 21.

Colmar 2. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 301. Der Wechsel selbst muß allerdings ergeben, daß der Bezogene akzeptiert hat. Aber hieraus folgt noch nicht, daß zwischen der in der Adresse und der in dem Akzept angegebenen Firmenbezeichnung buchstäbliche Übereinstimmung bestehen muß. Eine derartige formelle Identität zwischen Bezogenen und Akzeptanten wird vom Gesetze nicht gefordert. Vielmehr genügt es, wenn sich aus den Umständen des Einzelfalls leicht ergibt, daß trotz einzelner Abweichungen in der Bezeichnung die Identität gewahrt ist.

Art. 74.

Klage auf Herausgabe eines Wechsels. Karlsruhe 20. 5. 14, BadRpr. 16, 100. Ein Bankier, der einen mit dem Blankoindossamente des Remittenten und Ausstellers versehenen Wechsel von einem Kaufmann erwirbt, den dieser in seinem Handelsbetrieb, ohne sein eigenes Giro hinzuzufügen, veräußern will, braucht jedenfalls aus dieser Tatsache allein noch keineswegs den Verdacht zu schöpfen, daß jener zur Veräußerung des Wechsels im eigenen Namen nicht berechtigt sei, da es einem solchen Veräußerer dabei sehr wohl doch auch nur darauf ankommen kann, nicht selbst in die wechselrechtliche Haftung aus dem von ihm einwandfrei erworbenen Wechsel einbezogen zu werden. Von einer groben Fahrlässigkeit des Bankiers, der den Wechsel ohne weitere Nachforschungen erwirbt, kann also keine Rede sein.

Artt. 75, 76.

Falsche Wechsel. München 5. 4. 16, R. 16 Nr. 1409, SeuffA. 71, 345. Auch eine gefälschte, d. h. bewußt widerrechtlich hergestellte Wechselunterschrift erlangt durch nachträgliche Genehmigung gemäß § 177 BGB. Rechtswirksamkeit gegen den genehmigenden Namensträger.

Art. 82.

Einreden. 1. Mangelnder Wechselbegebungsvertrag. a) Karlsruhe 20. 5. 14, BadRpr. 16, 101. Nach der vom RG. auch seit Einführung des BGB. festgehaltenen Vertrags- oder Begebungstheorie stellt der Einwand des mangelnden Wechselvertrags bzw. Begebungsvertrags, womit der Wechselschuldner geltend macht, einen dem erhobenen Anspruch entsprechenden Wechselvertrag nicht abgeschlossen zu haben, eine exceptio in rem, eine Einrede aus dem Wechselrechte selbst dar, die gemäß Art. 82 jedem, der Rechte gegen ihn aus dem Wechsel geltend machen will, entgegengehalten werden kann.

b) Vgl. oben Allgemeines I 1 zu Art. 1.

2. Hamburg 30. 3. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 175. Die Einrede der Täuschung steht auch gegen den weiteren Erwerber des Wechsels zu, wenn diesem bekannt war, daß der Wechsel nicht in Ordnung ist und daß er nur vorgeschoben werde, um etwas Unrechtes zu erlangen.

3. Hamburg 30. 3. 16, R. 16 Nr. 1216. Die Einrede, daß die Unterschrift des Wechsels durch Drohung erzwungen sei, ist einem gutgläubigen Erwerber gegenüber unzulässig.

4. Einrede der Arglist gegenüber dem Erwerber eines Blankowechsels; maßgebender Zeitpunkt für die Gutgläubigkeit. München 9. 7. 15, LeipzZ. 16, 187 (vgl. oben Art. 7). Ist über die Ausfüllung eines Blanketts nichts vereinbart, so darf sie der Nehmer nach freiem Ermessen vornehmen. Ist zwischen Geber und Nehmer eine Vereinbarung getroffen, so entsteht bei vertragswidriger Ausfüllung zwischen den Parteien die Einrede der Arglist. Diese Einrede steht dem dritten wechselrechtlichen Erwerber des Blanketts entgegen, wenn er an der Vertragswidrigkeit teilgenommen oder beim Erwerbe des bereits ausgefüllten Wechsels um den Vertrauensmißbrauch gewußt hat. Dagegen steht die Einrede dem dritten gutgläubigen Erwerber nicht entgegen. Ob für den guten Glauben des dritten Erwerbers die Zeit der Erwerbung oder die der Ausfüllung maßgebend ist, ist bestritten. Richtig scheint es, die Zeit des Erwerbes ausschlaggebend sein zu lassen, da dem rein zufälligen Umstand, ob der Erwerber eines Blanketts dies sofort nach Erwerb oder erst später ausgefüllt hat, ein Gewicht nicht beigemessen werden kann.

5. **RG.** 8. 8. 16, LeipzZ. 16, 1544, R. 16 Nr. 2020. Ist ein Wechsel zur Diskontierung indossiert worden, später aber der Auftrag, den Wechsel zu diskontieren, widerrufen worden, so kann ein Dritter, der den Wechsel mit Kenntnis dieses Widerrufs erworben hat, aus dem Wechsel keine Rechte herleiten.

Art. 87.

Protest. **RG.** 25. 1. 16, BankA. 15, 264, JW. 16, 578. Eine Bank ist verpflichtet, die Protesterhebung sofort zu prüfen und für Beseitigung etwaiger Mängel derselben Sorge zu tragen. Diese Pflicht besteht insbesondere dann, wenn der Protest nicht von einem rechtskundigen Notar, sondern von einem Gerichtsvollzieher aufgenommen wurde. Die Unterlassung dieser Pflicht kann unter Umständen den sonst gegen den Gerichtsvollzieher bestehenden Schadensersatzanspruch beseitigen. — Hierzu bemerkt Bernstein, JW. 16, 578: Wenn der Staat einen Beamten mit Machtbefugnissen ausstattet, so stellt er damit fest, daß der Beamte die gehörigen Eigenschaften für seinen Posten besitzt. Aus diesem Gesichtspunkte heraus ist die Unterscheidung zwischen Notar und Gerichtsvollzieher nicht unbedenklich. Immerhin wird man in besonderen Ausnahmefällen davon ausgehen müssen, daß der Auftraggeber, sofern die Zeit reicht, bei schwierigen Protestaufträgen den Protest billigerweise nachzuprüfen hat. Ein solcher Ausnahmefall lag dem Urteile zugrunde. Vor einer Ausdehnung der Nachprüfungspflicht über die im Urteile gezogenen ganz engen Grenzen wird man sich hüten müssen.

Art. 88.

„Unleserlich." München 23. 8. 16, LeipzZ. 16, 1331. Daß in der Wechselabschrift eine Unterschrift mit „unleserlich" wiedergegeben wird, ist ohne Bedeutung.

Art. 95.

Unterzeichnung eines Wechsels durch einen Vertreter. Vgl. zu Art. 4.

Scheckgesetz.

Schrifttum: Eyck, Postscheckkonto, JW. 16, 470, 828. — Dagegen Hawlitzky, Gefahren des Postscheckkontos, JW. 16, 827. — Vgl. ferner die Erwiderungen JW. 16, 957. — Über bestätigte Schecks, GenBl. 16, 540 und Leo, BankA. 15, 422.

§ 1.

1. Busch, Schuld und Haftung (München 1914) 72. Nicht richtig ist die Ansicht (so Schreiber, Schuld und Haftung), daß im Verhältnisse des Scheckinhabers zum bezogenen Bankier eine Schuld ohne Haftung vorliegt. Die Leistungsbeziehungen zwischen beiden sind vielmehr rein tatsächlicher Natur und nur insofern von einer Rechtswirkung, als die Leistung an den Scheckinhaber den Bankier von einer Schuld gegenüber dem Aussteller befreit. Daß der Bankier sich im Scheckvertrage seinen Kunden gegenüber verpflichtet hat, ordnungsmäßig gezogene Schecks zu honorieren, ändert nichts.

2. Leo, BankA. 15, 421. Ein Rechtssatz, daß jeder Gläubiger sich einen Scheck statt Zahlung gefallen lassen muß, läßt sich wie beim Giro- auch beim Scheckverkehr nicht aufstellen. Dem entspricht die allgemeine kaufmännische Auffassung. Es kann der Fall allerdings so liegen, daß nach dem, was im Geschäftsverkehre zweier Parteien üblich ist, der Scheck nicht zurückgewiesen werden darf oder daß doch dem Schuldner nach der Zurückweisung Zeit zu lassen ist, um die Barzahlung zu beschaffen. (So KG., OLG. 13, 370.) **RG.** 78, 140 hat die Frage, ob der Gläubiger einen Scheck annehmen müsse, nicht zu entscheiden gehabt. Entscheidend für die Beantwortung der Frage wird immer die Lage des Einzelfalls sein. Wo ein Scheck rein aus Schikane zurückgewiesen wird, um dann Rechtsnachteile an die Nichtrechtzeitigkeit oder Nichtbewirkung der Zahlung zu knüpfen, wird ähnlich, wie es das KG. getan hat, zu helfen sein. Aber ein allgemeiner Rechtssatz, daß Scheck gleich Zahlung sei, läßt sich nicht aufstellen.

3. KG. 26. 6. 16, BankA. 16, 33. Die Einlösung eines in Ermangelung der Angabe des Ausstellungsorts ungültigen Schecks durch die bezogene Bank kann von dem Aussteller gegenüber der Bank nicht beanstandet werden, da der ungültige Scheck als Zahlungsauftrag Wirksamkeit behält. Der Aussteller ist in solchem Falle auf einen Bereicherungsanspruch gegen den Scheckempfänger angewiesen.

§ 7.

1. Leo, BankA. 15, 422. Die Frage, in welchem Zeitpunkte bei Scheckhingabe die Zahlung als erfolgt zu gelten hat, beantwortet sich gemäß § 788 BGB. dahin, daß die Leistung erst mit der Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger bewirkt ist. Auch **RG.** 78, 442 stellt es darauf ab, wann der Empfänger durch den Scheck die Zahlung des Geldes erlangt. Es mag auch hier im Einzelfalle je nach Lage der Tatsachen anders sein; die Folgerung mag berechtigt sein, daß der Gläubiger, der den Scheck stillschweigend annimmt, damit die Leistung als sofort erfolgt, wenn auch mit dem Vorbehalte des Einganges, gelten zu lassen erklärte. Als Gesetzesregel läßt sich diese Auslegung aber nicht hinstellen. Die Bedenken, die gegen die Annahme von Schecks bestehen können, würden wesentlich vermindert werden, wenn das Akzept eines Schecks zulässig wäre. Aber auch ohne diese nach § 10 ScheckG. verbotene Annahmeerklärung kann durch Einführung des „zertifizierten" oder „visierten" Schecks, der trotz der gegenteiligen Annahme der Motive zum Scheckgesetze für zulässig zu erachten ist, geholfen werden.

2. Zahlung durch Postscheckkonto. a) Jakobsohn, JW. 16, 957. Bei Zahlung durch Postscheckkonto gilt die Zahlung in dem Moment als geleistet, in dem der Betrag beim Postscheckamt eingeht. Stellt der Empfänger, der in der Regel von dem Postscheckamt erst einen Tag später benachrichtigt wird, in der Zwischenzeit zwischen Zahlung und Benachrichtigung im Prozeß Anträge, so stellt er allerdings einen objektiv nicht mehr berechtigten Antrag und hätte nach Prozeßrecht die Kosten zu tragen. Das materielle Recht gewährt aber Schutz gegen die unerwünschte Kostenfolge, so daß die von Hawlitzky, JW. 16, 827, ausgesprochene „Gefahr des Postscheckkontos" vermieden wird. Nach § 288 BGB. hat

46*

nämlich der Schuldner den infolge seines Verzugs entstandenen Schaden zu tragen, und dieser Paragraph hat hier Anwendung zu finden.

b) Senckpiehl, JW. 16, 957. Die Zahlung durch Postscheckkonto ist in dem Augenblick als vollendet anzusehen, in welchem die Gutschrift des Betrags auf das Konto des Inhabers stattfindet. Allerdings erfährt der Kontoinhaber regelmäßig erst einen Tag später von der Gutschrift. Zahlt also der Schuldner einen Tag vor dem Termine seine Schuld und erfährt der Gläubiger erst am Terminstag oder später von der Zahlung, so daß er seinen Anwalt nicht mehr benachrichtigen kann, so ist die Zahlung zwar vor dem Termin erfolgt, aber die Kosten des Versäumnisurteils sind Verzugsfolgen, die der Schuldner zu tragen hat. Vorausgesetzt ist nur, daß der Schuldner bei Erhebung der Klage schon im Verzuge war. Zweifel könnten bei der Frage entstehen, ob der Schuldner, der am letzten Tage der ihm zustehenden Frist zahlt, die Kosten einer Klage tragen muß, zu der der Empfänger nach Ablauf der Frist und vor Empfang der Mitteilung über die Gutschrift Auftrag gegeben hat. Das ist nach § 93 ZPO. zu verneinen.

c) Ebenso LG. Berlin 1. 2. 16, JW. 16, 978.

§ 18.

Abs. 2. RG. 7. 2. 16, LeipzZ. 16, 570. Dem Inhaber eines auf den Inhaber gestellten Schecks kann der Schuldner den Einwand des mangelnden Verfügungsrechts entgegenstellen. Dieser Einwand wird durch § 18 Abs. 2 nicht ausgeschlossen, sondern mitumfaßt.

Patentgesetz.

(1915 und 1916.)

Schrifttum (soweit hier nicht erwähnt, vgl. zu den einzelnen Vorschriften des Gesetzes): Cahn, Krieg und Pariser Konvention, BayRpflZ. 15, 157. — Cohn, Sicherungsübereignung und Vorbenutzung, ZJndR. 15, 1. — Dunkhase, Patentschutz und Zeichenschutz, MschutzuWettbew. 15, 300. — Derselbe, Die sogenannte Übertragungserfindung und die Anpassungserfindung, MschutzuWettbew. 16, 52. — Derselbe, Kann ein Verfahren gemäß § 2 und § 4 des Patentgesetzes durch Inverkehrbringen oder Feilhalten benutzt werden? ZJndR. 11, 81. — Derselbe, Über einige Fragen des Vorbenutzungsrechts, ZJndR. 16, 105. — Derselbe, Die prozessuale Natur des Nichtigkeitsverfahrens, ZJndR. 16, 209. — Eckstein, Die Wirkung der Patent- und Gebrauchsmustervernichtung auf den Lizenzvertrag, ZJndR. 16, 187. — Hüfner, Die Zurückverweisungsentscheidungen im Patentnichtigkeits- und -erteilungsverfahren. — Sind die unteren Instanzen an die darin vertretene Rechtsauffassung gebunden? GewRschutz 16, 33. — Derselbe, Muß die Patentschrift die Vorteile angeben, welche der Erfindung dem Bekannten gegenüber zugeschrieben werden? MschutzuWettbew. 15, 13. — Derselbe, Die Voraussetzungen der Gebührenstundung im Falle der Patent- oder Anmeldungsgemeinschaft, GewRschutz 15, 216. — Derselbe, Die Einforderung eines Auslagenvorschusses für die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen im patentamtlichen Verfahren, ZJndR. 16, 197. — Derselbe, Sind Mitglieder des Kaiserlichen Patentamts, welche am Erteilungsverfahren mitgewirkt haben, von der Mitwirkung im Nichtigkeitsverfahren kraft Gesetzes ausgeschlossen? ZJndR. 16, 133. — Landenberger, Die Kosten des Einspruchverfahrens, ZJndR. 16, 117. — Werneburg, Zu § 3 des Patentgesetzes, ZJndR. 16, 221. — Derselbe, Der Eintritt des Patenterwerbers in bestehende Lizenzverträge, ZJndR. 16, 93. — Wildhagen, Die Voraussetzungen der Patenterteilung, GewRschutz 15, 105.

Erster Abschnitt. Patentrecht.

§§ 1 ff.

1. Patentrecht und Kriegsrecht.

a) Seligsohn, Der gewerbliche Rechtsschutz und der Krieg, DJZ. 16, 61, bespricht die Veränderungen, die der gegenwärtige Krieg in den rechtlichen Verhältnissen der Patente, Muster und Warenzeichen hervorgebracht hat. Es wird vor allen Dingen die Frage behandelt, ob die Pariser Konvention heute noch zwischen den kriegführenden Staaten gilt. Die wesentlichste Bestimmung dieses Abkommens ist, daß der, welcher in einem Unionstaate

ein Patent, Muster oder Warenzeichen angemeldet hat, die Priorität dieser Anmeldung geltend machen kann, wenn er in einem anderen Unionstaate binnen einer bestimmten Frist dasselbe Schutzrecht zur Anmeldung bringt. Die vom RG. vertretene Ansicht, daß die Konvention fortbesteht, ist nicht zutreffend. Die Konvention besteht nur den neutralen, nicht aber den feindlichen Staaten gegenüber zu Recht. Dagegen ist eine vom japanischen RG. im gegenteiligen Sinne ergangene Entscheidung zutreffend. Auch die bezüglich der Gebrauchsmuster und Warenzeichen ergangenen Bekanntmachungen sind durch den Ausbruch des Krieges unwirksam geworden. Bezüglich der Rechtsverfolgung gilt, daß das Haager Abkommen über den Zivilprozeß den Angehörigen der feindlichen Staaten gegenüber als erloschen anzusehen ist. — Feindliche Ausländer können deutsche Patente mit der Nichtigkeitsklage anfechten, da es im öffentlichen Interesse liegt, daß nichtige Patente beseitigt werden. Hier tritt jetzt die Pflicht zur Sicherheitsleistung ein. Das Gesetz vom 4. August 1914 betr. den Schutz der infolge des Krieges an Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen findet auf das Nichtigkeitsverfahren keine Anwendung (PA., JW. 15, 666). — Aus Gebrauchsmustern und Warenzeichen können Angehörige feindlicher Staaten während des Krieges keine Rechte vor Gericht geltend machen. Dagegen liegt kein Grund vor, ihnen die Fähigkeit abzusprechen, Popularklagen auf Löschung anzustrengen. Nach der Vergeltungsverordnung des BR. können Patente, die den Angehörigen Englands oder Frankreichs zustehen, vom Reichskommissar für gewerbliche Schutzrechte im öffentlichen Interesse beschränkt und aufgehoben werden. Das gilt auch bezüglich der Warenzeichen und Gebrauchsmuster.

b) Cahn, BayRpflZ. 15, 157, tritt RG. 26. 10. 14 bei und wendet sich gegen die Ausführungen von Junck, LeipzZ. 15, 330.

c) Zur BRVO. v. 7. Oktober 1915 betr. Anmeldung des im Inlande befindlichen Vermögens von Angehörigen feindlicher Staaten und zur Bek. d. RK. hierzu v. 10. Oktober 1915 vgl. Isay, ZIndR. 10, 250, über Pflicht zur Anmeldung von Schadensersatzansprüchen aus feindlichen Patenten, Mustern und Warenzeichen.

d) PA., DRAZ. 16, 11. Die Aussetzung in einem Patentanmeldungsverfahren ist zulässig, wenn die Teilnehmer der anmeldenden Gesellschaft einberufen sind.

2. Alexander-Katz, ZIndR. 16, 1, bespricht RG. 26. 10. 14 über internationale Verträge im Kriege, insbesondere den Beitritt Deutschlands zur Pariser Konvention betreffend, und wendet sich gegen diese Entscheidung, deren Begründung mit schwerwiegenden Rechtsirrtümern durchsetzt sei. Er tritt dagegen einem Urteile des japanischen RG. bei.

3. v. Ihering, Der Feststellungsantrag im österreichischen Patentrecht und das neue deutsche Patentgesetz, ZIndR. 10, 25 u. 37.

4. Isay, Reichsgericht und Rechtssicherheit, GewRschutz 15, 57, vgl. dazu Antweiler, Reichsgericht und Rechtssicherheit, GewRschutz 16, 96, und Wirth, GewRschutz 16, 1.

5. PA., DJZ. 15, 110. Für eine deutsche Patentanmeldung kann die Priorität einer Unionsanmeldung beansprucht werden, wenn vor der Auslandsanmeldung die Erfindung bereits in Deutschland einmal angemeldet war, diese aber nicht zur Patenterteilung geführt hat.

§ 1.

1. a) Patenterteilung. Schanze, VerwA. 25, 1. Die Patenterteilung ist ein Staatsakt. Fraglich ist, ob sie eine Rechtsentscheidung oder ein Verwaltungsakt ist. Es entstehen die beiden Fragen: a) ob bei der Patenterteilung Zweckmäßigkeitserwägungen Raum gegeben ist oder ob sie an zwingende Rechtssätze gebunden ist; b) ob die Patenterteilung eine Aussage ist, daß etwas ist, eine deklarative Entscheidung, eine Feststellung, oder ob sie die Herbeiführung einer Rechtswirkung ist, eine Rechtsgestaltung, eine konstitutive Entscheidung. Bei der Patenterteilung sind zweckmäßig Erwägungen nicht anzustellen. Die zweite Frage wird von der herrschenden Meinung dahin beantwortet, daß die Patenterteilung eine konstitutive Entscheidung ist. Verf. wendet sich, indem er von seiner früheren Ansicht abgeht (GewRschutz 17, 198), gegen diese Ansicht. Die Patenterteilung ist kein rechtsgestaltender, sondern ein feststellender Staatsakt. Das Patent, welches das Patentamt erteilt, hat zum

Inhalte lediglich die Feststellung eines Subjekts und eines Objekts; weiter nichts. Das Gesetz bestimmt, daß in allen Fällen, in denen durch Patenterteilung seitens des Patentamts formell-rechtskräftig festgestellt ist, daß eine patentfähige Erfindung vorliegt, an dieser von Gesetzes wegen ein subjektives Patentrecht zur Entstehung kommen soll. Dem Patentamt ist die Feststellung des Patentgegenstandes zugewiesen. Die Erzeugung des subjektiven Patentrechts hat sich das Gesetz selbst vorbehalten. Über den Charakter der in der Patenterteilung enthaltenen Feststellung vgl. 31 ff.; über die materielle Rechtskraft der Erteilung 37 ff.

b) Wildhagen. Die Erteilung eines Patents setzt voraus, daß zum ersten Male eine brauchbare Anleitung zu technischer Arbeit angemeldet ist, die 1. weder in öffentlichen Druckschriften aus den letzten 100 Jahren beschrieben, noch im Inlande offenkundig vorbenutzt war (Merkmal der „Neuheit"), 2. deren Anwendung der Technik einen erheblicheren Fortschritt bringt (Merkmal des „Fortschritts") und die 3. aus dem bisherigen Stande der Technik für den Durchschnittskaufmann sich ohne besonders glücklichen Einfall nicht ergab, sondern etwas Überraschendes bietet und als der Ausfluß schöpferischer Tätigkeit angesehen werden kann (Merkmal der „Ungewöhnlichkeit"). — Das Verhältnis des Erfinders zum Patente läßt sich in folgenden Sätzen ausdrücken: 1. Nicht bloß ein Erfinder kann ein Patent erwerben, denn der Patentsucher braucht kein Erfinder zu sein. Das Patent ist also kein ausschließliches Vorrecht des Erfinders. 2. Ein Erfinder erwirbt nicht schon dadurch, daß er eine Erfindung gemacht hat, das Anrecht auf ein Patent, sondern erst durch die Anmeldung. Das Patent ist also keine unerhebliche Folge der Erfindung. 3. Einem Erfinder, der eine Erfindung gemacht hat, durch deren Anmeldung er die Voraussetzungen der Patenterteilung erfüllen kann, wird der Weg dazu gegen unbefugte Störungen Dritter frei gehalten. Zu den urheberrechtlichen Wirkungen der Erfindung gehört also der Schutz des Erfinders gegen unbefugte Anmeldung Dritter.

2. Erfindungsgedanke und Erfindungsgegenstand.

a) Spielmann, Erfindungsgedanke und Erfindungsgegenstand. Dem Wege des Erfindungsgedankens und seinem Verhältnisse zum Gegenstande der Erfindung ist bisher nur geringe Aufmerksamkeit zugewendet worden. Um die Natur des Erfindungsgedankens zu erkennen, faßt man am besten die Entwicklung der Erfindung ins Auge. Eine Erfindung kann durch reine Kindesarbeit entstehen. Es können zur Erfindung planmäßige Versuche unternommen werden, es kann die Erfindung eine Zufallserfindung sein; die Erfindung entsteht schließlich in vielen Fällen nicht rein auf einem der drei angegebenen Wege. Der Erfindungsgedanke muß nicht nur den Gegenstand der Erfindung, sondern auch den Grund seiner Erfindungsbedeutung erkennen lassen. Zur Erkennung des Erfindungsgedankens gehört das Bewußtsein, daß durch den Erfindungsgegenstand ein gewisser Zweck erreicht werden kann. Diese Ansicht stimmt mit der von Wildhagen vertretenen Meinung überein, der den Erfindungsgedanken als eine Einleitung zur technischen Arbeit bezeichnet.

b) Vgl. Häberlein, Zur Bedeutung des Erfindungsgedankens für den Patentschutz, ZJndR. 15, 233.

3. Erfindung.

a) PA., GewRSchutz 16, 59. Erfindungen sind solche Neuerungen, die, abseits vom natürlichen Entwicklungsgange liegend und den allmählichen Gang des Fortschritts unterbrechend, das betreffende Sonderfachgewerbe ruckartig auf eine höhere Stufe in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht bringen und so die Zeit seiner Durchbildung erheblich abzukürzen vermögen. Nur bei Verbesserungen solcher Art kann von einem wesentlichen Fortschritt (als dem allein brauchbaren Kriterium der Erfindungseigenschaft) gesprochen werden.

b) **RG.** 20. 1. 15, ZJndR. 10, 56. Der Erfindungsgedanke besteht in der Vereinigung des bekannten Schwammnetzes und des bekannten wasserdichten Schwammbehälters. Hierin ist eine des Patentschutzes würdige Erfindung nicht zu erblicken. Die Aufgabe lag nahe. War sie gestellt, so ergab sich die beschriebene Lösung ohne Überwindung technischer Schwierigkeiten. Die Möglichkeit, den feuchten Schwamm ohne Schädigung anderen Reisebedarfes mit diesem zusammen verpacken zu können, teilt die geschützte Einrichtung mit dem üblichen

wasserdichten Schwammbehälter. Ein — unter Umständen auch hygienischer — Vorteil mag es sein, daß der gebrauchte Schwamm in das aus der Bodenöffnung herausfallende Netz zum Trocknen gelegt werden kann. Dies allein macht aber die Einrichtung noch nicht patentwürdig.

4. PA., MSchutzuWettbew. 14, 240, ZIndR. 15, 21. Die Patentfähigkeit einer praktisch wertvollen Erfindung wird weder durch eine äußere Ähnlichkeit mit bekannten Einrichtungen noch auch dadurch beeinträchtigt, daß die Erfindung lediglich auf der geschickten Ausnutzung bekannter physikalischer Erscheinungen beruht.

5. PA. 3. 2. 15, Bl. 16, 31. Ein Tierzuchtverfahren (Beeinflussung der in Bruteiern enthaltenen Keime) ist nicht patentfähig.

6. Spielmann, ZIndR. 15, 145, über die gewerblich verwertbare Erfindung. Als Gewerbe im Sinne des Patentrechts könnte jede Beschäftigung bezeichnet werden, deren Wesen in einer an oder mit einem körperlichen Gegenstande vorgenommenen Tätigkeit besteht, welche zum Zwecke des Erwerbes ausgeübt werden kann.

7. Cantor, Schutz der Patentanmeldung, ZIndR. 16, 49. Der Zweck des PatG. erfordert die Erfindungsoffenbarung in der Patentanmeldung. Durch unbefugte Veröffentlichung der Patentanmeldung seitens eines Dritten, der infolge der Auslegung sie sich zugänglich gemacht hat, können dem Patentanmelder erhebliche Schäden erwachsen (50). Die Patentanmeldung genießt Urheberschutz nach § 36 G. v. 19. Juni 1901; die Patentanmeldung dient der Belehrung im Sinne des § 1 G. — Gleichzeitig wird mit unbefugter Veröffentlichung der Patentanmeldung das Recht des Anmelders an der Erfindung und seine rechtlich anerkannte freie Verfügungsgewalt über die Erfindung und deren Veröffentlichung verletzt. Schon vor der Anmeldung besteht ein Recht an der Erfindung. Gegen unbefugte Veröffentlichung schützt § 1004 BGB., aus dem sich auch ein Entschädigungsanspruch herleiten läßt. Auch ein Schadensanspruch aus § 823 Abs. 1 u. 2 ist möglich.

8. Cahn, Präventivverkehr und Patentgesetz, MittVerbDPatAnw. 15, 26, wendet sich gegen die Vorschrift im § 1 Abs. 1 Entw. e. PatG., nach dem die Erteilung von Patenten schlechthin ausgeschlossen ist für „Erfindungen von Gegenständen, die bei Menschen die Empfängnis verhüten oder die Schwangerschaft beseitigen sollen". Vgl. Bl. 15, 248.

§ 2.

1. **RG.** 3. 2. 15, JW. 15, 451, ZIndR. 15, 136. Es können auch Patente unrechterweise auf Gegenstände, die bereits Gemeingut waren, erteilt werden, und es ist dann Sache der Beteiligten, sie durch Nichtigkeitsklage ganz oder teilweise zu Falle zu bringen. Stellt sich daher die angebliche Verletzung wie hier prima facie nach Inhalt der Patentschrift und des Ergebnisses eines etwaigen Nichtigkeitsverfahrens als Äquivalent des unmittelbar beschriebenen Patentgegenstandes dar, so kommt es darauf an, ob Sachverständige, denen das Vorbekanntsein der ersteren bekannt war, die Unvereinbarkeit der Patenterteilung mit dem Vorbekannten sofort erkennen müssen, oder ob sie sich sagen können, daß auch gegenüber dem Vorbekannten noch ein denkbarerweise patentfähiger Gegenstand übrig bleibt. Es muß also das Vorbekannte in seiner technischen Bedeutung mit dem unmittelbar Patentierten verglichen und danach beurteilt werden, ob auch ersterem gegenüber die Erteilungsbehörde möglicherweise, d. h. mit denkbarer Begründung, ein Patent hat gewähren können. Dabei ist die Unsicherheit jedes technischen Werturteils in der Weise zu berücksichtigen, daß der Richter sich nicht etwa die Frage vor egt, ob er selbst nach seiner Beurteilung der Erfindungshöhe das Patent erteilen würde, sondern ob nach der ihm bekannten tatsächlichen Praxis des Erteilungsverfahrens bei mäßigen oder geringen Anforderungen an den Erfindungsgehalt die Patenterteilung denkbar war. Kann diese Frage bejaht werden, so ist das Patent auf den unmittelbar beschriebenen Gegenstand unter Ausscheidung des Vorbekannten zu beschränken. Muß sie aber verneint werden, so bleibt nichts übrig, als den der Patenterteilung zugrunde liegenden Irrtum als wirksam anzuerkennen und den Patentschutz auf das vor-

bekannte Äquivalent auszudehnen. Diese Grundsätze hat das RG. bereits wiederholt befolgt. Damit wird eine mittlere Linie gezogen, die das das deutsche Patentrecht nun einmal beherrschende Erteilungsprinzip so weit wie möglich in Einklang bringt mit der Forderung materieller Gerechtigkeit.

2. Dunkhase, MschutzuWettbew. 16, 52. Für die Patentfähigkeit der sog. Übertragungserfindung ist nicht entscheidend, ob die vom Erfinder benutzte Idee auf anderem Spezialgebiete bereits bekannt war; es kommt lediglich darauf an, ob ihre Anwendung in dem neuen Gegenstand innerhalb des Leistungsvermögens eines auf dem Spezialgebiete der Erfindung erfahrenen Sachverständigen liegt. Verf. wendet sich gegen die Bezeichnung Übertragungserfindung. — Die Anpassungserfindung setzt nicht voraus, daß die zur Anwendung gebrachte Idee den auf dem gleichen Gebiet erfahrenen Sachverständigen noch unbekannt war. Denn das Wesen dieser Erfindung besteht gerade darin, daß die Idee den besonderen Verhältnissen unter Überwindung der vorhandenen Schwierigkeiten angepaßt ist. Bei dieser Erfindung liegt also das erfinderische Merkmal nicht in der Anwendung der Idee überhaupt, sondern nur in der Anwendung der Mittel, durch welche die Idee in einem neuen Gegenstande gewerblich verwertbar gemacht ist. — Vgl. über die Ausdehnung des Patentschutzes bei diesen Erfindungen 55.

3. **RG.** 12. 4. 16; 88, 208, Bl. 16, 98. Eine Vollständigkeit der ursprünglichen Beschreibung ist nicht eine Bedingung für die Gültigkeit und Priorität der Anmeldung, vielmehr ist es gerade eine Hauptaufgabe der Vorprüfung, in dieser Hinsicht für die erforderliche Ergänzung und Klarstellung zu sorgen (§ 20 Abs. 3 PatG.). Die Priorität des Patents bestimmt sich gemäß §§ 2, 3 PatG. nach der Anmeldung der Erfindung im gesetzlichen Verfahren schlechthin, woraus folgt, daß durch nachträgliche Angaben nur ihre Identität nicht verändert werden darf.

4. **RG.** 20. 3. 15, ZIndR. 15, 172. Die an Interessenten versandten Rundschriften nebst in Blaupause hergestellten Zeichnungen sind keine öffentlichen Druckschriften im Sinne des § 2 PatG., mag auf den Zeichnungen ein die Geheimhaltung fordernder Druckvermerk gestanden haben oder nicht. Es handelt sich um eine Geschäftskorrespondenz, bei der jeder einzelne Brief nur für den betreffenden Empfänger bestimmt war. Daß die Rundschreiben nebst Zeichnungen der allgemeinen Reklame dienen sollten und beliebigen Personen zur Verfügung standen, ist nicht behauptet worden. Auch reichen die Behauptungen des Klägers nicht aus, um eine offenkundige Vorbenutzung im Inland anzunehmen. Zwar ist es zweifelhaft, ob der Begriff der Benutzung unter allen Umständen die mindestens einmalige Herstellung des patentierten Gegenstandes voraussetzt. Dieser Begriff ist im § 2 PatG. derselbe wie im § 35, und in letzterer Bestimmung wird deutlich auf die im § 4 bezeichneten vier Fälle der Benutzung, das Herstellen, Inverkehrbringen, Feilhalten und Gebrauchen, verwiesen. Die Benutzung der Erfindung im engeren Sinne, nämlich das Gebrauchen, setzt freilich der Natur der Sache nach die mindestens einmalige Herstellung des die Erfindung darstellenden körperlichen Gegenstandes — wenn es sich um einen solchen im Gegensatze zum Verfahren handelt — voraus, und dies hat in den von der Beklagten und dem PA. in der Entscheidung vom 7. 11. 14, Bl. 15, 6 angeführten Entscheidungen des RG., ZIndR. 13, 170 nach Lage der dort behandelten Fälle gesagt werden sollen (vgl. auch BolzeBd. 20 Nr. 21). Die Voraussetzung trifft auch zu für das Herstellen und Inverkehrbringen von Gegenstandserfindungen. Dagegen spricht die Natur der Sache nicht ohne weiteres für die gleiche Behandlung des „Feilhaltens". So könnte man vielleicht ein Feilhalten im Sinne des § 4 PatG., also eine Patentverletzung annehmen, wenn ein Unberechtigter in der Weise, wie die Beklagte es nach Behauptung des Klägers getan haben soll, sich Interessenten gegenüber in Rundschreiben und beiliegenden Zeichnungen zur gewerbsmäßigen Herstellung der Erfindung erbieten würde.

5. a) **RG.** 10. 3. 15; 86, 315, Bl. 15, 171, LeipzZ. 15, 893. Offenkundige Vorbenutzung. Nicht dargetan ist, daß in dem Fabrikbetriebe besondere Vorkehrungen gerade zu dem Zwecke getroffen worden sind, die neue Einrichtung geheimzuhalten. Derartige Vorkehrungen sind aber auch regelmäßig nicht erforderlich, um die Offenkundigkeit auszuschließen. Sie

dürfen dem Fabrikherrn um so weniger zugemutet werden, als sie nicht selten das Gegenteil der beabsichtigten Wirkung hervorrufen, nämlich die Folge haben können, die Aufmerksamkeit auf die neue Einrichtung zu lenken und minder zuverlässigen Arbeitern Anlaß zu einem Vertrauensbruche zu bieten. Im allgemeinen muß angenommen werden, daß den Arbeitern einer Fabrik die Verpflichtung zu einem angemessenen Stillschweigen über solche technische Vorgänge ohne weiteres obliegt, die nicht alltäglicher, gewöhnlicher Natur sind, deren Geheimhaltung vielmehr im Interesse des Fabrikbesitzers als angebracht anzusehen ist. Diese Verpflichtung entspringt dem Treueverhältnis, in welchem der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber steht. — Vgl. **RG.** 5. 5. 15, Bl. 15, 170, u. **RG.** 22. 6. 15, Bl. 15, 226.

b) **RG.** 12. 7. 15, Bl. 15, 213. Zur Begründung der Behauptung offenkundiger Vorbenutzung gehört Angabe über Ort und Zeit der Herstellung und Benutzung der Maschine, über die beteiligten Personen, über die fremden Personen, die sie besichtigt haben sollen. Es genügt zur Begründung der Offenkundigkeit nicht die Aufstellung der Behauptung, daß den beteiligten Personen Geheimhaltung nicht zur Pflicht gemacht und die Maschine den Fremden, die die Fabrik besuchten, ohne Vorbehalt gezeigt worden sei.

§ 3.

1. Werneburg, ZJndR. 16, 221. Die Ansprüche des Erfinders gegen den Anmelder seiner Erfindung sind mit der Vorschrift des § 10 Nr. 10, § 28 PatG. nicht erschöpft. Vielmehr stehen dem Erfinder gegen den Anmelder alle weitergehenden Ansprüche zu, wie sie nach Maßgabe der Bestimmungen des BGB. bei Verletzung von Verträgen oder Vorliegen unerlaubter Handlungen begründet sind. Bei vorliegender unerlaubter Handlung kommt § 823 in Frage. Ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 ist das Recht an der Erfindung bereits vor der Patentanmeldung und Patenterteilung. Eine Verletzung des Rechtes liegt nur dann vor, wenn das Patent auf eine Klage des Erfinders hin gemäß § 10 Nr. 3 PatG. für nichtig erklärt worden ist, oder doch, wenn die Voraussetzungen zur Erhebung dieser Nichtigkeitsklage gegeben sind. Eine Schadensersatzklage kann unter Umständen auch aus § 826 gegeben sein.

2. PA., MSchutzuWettbew. 14, 406. Im Falle einer gemeinschaftlichen Patentanmeldung wirkt die Beschwerdeerhebung des einen Anmelders auch zugunsten des anderen, so daß auch dieser am Verfahren beteiligt ist, und wenn lediglich ein Anmelder die Unterlagen auf Grund des Vorbescheids geändert und der andere abweichende Erklärungen nicht abgegeben hat, so kann dessen Zustimmung zu den Änderungen angenommen werden. Das Patentamt hat im allgemeinen für das Verfahren nur solche Erklärungen zu berücksichtigen, die von mehreren Anmeldern übereinstimmend abgegeben sind. Aber wenn es sich um Maßregeln zur Erhaltung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes, hier des Anspruchs aus der Patentanmeldung, handelt, kommt die Maßregel des einen Teilhabers auch dem anderen zugute. Dies folgt aus § 744 Abs. 2 BGB., wonach jeder Teilhaber berechtigt ist, die zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Teilhaber zu treffen. Daß die Anmelder G. und H. hinsichtlich des Anspruchs auf Patenterteilung in einem Gemeinschaftsverhältnisse stehen, auf welches die Vorschriften der §§ 741 ff. BGB. Anwendung finden, entspricht anerkannten Rechtsgrundsätzen. Auch unterliegt es keinem Bedenken, die Vorschrift des § 744 Abs. 2 auf die Einlegung der Beschwerde im Patenterteilungsverfahren zu beziehen, wie dies für Prozeßhandlungen im Nichtigkeitsverfahren vom RG. bereits angenommen ist. Die Beschwerde des einen Anmelders ist hiernach zulässig, sie ist zugleich auch für den anderen Anmelder wirksam (Entsch. der Beschw.-Abt. 21. 11. 11, MittVerbDPatAnw. 12, 26).

3. LG. Hamburg, ZJndR. 16, 56, über einen Fall widerrechtlicher Entnahme.

§ 4.

1. Dunkhase, MSchutzuWettbew. 15, 300. Patentiert wird auf Grund des PatG. ein bestimmter Gegenstand (Sache oder Verfahren), und zwar als Begriff gedacht und unter dem Gesichtspunkte betrachtet und gekennzeichnet, was an ihm neu ist und die besondere

Anwendung eines Erfindungsgedankens enthält. Das Patentamt hat nur die Aufgabe, das Patent zu erteilen und den patentierten Gegenstand als Erfindung zu kennzeichnen, während die Gerichte nur berufen sind, diesen Gegenstand zu schützen. Der Patentschutz bestimmt sich lediglich nach § 4 PatG. Unmittelbar geschützt ist nur der patentierte Gegenstand selbst. Das Patentrecht mit seinem durch § 4 bestimmten Inhalte wird aber nicht nur durch eine gewerbsmäßige Benutzung Unbefugter verletzt, sondern durch jede unbefugte Benutzung, die geeignet ist, den Patentinhaber in seinem Rechte auf gewerbsmäßige Benutzung zu beeinträchtigen. Das Patentrecht wird ferner auch durch die Benutzung von solchen Konkurrenzgegenständen verletzt, die eine Anwendung des gleichen Erfindungsgedankens enthalten wie der patentierte Gegenstand, weil auch die Benutzung dieser Gegenstände dem Patentinhaber den Genuß seines Patents zu schmälern geeignet ist. Konkurrenzgegenstände sind Gegenstände, die in irgendeiner Weise dem gleichen Zwecke oder Bedürfnisse zu dienen vermögen wie der patentierte Gegenstand. Hierbei kommt der patentierte Gegenstand rein objektiv in seiner ganzen Brauchbarkeit in Betracht. Die Benutzung von Konkurrenzgegenständen, die mit dem patentierten Gegenstande den Erfindungsgedanken nicht gemeinsam haben, steht dem Gewerbe frei. Auch für Gegenstände, die keine Konkurrenzgegenstände sind, darf der Erfindungsgedanke frei benutzt werden. Welcher Erfindungsgedanke dem patentierten Gegenstande innewohnt, hat das Gericht aus der Kennzeichnung im Patentanspruche zu entnehmen. An diese Kennzeichnung ist das Gericht gebunden. Enthält der Gegenstand mehrere Erfindungsgedanken, so findet in jeder einzelnen Beziehung ein Patentschutz statt. Innerhalb des durch die Kennzeichnung im Patentanspruche gegebenen Rahmens hat das Gericht selbständig auf Grund des Standes der Technik im Zeitpunkte der Anmeldung festzustellen, welche Erfindungsgedanken der patentierte Gegenstand enthält.

2. **RG.** 23. 5. 14, JW. 14, 933, ZIndR. 15, 44. Der Patentschutz umfaßt regelmäßig auch die Ausnutzung der Erfindung für andere als die vom Erfinder selbst erkannten Zwecke. Ein und derselbe Gegenstand oder ein und dasselbe Verfahren kann auf dem Gebiete der Technik verschiedene Vorteile bieten und für verschiedene Zwecke verwendbar sein. Die Erteilung eines Patents auf den körperlichen Gegenstand oder ein Verfahren ist aber, die Neuheit und den Erfindungscharakter vorausgesetzt, nur von dem Nachweis abhängig, daß durch die Neuerung auf irgendeinem technischen Gebiet ein Fortschritt erreicht wird. Ist dann das Patent erteilt worden, so beschränkt sich der Patentschutz regelmäßig nicht auf den in der Patentschrift bekanntgegebenen Verwendungszweck, vielmehr umfaßt er auch die Ausnutzung der Erfindung für andere als die vom Erfinder selbst erkannten Zwecke (Kohler, Patentrecht 222; vgl. auch **RG.**, Bl. 5, 309; 9, 44). Eine Beschränkung des Schutzumfanges auf den aus der Patentschrift ersichtlichen Zweck würde mit den Bedürfnissen des gewerblichen Verkehrs nicht im Einklange stehen, da es in zahlreichen Fällen außerordentlich schwierig erscheint, den Verwendungszweck ohne Schmälerung des Erfindungsgedankens scharf abzugrenzen, und da der Wert der Patente wesentlich verringert werden würde, wenn der Patentinhaber bei Nachahmungen seines Patents zur Wahrung seiner Schutzrechte erst in der Lage wäre, nachdem er den vom Nachahmer beabsichtigten Verwendungszweck ermittelt hat. Vor allem aber würde bei der Beschränkung auf den in der Patentschrift angegebenen Zweck das schöpferische Verdienst des Erfinders keine gerechte Entlohnung erfahren, da die Anwendung einer Erfindung für andere Zwecke sich häufig als eine naheliegende Maßgabe ergibt, die im Vergleiche zur Leistung des Erfinders von untergeordneter Bedeutung ist.

3. a) Spielmann, Die Benutzung von Erfindungen durch Feilhalten und Inverkehrbringen, ZIndR. 16, 37. Es kann als feststehend gelten, daß eine Verfahrenserfindung durch Feilhalten oder Inverkehrbringen des Gegenstandes der Erfindung nicht benutzt werden kann. Es wäre höchstens denkbar, daß die Mitteilung eines gewerblich benutzbaren Verfahrens gegen Vergütung oder die Vorbereitung dazu als eine nicht unter § 4, wohl aber unter § 2 PatG. fallende Art der Erfindungsbenutzungen anzusehen wäre. Das kann aber auch nicht gut der Fall sein, denn wenn es begründet ist, § 2 in Übereinstimmung mit § 4

auszulegen, indem angenommen wird, daß die Benutzung einer Erfindung im Sinne des § 2 durch jede der im § 4 angegebenen Benutzungsarten erfolgen kann, so erscheint es auch nicht angemessen, den § 2 noch weiter im § 4 nicht erwähnten Arten der Erfindungsbenutzung unterzuordnen. Die Einheitlichkeit der Auffassung bleibt also gewahrt, wenn man als die einzige mögliche Form der Erfindungsbenutzung durch Feilhalten die betrachtet, bei der das Objekt der beabsichtigten Veräußerung durch den Gegenstand der Erfindung gebildet wird.

b) Dunkhase, ZIndR. 16, 81, kommt in Übereinstimmung mit Spielmann, ZIndR. 16, 39, zur Verneinung der Frage, ob ein Verfahren gemäß § 2 u. § 4 durch Inverkehrbringen und Feilhalten benutzt werden kann. — Die unter das Patent fallende Benutzung eines Verfahrens beginnt erst mit der Ausführung des Verfahrens, während die Benutzung der Erfindung einer körperlichen Sache schon mit der Herstellung dieser Sache, die ohne Hilfe des Erfinders, d. h. ohne Benutzung der Erfindung nicht möglich ist, ihren Anfang nimmt. Ein unter das Patent fallendes Inverkehrbringen liegt nicht darin, daß jemand einem anderen die zur Ausführung des Verfahrens erforderlichen Einrichtungen, Werkzeuge und Stoffe liefert oder daß zur Ausführung des Verfahrens eine Lizenz erteilt wird. — Die Benutzung der Erfindung gemäß § 2 hat die gleiche Bedeutung wie die Benutzung gemäß § 4. Der Unterschied besteht darin, daß § 4 dem Patentinhaber die gewerbsmäßige Benutzung der Erfindung ausschließlich gewährt, während § 2 die neuheitsschädliche Wirkung der offenkundigen Benutzung feststellt.

4. a) Inverkehrbringen. **RG.** 17. 9. 15, LeipzZ. 15, 1531. Ob schon in der bloßen Durchfuhr eines gegen ein deutsches Patent verstoßenden Gegenstandes durch Deutschland ein Inverkehrbringen nach § 4 PatG. und daher eine Verletzung des deutschen Patents zu erblicken ist, kann dahingestellt bleiben, da es sich im vorliegenden Falle nicht um eine bloße Durchfuhr handelt, sondern um eine Einfuhr in das Inland, wenngleich zum Zwecke der Wiederausfuhr nach Rußland. Dadurch, daß die Beschwerdeführer die Ware an die Firma G. u. L. sandten, war diese nach § 435 HGB. deren Auslieferung zu verlangen berechtigt. Sie erlangte die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Ware, und damit gelangte diese in den inländischen Verkehr ohne Rücksicht darauf, in welcher Weise der Empfänger nach der ihm erteilten Anweisung über die Ware weiter verfügen sollte.

b) Zum Tatbestande des Inverkehrbringens vgl. **RG.** (Straff.), Bl. 15, 113.

5. a) Feilhalten (s. oben Ziff. 2). PA. 21. 2. 15, Bl. 16, 75, ZIndR. 16, 174. Das Anbieten eines gewerblichen Schutzrechts gilt nicht als Feilhalten des Erfindungsgegenstandes, dieses Feilhalten setzt bei körperlichen Erfindungen die Herstellung des Gegenstandes der Erfindung voraus.

b) KG. 28. 6. 16, MSchutzuWettbew. In dem Feilhalten von Anlagen und Apparaten, die zur Anwendung eines geschützten Verfahrens geeignet und bestimmt sind, liegt ein mittelbares Feilhalten dieses Verfahrens selbst.

6. **RG.** 20. 3. 16, LeipzZ. 16, 939. Ein besonderer Wille auf Schutz der Teilkombination braucht in der Patentschrift nicht zum Ausdrucke zu kommen, da sich im Zweifel der Wille des Patentanmelders auf den Schutz alles dessen erstreckt, um was es die Technik bereichert. Deshalb genießt die Kombination, soweit die Teilkombination neu und patentwürdig ist und sich im Rahmen des durch die Gesamtkombination erstrebten Zweckes hält, ohne weiteres Patentschutz.

7. **RG.** 11. 11. 15, ZIndR. 16, 30. Bringt ein Patent die erstmalige Lösung einer allgemeinen Aufgabe, so umfaßt es auch solche Lösungen dieser Aufgabe, die konstruktiv sehr erheblich von der im Patent angegebenen Lösung abweichen.

8. Auslegung von Patenten.

a) **RG.** 12. 12. 14, ZIndR. 15, 80. Was die Auslegung des Klagepatents anlangt, so ist es fehlsam, wenn das Berufungsgericht annimmt, der Richter im Verletzungsprozesse sei an die von der Erteilungsbehörde getroffene Feststellung, daß gewisse Einzelelemente einer Kombination nicht neu seien, unter allen Umständen gebunden. Bindend sind für den Verletzungsrichter vielmehr nur die in bezug auf die Abgrenzung des Patentumfanges ge-

troffenen Entscheidungen der Erteilungsbehörde, nicht deren Begründung. Ist aber in dieser Begründung ein Element eines Kombinationspatents für nicht mehr neu erklärt, so wird der Verletzungsrichter hierdurch nicht gehindert, auf Grund selbständiger Prüfung das Gegenteil festzustellen und diese Feststellung der Auslegung des Patents zugrunde zu legen, nur darf er sich dabei nicht mit den Entscheidungen der Erteilungsbehörde in Widerspruch setzen, insbesondere nicht einen Anspruch gewähren, den das Patentamt aberkannt hat.

b) **RG.** 3. 11. 15, ZIndR. 16, 177. Zur Auslegung eines Patents darf nicht entscheidendes Gewicht gelegt werden auf einzelne Ausführungen der Patentschrift, vielmehr ist zu fragen, was sich nach dem Gesamtinhalte der Patentschrift im Hinblick auf den Stand der Technik als dem Fachmann erkennbar gemachter Erfindungsinhalt darstellte.

c) **RG.** 3. 5. 16, ZIndR. 16, 16. Auslegung eines Patents. Es ist nicht zu fragen, ob die Erfindung auch jetzt noch patentwürdig erscheint, sondern ob sie unter Berücksichtigung des Standes der Technik gemäß der tatsächlichen Praxis der patenterteilenden Behörde denkbarerweise patentiert werden konnte.

d) **RG.** 7. 7. 15, ZIndR. 16, 5. Patentauslegung nach dem Stande der Technik im Gegensatze zur Patentbeschreibung. Der verbleibende Rest der Patente ist ohne Erfindungsgehalt.

e) **RG.** 8. 3. 16, ZIndR. 16, 122. Auslegung eines Patents. — Stand der Technik. — Wissenschaftlicher Irrtum des Erfinders in bezug auf die Erklärung der Wirkungsweise der Erfindung ist patentrechtlich bedeutungslos.

f) **RG.** 21. 10. 14, ZIndR. 15, 126. Bei verändertem Stande der Technik ist dementsprechend eine erneute andere Auslegung erforderlich.

g) **RG.** 9. 6. 15, ZIndR. 15, 256. Auslegung nach dem Stande der Technik. Wechselnder Stand der Technik während des Rechtsstreits.

h) **RG.** 7. 10. 14, ZIndR. 16, 163. Auslegung von Patenten. Bei deutlich erkennbarer Beschränkung durch das Patentamt im Erteilungsverfahren ist ein Eingehen auf den Stand der Technik nicht erforderlich.

i) Dresden 23. 2. 16, ZIndR. 16, 203. Patentauslegung. Schutz nicht in der Patentschrift genannter Mittel. — Über Patentauslegung vgl. ebd. 204 (LG. I Berlin); ebd. 214, **RG.** 5. 7. 16; Bedeutung der Entscheidung im Nichtigkeitsverfahren für die Auslegung des Patents im Verletzungsverfahren **RG.** 8. 7. 14, Bl. 15, 122; vgl. **RG.**, Bl. 15, 144; Bedeutung der Entscheidung auf Teilvernichtung **RG.** 15. 5. 15, Bl. 15, 172.

k) Einzelfälle. **RG.** 2. 12. 14, ZIndR. 15, 43. Zur Auslegung eines Patents, Prüfung des Standes der Technik durch das Gericht. Vgl. ferner **RG.** 27. 5. 16, ZIndR. 16, 229, Auslegung eines Patents; **RG.** 28. 3. 16, ZIndR. 16, 230, Auslegung eines Patents, Berücksichtigung des Standes der Technik; **RG.**, ZIndR. 16, 16 u. 18, **RG.** 1. 4. 16, ZIndR. 16, 137.

l) **RG.** 29. 9. 15, ZIndR. 16, 7. Patentauslegung und Teilverletzung.

m) Schanze, MschutzuWettbew. 15, 325. Die Entscheidungen betr. das Patent Nr. 124 578.

§ 5.

1. Werneburg, ZIndR. 16, 25, Das Vorbenutzungsrecht gemäß § 5 PatG. und die internationalen Verträge, bespricht Art. 3 des Abkommens zwischen dem Deutschen Reiche und Österreich-Ungarn über den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz vom 6. Dezember 1891. Das Vorbenutzungsrecht des § 5 steht auch demjenigen Deutschen zu, der die Erfindung nach der Stammanmeldung in Österreich, aber vor der späteren zweiten Anmeldung in Benutzung genommen oder die zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen hatte. Fand die Vorbenutzung in dieser Zwischenzeit in Österreich statt, so ist bemerkenswert, daß der Vorbenutzer gemäß § 9 ÖstPatG. in gutem Glauben gehandelt haben muß.

2. Dunkhase, ZIndR. 16, 105, verneint im Gegensatze zu Werneburg, ZIndR. 16, 25, die Frage, ob der im Auslande wohnende Vorbenutzungsberechtigte einen im In-

lande wohnenden Vertreter bestellen muß. Auch in dem Sonderfalle, daß der im Auslande wohnende Vorbenutzer gegen den Patentinhaber auf Feststellung des Vorbenutzungsrechts Klage erhebt, bedarf es nicht der Bestellung eines Vertreters mit den im § 12 PatG. festgelegten Befugnissen. — Für das Vorbenutzungsrecht ist der Eingang der ersten Unterlagen der maßgebende Zeitpunkt, weil schon durch diese Unterlagen die Priorität der Anmeldung sichergestellt und der Anspruch auf Patenterteilung begründet ist. Die Gerichte können den Anmeldetag selbständig feststellen. — Der Vorbenutzer braucht bei seiner Vorbenutzung die Erkenntnis nicht zu besitzen, daß es sich um eine Erfindung handelt, er muß auch den der Erfindung zugrunde liegenden Erfindungsgedanken als solchen nicht erfaßt haben. Der Vorbenutzer ist in seiner weiteren Benutzung nicht gerade auf die Mittel beschränkt, die er bisher angewendet hat, sondern kann statt ihrer auch andere Mittel anwenden, ohne Rücksicht darauf, ob etwa diese Mittel auch in den Bereich des Patents fallen. Er darf sich aber nicht über die dem gewöhnlichen Sachverständigen gezogenen Grenzen hinaus die durch das Patent geschützte Erfindung in dem aneignen, was diese an erfinderischem Überschuß enthält. — Die Frage, ob ein Vorbenutzungsrecht auch durch Feilhalten und Inverkehrbringen des Gegenstandes der Erfindung erworben werden kann, ist zu verneinen. Aus der Verneinung folgt dann weiter, daß ein Vorbenutzungsrecht an einem Verfahren auf die angegebene Weise nicht erworben werden kann. — Die auf Grund des Unionsvertrags im Ausland erfolgte Unionsanmeldung steht der Entstehung eines Vorbenutzungsrechts im Inlande nicht entgegen.

3. **RG.** 19. 9. 14, JW. 14, 1041, ZIndR. 15, 83. Vorbenutzung liegt auch dann vor, wenn der technische Raumgedanke des Gebrauchsmusters in äußerlich abweichender Form bekannt war.

4. PA. 16. 11. 15, ZIndR. 10, 270. Die Behauptung der offenkundigen Vorbenutzung ohne Angabe näherer Umstände genügt nicht zur Begründung des Einspruchs.

5. **RG.** 24. 5. 16, WarnE. 16, 278, ZIndR. 16, 178. Der § 5 PatG. behandelt den Fall der Doppelerfindung. Er will indessen dem Patentanmelder (§ 3 PatG.) oder dem sonstigen Patentinhaber gegenüber nicht schlechthin jeden, der vor der Patentanmeldung den gleichen Erfindungsgedanken gehabt hat, sondern nur denjenigen Erfindungsbesitzer schützen, der ihn vor dem gedachten Zeitpunkt auch bereits selbständig be- oder ausgenutzt oder wenigstens eine auf seine unmittelbare Be- oder Ausnutzung zielende Tätigkeit entfaltet hat. Um das eine oder das andere zu vermögen, um also den Erfindungsbesitz auch nach außen in die Erscheinung treten zu lassen, muß der Vorbenutzer die Erfindung allerdings vollendet haben. Ob das im gegebenen Falle der Klägerin bis zum 1. März 1913 gelungen war oder nicht, kann dahingestellt bleiben. Denn selbst im Falle der Bejahung würde das nach dem Gesagten zur erfolgreichen Geltendmachung eines Vorbenutzungsrechts nicht genügen. Es müßte vielmehr noch etwas weiteres hinzukommen. Die Klägerin müßte damals bereits die wissenschaftliche Erkenntnis der Ausführbarkeit ihrer Erfindung in die Tat umgesetzt, sie müßte mit der technischen Ausführung der Erfindung vor dem genannten Tage bereits tatsächlich begonnen haben. Das hatte sie aber nach der Auffassung des OLG. nicht getan. Da dem beizutreten ist, so erledigen sich damit die Angriffe der Revision, soweit sie sich gegen den ersten Entscheidungsgrund des angefochtenen Urteils richten. Aber auch im übrigen können sie keinen Erfolg haben.

6. Cohn, ZIndR. 15, 1, bespricht den Fall, in dem jemand eine noch nicht patentierte Maschine einem anderen zur Sicherung übereignet, die Maschine aber späterhin von einem Dritten zum Patent angemeldet wird. Ein Vorbenutzungsrecht des Sicherungseigentümers ist zu verneinen, auch ein Inverkehrbringen liegt nicht vor.

7. a) Landenberger, Zum Tatbestande der offenkundigen Vorbenutzung, ZIndR. 16, 157. Mitteilung einer Entscheidung des RG., auf Grund deren von der bisherigen Praxis abgewichen werden wird.

b) KG., ZIndR. 16, 53 über einen Fall der Vorbenutzung.

§ 6.

1. Werneburg, ZIndR. 16, 93. War dem Lizenznehmer die Benutzung der Erfindung zur Zeit der Eintragung und Veröffentlichung der Patentveräußerung bereits seitens des Patentveräußerers überlassen worden, fand also mit anderen Worten Eintragung und Veröffentlichung der Änderung in der Person des Patentberechtigten später als die Überlassung des Erfindungsbenutzes an den Lizenznehmer statt, so ist der Lizenzvertrag auch dem Patenterwerber gegenüber wirksam. War dem Lizenznehmer hingegen die Benutzung der Erfindung zur Zeit der Eintragung und Veröffentlichung der Patentveräußerung noch nicht seitens des Patentveräußerers überlassen worden, so ist der Lizenzvertrag dem Patenterwerber gegenüber in der Regel nicht wirksam, da der § 571 BGB. dann nicht Platz greifen kann. Wirksam ist in diesem Falle unter analoger Anwendung des § 578 BGB. der Lizenzvertrag dem Patenterwerber gegenüber nur dann, wenn der Patenterwerber dem Patentveräußerer gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Lizenzvertrag ergebenden Verpflichtungen übernommen hatte, wozu es also einer ausdrücklichen Bestimmung in dem Patentveräußerungsvertrage zwischen Patentveräußerer und Patenterwerber bedarf. Ist mangels einer solchen Bestimmung der Lizenzvertrag dem Patenterwerber gegenüber gemäß §§ 571, 578 BGB. nicht wirksam, so hat der Lizenznehmer jedenfalls doch Schadensersatzansprüche gegen den Besteller der Lizenz, den Patentveräußerer, und zwar gemäß § 325 BGB., da letzterer sich die Erfüllung des Lizenzvertrags verschuldetermaßen nunmehr selbst unmöglich gemacht hat.

2. **RG.** 9. 10. 15, BauersZ. 23, 213. Bereits **RG.** 83, 93 ist ausgesprochen, daß eine sachliche Beschränkung der ausschließlichen Lizenz, vermöge deren der Patentinhaber dem Lizenznehmer nur einen Teil des ihm zustehenden Wirtschaftsbereichs zur Ausbeutung überläßt, während er sich den anderen zur eigenen oder zur Ausnutzung durch Dritte vorbehält, keinen rechtlichen Bedenken unterliegt.

3. **RG.** 24. 5. 16, ZIndR. 16, 189 ff. Bei der Bewilligung einer kostenfreien Lizenz (als Gegenwert für die Zurücknahme der Nichtigkeitsklage) besteht für den Lizenzgeber nicht die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung des Patents. Auch einer Mitteilung an den anderen Teil davon, daß das Patent durch Nichtzahlung der Gebühren verfallen werde, bedarf es nicht.

4. Eckstein, ZIndR. 16, 187. Der Lizenzvertrag gilt bis zur Vernichtung des Patents oder Gebrauchsmusters als erfüllt, die Lizenzgebühren werden also geschuldet, und erst mit dem Augenblicke der Patent- und Gebrauchsmustervernichtung wird der Lizenzgeber — von gewissen Ausnahmefällen abgesehen — in die Lage der Unmöglichkeit der Leistung versetzt, so daß nur für die Zukunft die Lizenzgebühr fortfällt. — Schadensersatzanspruch (§ 538 BGB.). — Über das Recht des Lizenznehmers, die Lizenzgebühren zu verweigern.

5. Nichtigkeit des Patents und Lizenzvertrag (vgl. § 6 GebrMustG.). **RG.** 21. 11. 14, R. 15 Nr. 365. Ob die später erkannte Nichtigkeit eines Patents oder eines Gebrauchsmusters den Patent- bzw. Gebrauchsmusterlizenzvertrag von Anfang an aufheben oder nur ein Recht zum Rücktritt ex nunc begründen soll, hängt zunächst von der Parteivereinbarung ab. Ist nichts vereinbart, so ist sowohl bei der Patentlizenz wie bei der Gebrauchsmusterlizenz anzunehmen, daß der Lizenznehmer nur zum Rücktritt ex nunc berechtigt ist, also bis zur Nichtigerklärung die Lizenzgebühren zu bezahlen hat. Die für die Gebrauchsmusterlizenz früher vertretene abweichende Auffassung wird nicht aufrechterhalten (**RG.** 68, 292; 78, 12, JW. 00, 317, R. 11 Nr. 1820, 12 Nr. 303).

6. **RG.** 26. 2. 16, ZIndR. 16, 111. Wenn zwei patentrechtlich selbständige Lizenznehmer vorhanden sind, ist keiner zur selbständigen Patentverletzungsklage aktiv legitimiert.

7. Zweibrücken 6. 4. 14, MschutzuWettbew. 14, 269. Zur Auslegung von Lizenzverträgen.

8. **RG.** 1. 11. 16, Bl. 16, 153. Der Lizenznehmer ist zur Klage auch dann befugt, wenn die Lizenz von einem in der Patentrolle nicht eingetragenen Rechtsnachfolger des Patentinhabers erteilt ist.

§ 7.

Wesnigk, Das geistige Eigentum an Zusatzerfindungen, ZJndR. 16, 169, bespricht den Fall, daß ein mit der Anmeldung des Patents beauftragter Patentanwalt eine Verbesserung erfindet. Vgl. dazu Landenberger, ebd. 209, und Weise 211.

§§ 8, 9.

1. a) PA., ZJndR. 15, 6. Eine bei einer Postanstalt im Auslande rechtzeitig eingezahlte Gebühr, die erst nach Ablauf der Frist bei der Kasse des Patentamts zur Auszahlung gelangt, gilt auch dann nicht als rechtzeitig eingezahlt, wenn a) die Postanweisung noch innerhalb der Frist an das deutsche Bestimmungspostamt gelangt ist; b) wenn die Postanweisung noch innerhalb der Fälligkeitsfrist die deutsche Grenze passiert hat; c) wenn die Auszahlung des Betrags durch das zuständige Postamt an die Patentamtskasse vergeblich versucht worden ist.

b) PA., Bl. 15, 7 über die Berechnung der Fristen für die Zahlung.

2. Zu der vorstehenden Entscheidung des PA. vgl. a) Fels, Wann gilt eine im Ausland eingezahlte telegraphische Postanweisung als rechtzeitig beim Patentamt eingegangen? ZJndR. 15, 79.

b) Tolksdorf, ZJndR. 15, 253. Über die Zahlung gestundeter Jahresgebühren.

3. PA., MschutzuWettbew. 14, 160. Die Einzahlung der Jahresgebühren bei einer nichtdeutschen Postanstalt steht der Einzahlung zur Überweisung an die PA.-Kasse bei einer Postanstalt im Gebiete des Deutschen Reichs (§ 9 PatG.) selbst dann nicht gleich, wenn die Einzahlung selbst und die telegraphische Benachrichtigung des PA. noch innerhalb der Frist, die Auszahlung des Betrags aber erst verspätet erfolgte.

4. Hüfner, GewRschutz 15, 216. Eine Gebührenstundung gemäß § 8 Abs. 4 PatG. ist nur dann zulässig, wenn alle Anmelder oder Mitinhaber um Stundung nachgesucht haben und für alle der Bedürftigkeitsnachweis geführt wird.

5. Hüfner, Kann die Erteilungsgebühr bei einem Zusatzpatent unabhängig vom Hauptpatent, also auch dann gestundet werden, wenn das Hauptpatent schon in das vierte oder ein noch späteres Lebensjahr eingetreten ist? MschutzuWettbew. 15, 373.

§ 10.

RG. 4. 1. 15, LeipzZ. 15, 691. Bildet ein Kombinationspatent den Gegenstand der Erfindung, so ist im Nichtigkeitsverfahren nur zu prüfen, ob die Kombination als solche neu ist und den Charakter einer Erfindung zeigt oder nicht. Dagegen ist in diesem Verfahren keine Entscheidung über den Umfang des Patents, insbesondere auch darüber, ob und inwieweit den Einzelelementen der Kombination, weil sie neu und erfindungsreich sind, Patentschutz zusteht und ob die Klägerin durch Benutzung solcher Elemente bei ihrer Maschine das Patent verletzt hat.

§ 11.

1. **RG.** 16. 6. 15, Bl. 15, 200, LeipzZ. 15, 1444. Die Zwangslizenz hat den rechtlichen Charakter einer gewöhnlichen, nicht einer ausschließlichen Lizenz. RG. hat dies bereits früher ausgesprochen (**RG.** 83, 276) und befindet sich mit seiner Auffassung in Übereinstimmung mit der Rechtslehre.

2. PA. 20. 6. 16, Bl. 16, 124. Über Erteilung einer Zwangslizenz. Öffentliches Interesse in persönlicher und sachlicher Beziehung. — Lizenzgebühren.

3. KG. 8. 7. 16, MschutzuWettbew. 16, 45. Keine einstweilige Verfügung im Verletzungsverfahren zugunsten der Beklagten auf Grund einer noch nicht rechtskräftig bewilligten Zwangslizenz, da das Zwangslizenzverfahren den ordentlichen Gerichten entzogen ist.

Zweiter Abschnitt. Patentamt.

§ 19.

PA., MschutzuWettbew. 15, 67. Ist zur Umschreibung in der Patentrolle ein Handelsregisterauszug erforderlich, so bildet dieser einen erforderlichen Bestandteil der Übertragungs-

urkunde, auf welchen sich die Eintragung in der Patentrolle gründet, und darf deshalb der Partei nur dann zurückgegeben werden, wenn statt der Urkunde eine beglaubigte Abschrift aufbewahrt wird.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Patentsachen.

§ 20.

Hüfner, MschutzuWettbew. 15, 13. Erachtet das PA. im Verfahren vor oder nach der Bek. der Anmeldung Hinweise auf Bekanntes oder Geschütztes für erforderlich zur klaren Abgrenzung der Erfindung — Patentamtliche Erläuterungen vom 22. 11. 98, Ziff. 3 b letzter Abs. — und hält es zur Rechtfertigung ihrer Patentfähigkeit gegenüber dem bisherigen Stande der Technik die Anführung der Vorteile in der Beschreibung, welche der Patenterteilung zugrunde gelegt werden soll, für notwendig, so muß der Anmelder diesem Verlangen des PA. nachkommen. Kann das PA. mit dem Anmelder sich über die Aufnahmen der Vorteile in die Beschreibung nicht einigen, so muß im Verfahren vor der Bekanntmachung die Anmeldung zurückgewiesen und im Abschnitte nach derselben das Patent versagt werden.

§ 23.

Hüfner, Die Befristung der Auslegung einer Anmeldung beim Patentamt und die Bedeutung dieser Befristung für die Einsicht in die Auslegestücke und Erteilung von Abschriften, MschutzuWettbew. 15, 333.

§ 25.

1. Hüfner, ZJndR. 16, 197, erörtert im Anschluß an ZJndR. 16, 177 gegen Landenberger, MschutzuWettbew. 16, 212, die Frage des Auslagenvorschusses für die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen. Er gelangt zu dem Ergebnisse, daß es im patentamtlichen Verfahren der I. und II. Instanz rechtlich zulässig ist, die Ladung der Zeugen und Sachverständigen von einem Vorschuß abhängig zu machen. — Vgl. ferner über die weitere vom Verf. bejahte Frage, ob die im § 26 Abs. 5 PatG. für das Beschwerdeverfahren gesetzte Bestimmung über den Ausgleich der Kosten auch auf das Verfahren der I. Instanz Anwendung dann finden könne, wenn Einspruch erhoben ist (201 f.), und Hüfner, MschutzuWettbew. 15, 218.

2. Landenberger, MschutzuWettbew. 15, 219, wendet sich gegen Hüfner und gelangt zu folgendem Ergebnis: Es besteht nach der derzeitigen Lage der deutschen Patentgesetzgebung keine rechtliche Möglichkeit, über die Kosten des Einspruchsverfahrens erster Instanz zu entscheiden. Es ist nicht zulässig, die Vernehmung von Zeugen von der Einzahlung eines Kostenvorschusses durch den Einsprechenden abhängig zu machen. Diese Regelung entspricht auch dem Geiste des Patentgesetzes, da sie am besten eine möglichst erschöpfende Neuheitsprüfung und damit die Schaffung rechtsbeständiger Patente gewährleistet.

§ 26.

PA., MschutzuWettbew. 14, 119. Ist nur gegen einige von mehreren Patentansprüchen Einspruch eingelegt, und hat der Einsprechende gegen den seinen Einspruch verwerfenden Beschluß Beschwerde erhoben, so ist die Beschwerdeabteilung dennoch befugt, auch über die anderen Ansprüche zu befinden. — Keine teilweise Rechtskraft im Patenterteilungsverfahren.

§ 27.

PA., MschutzuWettbew. 14, 273. Die Patenturkunde ist nicht Trägerin des Patentrechts, sondern lediglich Beweis- und Legitimationsurkunde. Sie muß sich, wie schon aus § 27 Abs. 1 Satz 1 PatG. folgt, mit dem Erteilungsbeschlusse decken. Ist daher nach Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses eine Rechtsveränderung in der Person des Patentinhabers eingetreten, so darf auch die Patenturkunde nur diejenige Person als Inhaber aufführen, die in dem Erteilungsbeschluß als Patentsucher aufgeführt ist.

§ 28.

1. Dunkhase, ZJndR. 16, 209. Während das patentamtliche Erteilungsverfahren in seinen Grundzügen ein amtliches Ermittlungsverfahren ist, hat das Nichtigkeitsverfahren

im wesentlichen den Charakter eines Parteiverfahrens. Beide Verfahren werden allerdings nur auf Antrag eingeleitet, aber im übrigen sind sie grundverschieden. Zur Einleitung des Erteilungsverfahrens ist nichts weiter erforderlich als der Antrag auf Patenterteilung und die Beschreibung des Erfindungsgegenstandes. Weshalb der beanspruchte Gegenstand eine patentfähige Erfindung ist, braucht der Antragsteller nicht anzugeben. Das Erteilungsverfahren spielt sich im wesentlichen zwischen dem Anmelder und der Behörde ab. Im Nichtigkeitsverfahren hingegen tritt der Antragsteller als Partei auf. Das Nichtigkeitsverfahren wird auch nicht auf einen bloßen Antrag hin eingeleitet, sondern es findet nur statt, wenn der Nichtigkeitskläger, in gleicher Weise wie der Einsprechende im Erteilungsverfahren, zur Begründung des Antrags bestimmte Tatsachen angibt, die die Vernichtung des Patents rechtfertigen sollen. Wird die Nichtigkeitsklage zurückgenommen, so hat dies die Wirkung, daß das Patent aufrechterhalten bleibt; das Patentamt ist also nicht befugt, das angegriffen gewesene Patent auf Grund des im Verfahren beigebrachten Materials von Amts wegen zu vernichten. Werden hingegen die Einsprüche zurückgezogen, so hat das Patentamt dessenungeachtet die Pflicht, das Patent auf Grund des beigebrachten Einspruchsmaterials zu versagen, sofern dieses Material an und für sich die Versagung rechtfertigt. Wird die Anmeldung zurückgenommen, so kommt es allerdings nicht zur Erteilung eines Patents. Denn es ist ein ganz allgemeiner, auch für das Patenterteilungsverfahren durchaus selbstverständlicher Grundsatz, daß niemand ein Recht verliehen wird, das er selbst nicht mehr haben will. Die Frage, ob es für zweckmäßig erachtet werden kann, daß die Nichtigkeitsabteilung und das RG. von Amts wegen ein ihnen außerhalb des Verfahrens bekannt gewordenes oder durch Recherchen ermitteltes neuheitsschädliches Material, das vom Nichtigkeitskläger zur Begründung seiner auf § 10 Ziff. 1 gestützten Klage nicht verwendet worden ist, dem Patentinhaber entgegenhalten und daraufhin das Patent vernichten, ist zu verneinen. Unerheblich ist dabei, ob es sich um Material handelt, welches der Abteilung oder einem einzelnen Mitgliede derselben schon bei Eröffnung des Verfahrens oder aus anderem Anlasse bekannt war, oder um Material, das erst durch eine innerhalb des Verfahrens angestellte Recherche ermittelt worden ist. Im Nichtigkeitsverfahren ist der Charakter eines Parteiverfahrens streng zu wahren.

2. **RG.** 23. 6. 15; 86, 440, Bl. 15, 203, LeipzZ. 15, 1151. Wenn auch den Parteien im Nichtigkeitsverfahren gewisse das Verfahren beeinflussende prozessuale Befugnisse, insbesondere die Zurücknahme der Klage und der Berufung zustehen, so ist das Gericht doch wegen der öffentlich-rechtlichen Natur der Entscheidung und ihrer Wirkung Dritten gegenüber in materiellrechtlicher Beziehung nicht an Verfügungen der Parteien gebunden. Mit Rücksicht auf eventuelle Interessen Dritter, z. B. von Lizenznehmern, darf keine materielle Entscheidung ergehen, welche nach Überzeugung des Gerichts mit dem ihm vorliegenden Sachverhalte nicht im Einklange steht; darauf abzielende Erklärungen der Parteien sind unbeachtlich. Auch die Anerkennung der Nichtigkeit seitens des Beklagten kommt daher nur als eine im Rahmen des gesamten Sachverhalts frei zu würdigende Tatsache in Betracht. Wollte man ihr eine entscheidende Bedeutung im Sinne von § 307 ZPO. beilegen, so wäre damit ein neuer im Gesetze nicht vorgesehener Grund für die Patentnichtigkeit geschaffen.

3. **RG.** 3. 2. 15, LeipzZ. 15, 691. Besondere Grundsätze der Rechtskraftwirkung gelten für Entscheidungen im Privatnichtigkeitsverfahren nicht. Das schließt nicht aus, daß die Gründe der Entscheidung bei Aufrechterhaltung oder nur teilweiser Vernichtung des Patents für die zukünftige Auslegung gerade dieses Patents von Bedeutung sein können. Nicht der mindeste Grund liegt aber vor, tatsächliche Feststellungen der Nichtigkeitsbehörden, mit denen die Vernichtung eines Patents begründet worden ist, für die Auslegung eines ganz anderen Patents als rechtlich bindend zu erachten. Dies ist schon deshalb unmöglich, weil auch im Nichtigkeitsverfahren Verhandlung und Entscheidung wesentlich von den Vorträgen der Parteien beeinflußt wird, wenngleich es nach der Natur dieses öffentlich-rechtlichen Verfahrens nicht ausgeschlossen ist, daß der Nichtigkeitsrichter Material, das ihm amtlich be-

kannt geworden ist, mit in die Verhandlung hineinzieht, und er auch an übereinstimmende Erklärungen der Parteien nicht gebunden ist.

4. **RG.** 4. 3. 16, Bl. 16, 66, MSchutzuWettbew. 15, 358. Unter den vom Gesetze genannten Tatsachen sind im einzelnen bestimmte Tatsachen zu verstehen, aus denen die rechtliche Folgerung gezogen werden kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Nichtigkeitserklärung, falls jene Tatsachen wahr sind, zu bejahen oder zu verneinen sind. § 28 Abs. 4 ist eine Mußvorschrift (vgl. **RG.** 76, 291).

5. Hüfner, ZIndR. 16, 133, erörtert die von verschiedenen Schriftstellern bejahte, vom Patentamte verneinte Frage, ob Mitglieder, welche bei der Erteilung eines Patents mitgewirkt haben, in dem gegen dieses Patent eingeleiteten Nichtigkeitsverfahren kraft des Gesetzes vom Richteramt ausgeschlossen sind. Er schließt sich der verneinenden Auffassung des Patentamts an.

6. Hüfner, Grenzen des rechtlichen Gehörs im Patenterteilungsverfahren und die Rechtsfolgen ungesetzlicher Versagung der Anhörung, GewRSchutz 15, 125.

§ 33.

1. **RG.** 13. 7. 15, GewRSchutz 16, 87, LeipzZ. 15, 1444. Im Patentstreitverfahren ist die Restitutionsklage unzulässig. Eine analoge Anwendung des 4. Buches der ZPO. ist ausgeschlossen.

2. **RG.** 4. 7. 14, MSchutzuWettbew. 15, 79. Der im § 539 ZPO. enthaltene Rechtsgrundsatz widerstreitet nicht dem patentrechtlichen Verfahren. Auch in seinem Bereich ist dem Berufungsgerichte die Befugnis einzuräumen, das angefochtene Urteil wegen wesentlicher Mängel des Verfahrens der ersten Instanz aufzuheben und die Sache an das PA. zurückzuverweisen.

3. Hüfner, GewRSchutz 16, 33. Im Nichtigkeits- und Erteilungsverfahren ist, wie im gewöhnlichen Prozeßrechte, die Zurückverweisung an die erste Instanz teils notwendig, teils lediglich freigestellt.

4. **RG.** 6. 2. 15, LeipzZ. 15, 508. Für die Zulässigkeit der Berufung ist wesentliche Voraussetzung, daß innerhalb der Berufungsfrist Berufungsanträge gestellt werden. Allerdings brauchen die Anträge nicht bestimmt formuliert zu sein; es muß aber aus der Berufungsanmeldung oder innerhalb der Berufungsfrist nachgebrachten Schriftsätzen, wenn auch nur aus ihrem Zusammenhange mit der Sachlage, zweifelsfrei erkennbar sein, inwieweit die patentamtliche Entscheidung angegriffen und eine Abänderung verlangt wird.

Vierter Abschnitt. Strafen und Entschädigung.

§ 35.

1. Darmstadt, ZIndR. 16, 138. Die dem Beklagten zur Last fallende fahrlässige Verletzung des Patents ist nach den Umständen des Falles nicht als grob fahrlässige erachtet worden, noch weniger als wissentliche im Sinne eines Eventualdolus. Zur Annahme eines Eventualdolus genügt nicht die Feststellung, daß der Handelnde sich der Möglichkeit des demnächst eintretenden Erfolges bewußt gewesen ist, sondern er muß diesen Erfolg, wenn er eintritt, auch gewollt haben, es muß der Handelnde auch bei bestimmter Kenntnis des Erfolges, hier der Patentverletzung, haben handeln wollen. Das bloße Handeln auf die Gefahr eines bestimmten Erfolges enthält nicht von selbst die Billigung dieses Erfolges, das Wollen desselben. Wer handelt in der Hoffnung, daß eine Patentverletzung nicht vorliegen werde, wer, wenn er wüßte, daß eine Patentverletzung vorläge, nicht handeln würde, der hat diese Patentverletzung auch nicht gewollt (**RG.**, GruchotsBeitr. 53, 1146).

2. **RG.** 14. 11. 14, LeipzZ. 15, 367, WarnE. 15, 83. Eventualdolus und grobe Fahrlässigkeit im Sinne des § 35 PatG. Keinesfalls genügt die Hoffnung des Verletzers, sein Verfahren werde nicht unter das Patent fallen, den Eventualdolus auszuschließen, und der Fall, welchen der eventuelle Vorsatz mitumfaßt, ist der Fall, daß objektiv doch eine Patentverletzung vorliege, nicht der Fall, daß der Verletzer wußte, daß eine Patentverletzung vorliege. Beim Eventualdolus genügt es, festzustellen, daß der Verletzer sein Verhalten auch dann gewollt und bestätigt haben würde, wenn es ein patentrechtswidriges war.

3. München 7. 4. 13, ZIndR. 15, 66. Schadensersatz bei Patentverletzung. Dem Kläger ist durch die unbefugte Benutzung des Patents nicht nur diejenige Lizenzgebühr entgangen, die nach billigem Ermessen M. auf Nachsuchen zu zahlen gehabt hätte, sondern auch weitere Lizenzgebühren, die — nach der Klagedarstellung — der Kläger dann von dritter Seite vereinnahmt hätte, wenn M. sich zur Zahlung einer Lizenz herbeigelassen hätte. So ausgedrückt, bewegt sich die klägerische Schadensberechnung noch innerhalb des Bereichs des Gewinnentganges, auf dem die ganze Lizenztheorie bei der Schadensberechnung aufgebaut ist, und es besteht auch zweifellos der ursächliche Zusammenhang zwischen widerrechtlicher Patentbenutzung und Entgang von Lizenzverkäufen an Dritte. Immer aber bleibt angesichts der Spezialnatur der Schadensersatzbestimmungen des PatG. (vgl. **RG.** 70, 75 unter Einschränkung der etwas weitergehenden Entscheidung JW. 06, 207) als notwendiges Erfordernis bestehen, daß das Patentdelikt auf unbefugte Benutzung beschränkt wird. Das ergibt sich schon aus dem Umstande, daß der ursprüngliche Wortlaut des PatG. sogar nur bei vorsätzlicher Patentverletzung Schadensersatz zusprach, während jetzt auch grobe Fahrlässigkeit genügt, gewöhnliche Fahrlässigkeit aber immer noch ausgeschlossen ist. Damit wäre es unvereinbar, wenn bloß für wörtliche Störungen ein geringerer Grad von Fahrlässigkeit genügen sollte und auch mittlere Verjährungsbestimmungen gälten. Nur die Unterlassungsklage aus § 1004 BGB. und die Klage auf Gewinnherausgabe aus § 677 BGB. sind daneben zulässig (Seligsohn 394), dagegen finden die §§ 823, 831 BGB. keine Anwendung.

4. München 11. 11. 14, MSchutzuWettbew. 15, 362. Erkennt jemand in einem Vergleich das Patent eines anderen an und verpflichtet er sich, künftig jede Verletzung zu unterlassen, so ist anzunehmen, daß er sich nur bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung ersatzpflichtig macht.

5. KG. 5. 5. 15, ZIndR. 15, 139. Zuständigkeit des Gerichts nach § 32 ZPO. Wie RG. jetzt in ständiger Rechtsprechung annimmt (vgl. das eingehende Urteil vom 9. 12. 14, LeipzZ. 15, 456), ist zur Begründung des Gerichtsstandes aus § 32 ZPO. nur die tatsächliche Feststellung erforderlich, daß diejenige Handlung, aus welcher als einer unerlaubten der Kläger seinen Anspruch herleitet, im Bezirke des Prozeßgerichts begangen ist; ob die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer unerlaubten Handlung vorhanden sind, ob insbesondere die fragliche Handlung rechtswidrig oder schuldhaft war, ob sie sich überhaupt gegen den Kläger richtete und in seine rechtlichen Beziehungen eingriff, berührt nicht die Frage der Zuständigkeit, sondern gehört in das Gebiet der Sachentscheidung. — Über die Zulässigkeit der Unterlassungsklage im Gerichtsstande des § 32 ZPO. vgl. **RG.** 19. 6. 15, Bl. 15, 229.

6. **RG.** 16. 1. 15, LeipzZ. 15, 692. Patentverletzung, verübt durch eine Aktiengesellschaft. Die Anforderung, daß der Vorstand der Beklagten sich eine eigene sichere Überzeugung hätte verschaffen müssen und sich nicht auf Äußerungen befangener Sachverständiger hätte verlassen dürfen, ist nach Lage der Sache nicht zu beanstanden, da den Mitgliedern des Vorstandes der Beklagten durchaus die erforderliche technische und patentrechtliche Sachkunde eigen war und es sich um Aufnahme eines neuen Fabrikationszweigs handelte, bei dem von vornherein mit einem möglichen Eingriff in fremde Schutzrechte, insbesondere aber in das der Beklagten wohlbekannte Patent der Klägerin zu rechnen war.

7. **RG.** 5. 11. 15, ZIndR. 16, 29, über einen Fall, in dem eine Fahrlässigkeit verneint wurde.

§ 36.

RG. (Strafs.) 11. 5. 14, ZIndR. 15, 268, über mittelbare Täterschaft im Patentrechte.

§ 37.

1. München 22. 9. 14, ZIndR. 15, 21. Der in der Patentrolle als Inhaber Eingetragene ist auch dann als Nebenkläger in einem Strafverfahren wegen Verletzung des Patents zuzulassen, wenn er tatsächlich nicht mehr Inhaber des Patents ist.

2. **RG.** (Strafs.) 5. 5. 14, GewRSchutz 15, 205. Über die Bedeutung der Art der Lizenzerteilung für die Berechtigung zur Nebenklage.

§ 40.

1. **RG.** 13. 5. 16, R. 16 Nr. 1391, HessRspr. 17, 177, MschutzuWettbew. 15, 359, ZIndR. 16, 192. Ist für die Herstellung von Bindemitteln für Pigmentfarben, Korkmehl und dergleichen Materialien ein Verfahrenspatent erteilt, so dürfen auch die mit dem patentierten Bindemittel hergestellten Farben mit dem Patentvermerke versehen werden. Die Wirkung des Patents erstreckt sich nach § 4 Satz 2 PatG. auch auf das durch das geschützte Verfahren unmittelbar hergestellte Erzeugnis, das Bindemittel selbst. Durch dessen innige Vermischung mit einem Farbkörper entsteht ein neuer Stoff, die streichfertige Farbe, in der aber die Bedeutung des Bindemittels überwiegt. Denn je nach dessen Natur unterscheidet man Öl-, Leim-, Kasein- und andere Farben, spricht man von einer Ölfarben-, Leimfarben- usw. Technik. Der Erfinder eines neuen oder verbesserten Bindemittels kann unter Umständen eine neue Farbentechnik begründen. Vor allem aber legt das OLG. mit Recht Wert darauf, daß die Vorzüge eines Bindemittels allen Farben, zu deren Erzeugung es benutzt wird, zugute kommen.

2. **RG.** 13. 5. 16, Bl. 16, 135, HessRspr. 17, 177, ZIndR. 16, 192. Der § 40 PatG. will das kaufende Publikum schützen und zugleich verhindern, daß jemand durch unbefugte Patentberühmung im geschäftlichen Wettbewerbe Vorteile erzielt, die sich nach den Grundsätzen eines anständigen und soliden Geschäftsverkehrs nicht rechtfertigen lassen. Davon ausgehend muß es für zulässig erachtet werden, einen Gegenstand als patentiert zu bezeichnen, von dem tatsächlich nur ein Teil unter Patentschutz steht, vorausgesetzt, daß dieser Teil für das Wesen der zusammengesetzten Sache bestimmend und ausschlaggebend ist und gerade seiner Beschaffenheit und seiner Eigenschaften wegen sie zu einer besonders geschätzten und begehrten macht.

3. **RG.** (Straff.) 9. 3. 15, Bl. 16, 151. Verhältnis zu § 4 UnlWG.

Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern.

Vorbemerkung: Das bedeutendste Ereignis auf dem Gebiete dieses Gesetzes ist die Entscheidung des RG. vom 21. 11. 14 über die Gebrauchsmusterlizenz. Die Entscheidung ist ausführlich zum Abdrucke gelangt, so daß hier auf ihre Wiedergabe hingewiesen werden kann. Die neuere Rechtsprechung schließt sich an diese Entscheidung an. Daß in besonders gearteten Fällen abweichend über die Rückgewähr der Lizenzen erkannt werden kann, zeigt **RG.** 18. 3. 16 (§ 7 Ziff. 5).

Schrifttum: Dunkhase, Der Lizenzvertrag über ein ungültiges Gebrauchsmuster, MschutzuWettbew. 14, 251. — Finger, Lizenzverträge über nichtige Patente oder ungültige Gebrauchsmuster, GewRschutz 16, 17. — Isay, Lizenzverträge über ungültige Gebrauchsmuster, GewRschutz 15, 12. — Oppenheimer, Fragen des Lizenzrechts, Gew. Rschutz 16, 41.

§ 1.

1. **RG.** 27. 9. 16, Bl. 16, 154, ZIndR. 15, 248. Nach § 1 werden Modelle von Gebrauchsgegenständen als Gebrauchsmuster geschützt, insoweit sie dem Gebrauchszwecke durch eine neue Gestaltung, Anordnung oder Vorrichtung dienen sollen. Die Verwendung eines bekannten Modells zu einem neuen Zwecke kann den Musterschutz nicht begründen. Es liegt jedoch, wie das RG. bereits ausgesprochen hat, eine neue Gestaltung im Sinne jenes Paragraphen vor, wenn ein neuer, bisher unbekannt gewesener technischer Erfolg durch Verwendung eines Gebrauchsgegenstandes erzielt wird, dessen Modell zwar demjenigen bekannter Gebrauchsgegenstände ähnlich oder von ihnen entlehnt worden ist, das aber jenem Zwecke angepaßt und dementsprechend gestaltet werden mußte, weil die bekannten Modelle hierzu nicht geeignet waren (vgl. **RG.** 50, 126). Dies trifft hier zu.

2. **RG.** 5. 12. 14, LeipzZ. 15, 507. Das RG. hat seit langem daran festgehalten (**RG.** 41, 40; 48, 24; 70, 162; 84, 66) und hält daran fest, daß neu im Sinne des § 1 ein Modell nicht nur dann ist, wenn es äußerlich Abweichungen von der bisherigen Form bietet,

sondern auch dann, wenn es wegen der Wahl des Stoffes die im Raume verkörperte Darstellung eines dem Arbeits- und Gebrauchszwecke dienenden Erfindungsgedankens ist.

3. Frankfurt 4. 11. 12, FrankfRundsch. 49, 131. Im Sinne des § 1 ist zwar nicht erforderlich, daß der erstrebte Zweck auch wirklich erreicht wird. Immerhin aber muß die neue Gestaltung subjektiv dazu bestimmt und objektiv dazu geeignet sein, den Arbeitszweck wirksamer und besser als das bisher Bekannte zu fördern. Eine Neuerung, die für den betreffenden Zweck wegen Fehlens von Vorteilen oder wesentlichen Überwiegens der Nachteile ganz unpraktisch ist, stellt keinen technischen Fortschritt dar und entbehrt des Musterschutzes (Seligsohn [4] §§ 1 u. 8; Isay zu §§ 1 u. 3; **RG.** 39, 115; 48, 21, JW. 02, 317). Andererseits sind gegenüber einem geschützten Muster solche Änderungen an der geschützten Raumform, die für den Arbeitszweck unerheblich sind, nach den Grundsätzen der Äquivalenz unbeachtlich. Indessen lassen auch wesentliche und musterschutzfähige Änderungen das neue Gerät nicht ohne weiteres aus dem Schutzbereiche des Musters ausscheiden, vielmehr finden die Grundsätze über Abhängigkeit Anwendung (Seligsohn § 1). Bei Kombinationsmustern begründet aber schon die Neuheit eines zur Erreichung des Kombinationszwecks mitwesentlichen Elements auch die Neuheit der Kombination als solcher. Im übrigen sind an den Erfindungscharakter des Gebrauchsmusters, den technischen Fortschritt, keine besonders hohen Anforderungen zu stellen.

4. **RG.** 19. 9. 14, MschutzuWettbew. 14, 327. Ein neuer Zweck ohne irgendwelche technische erfinderische Tätigkeit erfüllt die Voraussetzungen des Gebrauchsmusterschutzes nicht.

5. Ausführungszwang. Frankfurt 4. 11. 12, FrankfRundsch. 49, 131 ff. Beim Gebrauchsmuster gibt es keinen Ausführungszwang, und die Klägerin ist nicht verpflichtet, zur Erhaltung ihres Rechtes ihr Gebrauchsmuster herzustellen; sie kann sich ein Muster eintragen lassen nur zu dem Zwecke, einen anderen an dessen Ausführung zu hindern; darin liegt nicht notwendig eine Schikane im Sinne des § 226 BGB., denn unstreitig stellt ja die Klägerin andere Federn her, und ihr Interesse kann sehr wohl dahin gehen, diesen auch dadurch den Absatz zu sichern, daß sie mögliche Neuerungen, die vielleicht auch von der Konkurrenz erdacht und ausgeführt werden könnten, nur um dies zu vermeiden, sich selbst schützen läßt.

6. Stuttgart 14. 1. 15, ZIndR. 15, 175. Der Anspruch der Klägerin auf Löschung des Gebrauchsmusters ist schon deshalb begründet, weil es sich um ein Schmuckstück handelt, bei dem ein Arbeits- oder Gebrauchszweck im Sinne des § 1 überhaupt nicht in Frage kommt (vgl. Seligsohn, GebrMustG. § 1 Ziff. 8; Isay, GebrMustG. § 1 Ziff. 1; **RG.** 36, 57; 44, 77). Bei Schmuckgegenständen ist zwar ein Gebrauchsmusterschutz in der Weise denkbar, daß Teile eines Schmuckstücks geschützt werden können, wenn dadurch die Anfertigung des ganzen Schmuckstücks erleichtert oder gefördert wird; hierbei ist die Anfertigung des ganzen Schmuckstücks der Gebrauchszweck, der durch das in Rede stehende Modell gefördert wird (vgl. **RG.** 39, 131). Im vorliegenden Falle aber soll das ganze Schmuckstück als Gebrauchsmuster geschützt werden, und dies ist nicht zulässig.

7. **RG.** 18. 3. 16, LeipzZ. 16, 939 (vgl. unten § 7 Ziff. 5). Den Gegenstand des Gebrauchsmusters des Beklagten bildete die Vereinigung einer Hotelfremdentafel mit einer der Reklame dienenden Vorrichtung. Reklame an sich bezweckt, den Güterumsatz auf einem gewissen Gebiet in eine bestimmte Richtung zu lenken und ihn zu fördern; sie wendet sich mit der Anpreisung einzelner Güter an den menschlichen Geist und liegt insoweit auf einem Felde, das dem Gebrauchsmusterschutze nicht offensteht. Aber neue Vorrichtungen, welche dem Gebrauchszwecke der Reklame dienen sollen, sind schutzfähig.

8. Stuttgart 24. 2. 15, MschutzuWettbew. 15, 64, R. 15 Nr. 934. Darin, daß einem Fliegenfänger zum Aufhängen des klebrigen Fangstreifens statt eines Reißnagels ein umzubiegender Stift beigegeben wird, liegt keine neue, dem Gebrauchszwecke dienende Gestaltung oder Anordnung. Das Gesetz erfordert eine Neuheit, die gegenüber dem bisher Bekannten einen wenn auch geringen technischen Fortschritt bedeutet. Der Beklagte sieht ihn darin, daß der in die Wand oder Zimmerdecke eingetriebene Stift jederzeit eine Aus-

wechslung des darauf angehängten Fangstreifens gestatte und daß deshalb durch die Befestigung des Fliegenfängers des Beklagten die Wände und Decken weniger angegriffen werden als durch die Befestigung des Fliegenfängers der Klägerin. Aber die Handhabung des Reißnagels der Klägerin ist erheblich einfacher als diejenige des klebrigen Stiftes der Beklagten; der Stift muß umgebogen und, wenn er fester als ein Reißnagel halten soll, mit einem Hammer in Wand oder Decke eingetrieben werden; so bleibt für die Annahme eines wenn auch geringfügigen technischen Fortschritts nichts mehr übrig, zumal da das spitzige Ende des Stiftes ungefähr gleich dick ist wie der Dorn des Reißnagels.

9. Dresden 21. 11. 13, SächsOLG. 37, 90. Gebrauchsmuster: Plastische Darstellung eines Hundes für Reklamezwecke in der Verbandstoffbranche. Hierfür kann der Gebrauchsmusterschutz nicht beansprucht werden, da es sich nicht um eine neue Gestaltung im Sinne des § 1 Abs. 1 GebrMustG. handelt.

10. **RG.** 11. 11. 15, JW. 11, 113, über einen Fall, in dem der erfinderische Gedanke eines Gebrauchsmusters bejaht wurde.

11. **RG.** 10. 3. 15, GewRschutz 15, 152. Vorkehrungen im Fabrikbetriebe zur Geheimhaltung einer Neueinrichtung sind nicht erforderlich, um die Offenkundigkeit im Sinne des Gesetzes auszuschließen. Sie können dem Fabrikherrn um so weniger zugemutet werden, als sie nicht selten das Gegenteil der beabsichtigten Wirkung hervorrufen, nämlich die Folge haben können, die Aufmerksamkeit auf die neue Einrichtung zu lenken und minder zuverlässigen Arbeitern Anlaß zu einem Vertrauensbruche zu bieten. Im allgemeinen muß angenommen werden, daß Arbeiter einer Fabrik zum Stillschweigen über solche technischen Vorgänge verpflichtet sind, die nicht alltäglicher gewöhnlicher Natur sind, deren Geheimhaltung vielmehr im Interesse des Fabrikbesitzers als angebracht anzusehen ist.

12. Schanze, MschutzuWettbew. 15, 154 über den Beweis der Schutzfähigkeit der in die Gebrauchsmusterrolle und in das Geschmacksmusterregister eingetragenen Gegenstände.

§ 2.

Mestern, Die Priorität der Gebrauchsmusteranmeldung, JW. 16, 13. Für die Anmeldestelle für Gebrauchsmuster sind offenbar auch heute noch die Grundsätze maßgebend, die vor mehr als 20 Jahren aufgestellt sind. Die Behauptung, daß die Nach- oder Abbildung die Feststellung der Identität auch dann gestattet, wenn die Beschreibung erst nachfolgt, daß aber bei einer Beschreibung ohne Zeichnung sich die Vorstellung eines bestimmten Modells nicht ergebe, war im vollen Umfange nicht einmal zu einer Zeit zutreffend, als man die Schutzfähigkeit eines Modells nur dann anerkannte, wenn es durch die Ausgestaltung seiner Raumform einer neuen Idee entsprach. Nachdem sich aber die Auffassung durchgesetzt hat, daß eine neue Anordnung im Sinne des § 1 auch dann anzuerkennen ist, wenn durch die Wahl eines bestimmten neuen Herstellungsmaterials bei einem Modell (oder wohl gar nur durch eine neue Farbe) Vorteile für den Gebrauchszweck erzielt werden, erscheinen die Ausführungen der „Mitteilungen" durchaus unrichtig. Es sind jetzt umgekehrt Fälle denkbar, in denen durch die Einrichtung des Modells oder nur von Zeichnungen die Erfindung ohne Beschreibung überhaupt nicht identifiziert wird. Es muß angenommen werden, daß beim Vorliegen einer den Gebrauchsmustergegenstand hinreichend identifizierenden Beschreibung die Beibringung der Nach- oder Abbildungen des Modells ebenso nachgeholt werden kann, ohne daß hierdurch eine Verschiebung des Anmeldetags bedingt wird, wie die Erfüllung der übrigen im § 2 aufgezählten Erfordernisse, z. B. die Zahlung der amtlichen Gebühren. Wenn also die Anmeldestelle für Gebrauchsmuster es nach wie vor glaubt ablehnen zu müssen, in eine Prüfung einzutreten, ob eine zuerst eingereichte Beschreibung dieselbe Erfindung kennzeichnet wie die später eingereichte Nach- oder Abbildung eines Modells, so müßte sie wenigstens bei der Eintragung gemäß § 3 besonders vermerken, wann der Antrag mit der Beschreibung oder dergleichen und wann die Nach- oder Abbildungen eingegangen sind, sofern dies nicht gleichzeitig geschehen ist.

§ 4.

1. Düsseldorf 2. 11. 15, ZIndR. 16, 41. Auch gegenüber dem Gebrauchsmuster ist in entsprechender Anwendung des § 5 Abs. 1 PatG. ein Vorbenutzungsrecht anzuerkennen. Voraussetzung eines solchen Vorbenutzungsrechts ist, daß der Vorbenutzer vor der Anmeldung des Gebrauchsmusters bereits das betreffende Modell im Inlande gewerbsmäßig im eigenen Betriebe benutzt oder daselbst die zu dessen Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen hat. Ein Vorbenutzungsrecht kann nur jemand in Anspruch nehmen, der zur Zeit der Anmeldung die Benutzung nicht endgültig aufgehoben hat. Als Vorbenutzung können nur die wirkliche, zur Zeit der Anmeldung bereits geschehene Benutzung im Inland oder die zur Benutzung tatsächlich bereits getroffene Veranstaltung in Betracht kommen. Der Schutz auf Grund der Vorbenutzung tritt dann nicht ein, wenn es sich nicht um die Fortführung des Unternehmens einer in Benutzung begriffenen Erfindung, sondern um ein zur Zeit der Neuanmeldung bereits wieder endgültig aufgegebenes älteres Erfindungsrecht handelt.

2. **RG.** 14. 11. 14, Bl. 15, 134, LeipzZ. 15, 289. Widerrechtliche Entnahme. Die Löschungsklage wegen widerrechtlicher Entnahme hat das OLG. mit der Begründung zurückgewiesen, daß die Muster wegen Mangels der Neuheit zu Unrecht angemeldet worden seien. Diese Begründung ist rechtsirrtümlich. Die widerrechtliche Entnahme im Sinne des § 4 Abs. 3 und § 6 Abs. 2 bildet einen selbständigen Löschungsgrund und setzt nicht voraus, daß das widerrechtlich Entnommene neu und schutzfähig ist, vielmehr erscheint sie sachlich nur um so mehr begründet, wenn dies nicht der Fall ist, jedenfalls kann sie aus diesem Grunde nicht abgewiesen werden. Dagegen ist es — im Gegensatze zu der Verletzungsklage — Voraussetzung der Löschungsklage wegen widerrechtlicher Entnahme, daß gerade das, was Gegenstand des Schutzes des angegriffenen Gebrauchsmusters ist, widerrechtlich entnommen wurde. Die bloße Abhängigkeit des angegriffenen Gebrauchsmusters genügt nicht, um die Löschung zu rechtfertigen, selbst wenn diese Abhängigkeit auf widerrechtlicher Entnahme beruhen sollte.

3. Frankfurt 4. 11. 12, FrankfRundsch. 49, 131. Es wird in der Literatur zum Patentrechte, die ja auch für das Gebrauchsmusterrecht in Betracht kommt, die Ansicht vertreten, die Klage auf Anerkennung der größeren oder geringeren Tragweite des Patents sei nicht wie die Feststellungsklage von dem Vorliegen eines rechtlichen Interesses abhängig. Dagegen hat das RG. ein besonderes rechtliches Interesse des Klägers für erforderlich erklärt (JW. 98, 439). Es ist nicht einzusehen, warum diese Anerkennungsklage, die, wenn sie überhaupt von der Klage nach § 256 ZPO. verschieden, dieser doch nahe verwandt ist, anderen Voraussetzungen unterliegen sollte. Auch bei ihr ist das Vorliegen eines rechtlichen Interesses gerade an der Anerkennung erforderlich, im gegebenen Falle aber von der Klägerin in keiner Weise dargetan. Sie ist durch die ausgesprochene Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung hinreichend geschützt.

§ 6.

1. Schanze, Der Anspruch gegen den Eingetragenen auf Löschung des Gebrauchsmusters, ZIndR. 11, 185, bespricht die Natur des Löschungsurteils.

2. LG. Dresden, ZIndR. 11, 126. Identität des Gebrauchsmusterinhalts mit einem älteren Patente. — Verneinung der Neuheit des Gebrauchsmusters. Löschung des Musters.

3. **RG.** 21. 11. 14, R. 15 Nr. 358. Das Löschungsurteil beim Gebrauchsmuster hat ebenso wie das Nichtigkeitsurteil beim Patente rückwirkende Kraft (**RG.** 71, 195).

§ 7.

1. **RG.** 21. 11. 14; 86, 45, JW. 15, 196, LeipzZ. 15, 216, MSchutzuWettbew. 14, 254. Nichtigkeit der Gebrauchsmusterlizenz. Rücktritt vom Vertrage ex nunc. Nach der bisherigen Rechtsprechung des RG. würde der Lizenzvertrag, weil auf eine unmögliche Leistung gerichtet, als von Anfang an nichtig zu erachten sein. Diejenige Konstruktion, auf die es ankam, war irrtümlich als unter das Patent 179 054 fallend erachtet worden (vgl. **RG.** 78, 10), und ebenso bestand der dafür in Anspruch genommene Gebrauchsmusterschutz nicht zu Recht

(RG. 26. 1. 08, HoldheimsMSchr. 156 u. LeipzZ. 3, 449; vgl. auch RG. 78, 12, JW. 00, 317 u. RG. 68, 292). Mit Unrecht beruft sich das Berufungsgericht für seine abweichende Ansicht auf Isay; dieser folgt vielmehr der bisherigen reichsgerichtlichen Rechtsprechung (s. Isay, PatG. [2] 504 ff.). Das RG. kann aber nach nochmaliger Erwägung an der bisherigen unterschiedlichen Behandlung des Patentlizenzvertrags, für den bei später sich herausstellender Nichtigkeit des Patents grundsätzlich immer nur Vertragsauflösung ex nunc angenommen wurde, und des Gebrauchsmusterlizenzvertrags nicht mehr festhalten und muß daher der angefochtenen Entscheidung jedenfalls für die Zeit bis 1. Juli 1912 beitreten. Es handelt sich sowohl beim Patent- wie beim Gebrauchsmusterlizenzvertrag um dispositives Recht. Selbstverständlich steht es immer den Parteien frei, zu vereinbaren, daß später erkannte Nichtigkeit den Vertrag von Anfang an aufhebt, wie auch, daß sie den Vertrag gar nicht berühren soll, wie endlich auch, daß sie das Recht zum Rücktritt ex nunc begründen soll. Da gesetzliche Bestimmungen fehlen, kommt es wesentlich darauf an, welche von diesen drei Lösungen in Ermangelung einer darauf gerichteten Vereinbarung dem wohlverstandenen Interesse von Normalparteien eines Lizenzvertrags zur Zeit des Abschlusses am meisten entspricht. Die zweite Lösung, daß die erkannte Nichtigkeit den Vertrag gar nicht berühren soll, muß von vornherein ausscheiden, weil es der Regel nach offenbar unbillig ist, den Lizenznehmer für eine Zeit bezahlen zu lassen, wo ihm nicht nur kein Schutzrecht zusteht, sondern dieser Zustand auch offenbar geworden ist, so daß die Möglichkeit der Ausbeutung eines Scheinrechts fehlt. Die bisher beim Gebrauchsmusterlizenzvertrage beliebte Lösung, daß Aufhebung ex nunc eintrete, beruht wesentlich auf der Annahme, daß der Lizenzgeber ein wirkliches Schutzrecht zu gewähren habe, und daß in Ermangelung eines solchen der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet, soweit gemäß § 306 BGB. nichtig sei. Diese Erwägung setzt sich bereits in einen gewissen Widerspruch zu § 437 BGB., welcher davon ausgeht, daß da, wo ein Recht zu gewähren ist, von einer Unmöglichkeit keine Rede sein, vielmehr immer auch für den Bestand des Rechtes eingetreten werden soll. Mit Recht sieht aber die bisherige, den Lizenzgeber wenig begünstigende Lösung wenigstens davon ab, ihn für den Bestand des Schutzrechts haftbar zu machen. Die Anschauung, daß der Lizenzvertrag über ein nachträglich wegen Nichtneuheit für ungültig erklärtes Gebrauchsmuster ein Nichts betrifft, ist aber vor allem eine rein theoretische und, weil sie den praktischen Verhältnissen nicht genügend Rechnung trägt, keine geeignete Grundlage eines dispositiven Vertragsrechts. Man könnte mit demselben Rechte auch von einem Lizenzvertrag über ein nachträglich vernichtetes Patent behaupten, daß er ein Nichts betrifft, denn die Nichtigkeitserklärung eines Patents wirkt ohne allen Zweifel auf die ganze Dauer des Patents zurück, so daß insbesondere Entschädigungsansprüche wegen Verletzung des Patents auch aus der Zeit vor der Vernichtung nicht mehr geltend gemacht werden können. Auch bei dem für nichtig erklärten Patente handelt es sich nur um ein Scheinrecht, das materiell von Anfang an nicht bestanden hat. Die Geltendmachung der Nichtigkeit im Verletzungsprozeß ist praktisch möglich, wenngleich nicht die ordentlichen Gerichte, sondern PA. und RG. darüber zu entscheiden haben, denn in der Regel wird bei Anhängigkeit eines Nichtigkeitsstreits die Entscheidung über die Patentverletzung gemäß § 148 ZPO. ausgesetzt werden, und es ist die Verletzungsklage abzuweisen, sobald auf Nichtigkeit erkannt ist. Andererseits übt auch ein eingetragenes Gebrauchsmuster, das wegen mangelnder Neuheit nicht zu Recht besteht, Wirkungen aus, solange die Ungültigkeit nicht erkannt ist oder nicht geltend gemacht wird. Materiellrechtlich besteht kein Unterschied, zumal da jetzt anerkannt ist, daß das Löschungsurteil beim GM. ebenso wirkt wie Nichtigkeitsurteil beim Patente (RG. 71, 195), nur die prozessuale Regelung des Nichtigkeitsstreits ist eine andere. Auch das ist nicht wesentlich, daß das Patent auf Grund einer Vorprüfung erteilt wird. Damit wird nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür gegeben, daß es sich auch hernach als haltbar erweisen wird; keineswegs schließt die Vorprüfung aus, daß sich das Patent dennoch von Anfang an als ungültig erweist. Eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Gültigkeit eines Gebrauchsmusters ist aber auch in der erfolgten Anmeldung und besonders in der stillschweigenden Anerkennung

zu finden, die in dem Nichtbestreiten seitens der beteiligten Industrie und in der Eingehung von Lizenzverträgen liegt. Der Bestand eines Gebrauchsmusters kann im konkreten Falle sicherer sein als der eines Patents. Es sind dies alles im Grunde genommen nur tatsächliche Momente, die höchstens Gradunterschiede begründen.

2. Zu der vorstehenden Entscheidung des RG.: Isay wendet sich gegen RG. und hält die von ihm vertretene Meinung für unhaltbar. — Dunkhase, MschutzuWettbew. 14, 251, wendet sich gegen Isay und seine Ausführungen gegen das RG. — Ebenso tritt Finger dem RG. bei und wendet sich gegen Isays Ausführungen. — Burlage, MschutzuWettbew. 15, 297, bespricht die neueste Rechtsprechung des RG. über die Gebrauchsmusterlizenzen und tritt den neueren Entscheidungen bei.

3. **RG.** 27. 11. 15, JW. 16, 271, MschutzuWettbew. 15, 316, WarnE. 16, 71, ZIndR. 16, 61 u. 102. Ein Lizenzvertrag, der über ein nachträglich wegen Nichtneuheit für ungültig erklärtes Gebrauchsmuster abgeschlossen ist, ist nicht gemäß § 306 BGB. als von Anfang an nichtig zu behandeln; für Patentlizenzverträge hat das RG. diesen Grundsatz in ständiger Rechtsprechung anerkannt; gleiches gilt für die Gebrauchsmusterlizenzverträge. Der Lizenzvertrag bezweckt nicht die Übertragung des Rechtes, sondern die Gewährung der tatsächlichen wirtschaftlichen Ausnutzung der durch Patent oder Gebrauchsmuster geschützten Erfindung. Solange die Nichtigkeit des Gebrauchsmusters nicht erkannt und geltend gemacht ist, hat der Lizenzgeber dasjenige Recht gewährt, worauf letzterer einen vertragsmäßigen Anspruch hat. Es ist eine Forderung der Billigkeit, daß der Lizenznehmer für dies von ihm unangefochten genutzte wirtschaftliche Gut und die aus dem Vertrage tatsächlich gezogenen Vorteile sich der Zahlung der Lizenzgebühr für die fraglichen Zeiträume nicht entziehen und die für die Vergangenheit gezahlte Lizenzgebühr nach der Vernichtung des Gebrauchsmusters nicht zurückfordern darf.

4. **RG.** 18. 12. 15, BauersZ. 23, 118, Bl. 16, 68, MschutzuWettbew. 15, 317. Nach **RG.** 86, 45 gibt die Erkenntnis oder die Feststellung der Ungültigkeit des Gebrauchsmusters im Zweifel, d. h. sofern die Parteien nicht eine anderweite Vereinbarung getroffen haben, dem Lizenznehmer die Berechtigung zum Rücktritte vom Vertrag ex nunc, also mit der Wirkung, daß der Vertrag nicht von Anfang, sondern vom Rücktritt ab aufgelöst wird. Mit der Erklärung des Rücktritts braucht nicht gewartet zu werden, bis der Lizenzgeber zur Löschung des Gebrauchsmusters rechtskräftig verurteilt ist, sie kann schon erfolgen, wenn die Löschung des Gebrauchsmusters oder eines Teiles desselben, mit Rücksicht auf dessen Tatbestand die Parteien den Vertrag geschlossen hatten, wegen offenbarer Ungültigkeit droht. Tritt der Lizenznehmer vom Vertrage zurück, so verbleiben dem Lizenzgeber die Lizenzen an sich bis zu dem Zeitpunkt und nur bis zu dem Zeitpunkte, für welchen die Berechtigung des Rücktritts festgestellt wird. Dem Lizenznehmer steht jedoch frei, nachzuweisen, daß oder inwieweit er schon vor jenem Zeitpunkte Vorteile nicht gehabt hat, oder daß der Vorteil, den er genossen, durch den Schaden, den er wegen des Mangels der ihm zugesagten Schutzrechte erlitten, wieder verlorengegangen sei. Hierüber hat das Gericht nach billigem Ermessen unter Würdigung der begleitenden Umstände zu entscheiden.

5. **RG.** 18. 3. 16, Bl. 16, 82, MschutzuWettbew. 15, 318, WarnE. 16, 176. Rückzahlung der gesamten Lizenzgebühr, wenn das Gebrauchsmuster gelöscht wird und dem Lizenznehmer wegen der Kürze der Zeit von dem Abschlusse des Vertrags ab bis zum Rücktritte (wegen Löschung des Gebrauchsmusters) Vorteile aus dem Vertrage nicht erwachsen sind. — Vgl. dazu Hamburg 5. 10. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 23, MschutzuWettbew. 15, 137. Lizenzverträge über ein ungültiges Gebrauchsmuster. Nach Lage der Sache wird bei Ungültigkeit des Gebrauchsmusters dahin erkannt, daß die ganze Gebühr zurückgezahlt werden soll. Bei der Vertragsauslegung kommt es immer auf die besondere Lage des Falles an. Vorliegend sind die Parteien bei Vertragsschluß von einem Standpunkt ausgegangen, von dem aus man zur vollständigen Stornierung des Vertrags und Rückgewähr der ganzen gezahlten Gebühr gelangen muß, ohne daß weiter auf die Frage einzugehen wäre, ob die Folgen der Nichtigkeit des Gebrauchsmusters sich nach § 437 BGB. (JW. 15, 196) oder vielmehr nach

§ 306 BGB. (**RG.** 68, 293) bestimmen. Aus diesem Grunde scheint das OLG. mit RG. v. 21. 11. 14 nicht in Widerspruch zu geraten.

6. Dresden 27. 3. 12, SächsRpflA. 15,67. Schutzfähigkeit eines Gebrauchsmusters als Voraussetzung für die Wirksamkeit eines darüber geschlossenen Lizenzvertrags. Der Wert eines Gebrauchsmusters besteht in dem Rechte seiner ausschließlichen Benutzung (§ 4). Dieses wird aber nicht durch die Eintragung für sich allein begründet, sondern nur dann, wenn für die Eintragung die materiellen Voraussetzungen des § 1 vorliegen, die vor der Eintragung vom PA. nicht zu prüfen sind und nicht geprüft werden (§§ 2, 3). Da die Nachbildung eines eingetragenen Modells, dem die Schutzfähigkeit mangelt, jedermann freisteht (§ 6), so war die Schutzfähigkeit des hier fraglichen Modells für den Vertrag der Parteien wesentlich. Der Beklagte konnte ohne sie Dritte von dem Vertriebe von Nachbildungen des eingetragenen Modells nicht ausschließen, also den Gewinn nicht machen, der von dem Vertriebe von Gebrauchsgegenständen der geschützten Art mit Rücksicht auf den Musterschutz zu erwarten war. Ohne das Bestehen des Gebrauchsmusterschutzes kann die Klägerin daher den Vertrag nicht erfüllen; sie hat sich, wenn dem Modelle die Schutzfähigkeit fehlt, zu einer von Anfang an objektiv unmöglichen Leistung verpflichtet, und der geschlossene Vertrag ist alsdann, wie der Beklagte mit Recht geltend macht, nach § 306 BGB. nichtig (**RG.** 68, 293).

7. LG. II Berlin 28. 10. 13, ZIndR. 15, 214. Lizenzverträge über ein eingetragenes Muster, welches den Erfordernissen des § 1 nicht entspricht, sind gemäß § 306 BGB. nichtig (Seligsohn 487). Die Beklagte ist also zur Zurückerstattung der vom Kläger auf den nichtigen Vertrag gezahlten 4000 M. verpflichtet. Da ihr bei genügender Sorgfalt der Mangel der Neuheit nicht hätte entgehen können, so hat sie nach § 307 BGB. dem Kläger auch seinen Schaden zu ersetzen. Diesen sieht der Kläger mit Recht in den Aufwendungen, die er aus Anlaß und zur Erfüllung des Vertrags gemacht hat.

§ 8.

Cantor, Über Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegenüber nicht rechtzeitiger Zahlung und Stundung der Gebrauchsmusterverlängerungsgebühr, ZIndR. 15, 2.

§ 9.

1. **RG.** 21. 11. 14, Bl. 15, 134, MSchutzuWettbew. 14, 331. Durch die Einholung der Auskunft eines Patentagenten wird die grobe Fahrlässigkeit des Verletzers der Regel nach nicht ausgeschlossen.

2. Düsseldorf 2. 11. 15, ZIndR. 16, 41. Ein Irrtum über die Schutzfähigkeit eines Modells ist ein an sich zu berücksichtigender Irrtum über die Existenz des Schutzes. Hatte also der Verletzer auf Grund redlicher eingehender Prüfung die Überzeugung erlangt, das Modell sei nicht schutzfähig, so liegt keine grobe Fahrlässigkeit oder Wissentlichkeit vor.

§ 10.

RG. (Strafs.) 12. 3. 15, Bl. 15, 192. Die Benutzung im Sinne des § 10 umfaßt alle im § 4 Abs. 1 erwähnten Handlungen. Nach § 4 Abs. 1 genügt, wie im § 4 PatG. u. § 14 WZG., jede Art des gewerbsmäßigen Feilhaltens oder Inverkehrbringens des geschützten Gegenstandes, durch die in das ausschließliche Benutzungsrecht des Schutzinhabers eingegriffen wird, beim Inverkehrbringen insbesondere jede Tätigkeit, durch welche der Eintritt des geschützten Gegenstandes in den Verkehr tatsächlich herbeigeführt wird (**RG.** [Strafs.] 37, 110).

Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen.

§ 1.

1. Defensivzeichen.

a) Salinger, Über Defensivzeichen und Defensivwarenverzeichnisse, GewRSchutz 16, 99. Defensivzeichen sind eingetragene WZ., deren sich der Berechtigte nicht bedienen will, welche jedoch mit einem von ihm benutzten eingetragenen Zeichen eine gewisse Übereinstimmung

haben. Der Berechtigte ist nicht sicher, ob das PA. oder die Gerichte die Verwechselungsfähigkeiten eines mit seinem WZ. mehr oder weniger übereinstimmenden Zeichens annehmen werden; er bezweckt daher mit der Eintragung des Defensivzeichens — und dieser Zweck ist das Charakteristische — den Schutz seines wirklichen Zeichens gegen die Benutzung eines anderen Zeichens, über dessen Verwechselungsfähigkeit mit seinem Zeichen Zweifel bestehen können. — Defensivwarenverzeichnisse sind zur Zeichenrolle angemeldete Waren, für welche das eingetragene Zeichen nicht bestimmt ist, welche jedoch mit denjenigen Waren, für welche es bestimmt ist, gewisse Berührungspunkte haben. Der Zeichenberechtigte ist nicht sicher, ob das PA. und die Gerichte die Gleichartigkeit jener Waren mit denjenigen annehmen werden, für welche sein Zeichen wirklich bestimmt ist. Er bezweckt daher mit der Anmeldung des Defensivwarenverzeichnisses — und dieser Zweck ist das Charakteristische —, andere an der Benutzung seines Zeichens für Waren zu hindern, über deren Gleichartigkeit mit seinen Waren Zweifel bestehen können.

b) Rosenthal, Die Defensivzeichen vor dem RG. und vor dem PA., LeipzZ. 15, 965, erörtert die zwischen dem RG. und dem PA. bestehende Gegensätzlichkeit und schließt sich dem Standpunkte des PA. an.

c) PA., GewRschutz 16, 60. Nicht benutzte Defensivzeichen kommen nicht als Widerspruchszeichen in Betracht (abw. **RG.** 30. 10. 08, GewRschutz 08, 350).

2. Hamburg 14. 10. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 18. Ein Vorbenutzungsrecht gibt es auf dem Gebiete des Warenzeichenrechts nicht.

3. PA. 22. 9. 15 u. 3. 12. 15, MschutzuWettbew. 16, 46. Ein als Verbandszeichen dienendes Zeichen kann nicht für einen einzelnen Verbandsangehörigen eingetragen werden.

§ 4.

1. Fels, ZIndR. 16, 173 teilt eine Auskunft des PA. vom 14. 8. 14 mit, nach der — vorbehaltlich der Prüfung im Einzelfalle — Worte und Darstellungen, die auf die gegenwärtigen kriegerischen Ereignisse Bezug haben, mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 1 nicht zur Eintragung geeignet sind. Eintragung des Wortes „Riesenmörser" abgelehnt, dagegen eingetragen: „Volltreffer", „Flieger-Meldung", „Sprengtrichter".

2. PA. 21. 5. 15, MschutzuWettbew. 15, 396. „Niedersachsen" als Herkunftsangabe nicht eintragbar.

3. Dunkhase, MschutzuWettbew. 15, 183 über die Bedeutung der Verkehrsauffassung für Warenzeichen und Ausstattung als Kennzeichen einer besonderen Herstellungsstätte oder Vertriebsstätte der Ware.

4. PA. 6. 2. 15, MschutzuWettbew. 15, 395. „Erholungsheim" als Bestimmungsangabe nicht eintragbar.

5. a) PA. 5. 5. 15, MschutzuWettbew. 15, 348. „Wander" als Bestimmungs- und Beschaffenheitsangabe nicht eintragbar.

b) PA. 2. 7. 15, MschutzuWettbew. 15, 243. Marmorlicht als Beschaffenheitsangabe ist nicht schutzfähig.

6. PA., Bl. 15, 250, DJZ. 16, 903, MschutzuWettbew. 15, 244. Die Worte: „Uns treibt nicht Eroberungslust" sind als Warenzeichen nicht eintragbar.

7. PA., Bl. 15, 14. Bildnis des Generalfeldmarschalls v. Hindenburg nicht als Warenzeichen eintragbar.

8. PA. 7. 12. 14, MschutzuWettbew. 15, 324. Nichteintragungsfähigkeit des Zeichens „Deutsche Kriegszeitung".

9. PA. 10. 11. 15, MschutzuWettbew. 15, 347. Es ist ein Irrtum anzunehmen, daß nur unsittliche, schamlose oder unanständige Zeichen von der Eintragung ausgeschlossen seien, vielmehr muß diese auch denjenigen Zeichen versagt bleiben, die sich zwar von solchen Ausschreitungen fernhalten, vielleicht sogar als Abbildungen in Witzblättern hier und da Beifall finden, die aber mit dem rechtlichen Charakter des ernsthaften Zeichenverkehrs nicht vereinbar sein würden, wobei auch zu beachten ist, daß der Zeichenverkehr an die Grenzen des

Landes nicht gebunden ist, bei der Würdigung der Zulässigkeit eines Zeichens unter dem Gesichtspunkte des § 4 Nr. 3 daher die Auffassung eines weiteren Kreises in Betracht kommt. Dieser Charakter des Zeichenverkehrs verpflichtet daher die Zeichenbehörde, die bei ihr angemeldeten Zeichen nach den Grundsätzen zu prüfen, wie sie für die allgemeine Rechts- und Verkehrssprache üblich sind und überall Anwendung finden, wo es sich um die Eintragung in öffentliche Register und Rollen handelt.

10. PA. 29. 2. 16, MschutzuWettbew. 15, 348. „John Bull Record" als ärgerniserregende Darstellung nicht eintragungsfähig. Ebenso PA. 31. 3. 16, ebd. Warenzeichen „d'Annunzios Abführmittel" nicht eintragsfähig.

11. PA. 21. 5. 15, MschutzuWettbew. 15, 396. „Reichszuschuß" als Warenzeichen nicht eintragbar.

12. Demeter führt aus, daß das Zeichen „Fix", mit dem mehrere Worte zusammengesetzt sind, wie „Milfix", ein eintragungsfähiges Zeichen sei.

13. **RG.** 13. 10. 14, ZIndR. 16, 20. Die Verwendung der körperlichen Nachbildung eines Globus auf Warenhäusern ist keine zeichenmäßige Verwendung dieses Motivs, der Globus an sich ist nicht Gegenstand eines Individualschutzes.

14. **RG.** 28. 9. 15, MschutzuWettbew. 15, 163. Ein Warenzeichen kann nicht Freizeichen werden, solange es in das Zeichenregister des PA. eingetragen ist.

§ 5.

1. Über die entsprechende Anwendbarkeit des § 22 Abs. 2 PatG. auf § 5 WZG. vgl. Hüfner, ZIndR. 16, 157.

2. PA. 30. 6. 15, MschutzuWettbew. 15, 324. Ein Motivschutz von Abbildungen öffentlicher Bauwerke kann nicht anerkannt werden, vielmehr muß jedem Gewerbetreibenden das Recht verbleiben, das, was an sich der Allgemeinheit zur Verfügung steht (§ 20 KunstschG.), in der ihm geeignet scheinenden Form und Ausstattung zu Zeichen- und Ausstattungszwecken zu verwenden, woraus sich für das Warenzeichenrecht ergibt, daß diesem Grundsatz auch bei der Frage der Übereinstimmung oder Verwechselungsgefahr von Zeichen Rechnung getragen werden muß.

3. PA. 1. 12. 15, MschutzuWettbew. 15, 348. Bezeichnung „alkoholfreies Bier" und Fruchtextrakte und Gelees nicht gleichartig.

4. PA. 18. 5. 15, MschutzuWettbew. 15, 395. Gegen die Aussetzung des Widerspruchsverfahrens, weil das Gegenzeichen noch nicht eingetragen ist, findet keine Beschwerde statt.

§ 7.

1. **RG.** 15. 2. 16, BauersZ. 23, 188, LeipzZ. 16, 539. Nach § 7 kann das durch die Eintragung eines WZ. begründete Recht nur mit dem Geschäftsbetriebe, zu dem das WZ. gehört, durch Vertrag auf einen anderen übertragen werden. Die Übertragung eines WZ. ohne den Geschäftsbetrieb ist zeichenrechtlich unwirksam trotz Umschreibung in der Zeichenrolle; das Zeichen selbst verliert durch die Trennung von dem Geschäftsbetriebe, zu dem es gehört, seinen Rechtsbestand (**RG.** 51, 263; 56, 369). Soll daher auf Grund des § 14 wegen Verletzung eines WZ., das auf einen anderen umgeschrieben ist, Strafverfolgung eintreten, so muß geprüft und festgesetzt werden, ob der jetzt als Zeicheninhaber eingetragene Strafantragsteller mit dem Zeichenrecht auch den Geschäftsbetrieb übertragen erhalten hat, für den das Zeichenrecht bestellt ist. Anderenfalls fehlt es ebensowohl an der Möglichkeit der Verletzung des — gar nicht mehr bestehenden — Zeichenrechts wie an der Berechtigung zum Strafantrag (**RG.** [Straff.] 43, 335).

2. **RG.** (ohne Datum), BauersZ. 23, 162. Die Vorschrift des § 7 Abs. 1 gilt auch in dem Falle, wenn sich der bisherige Zeicheninhaber in Liquidation oder im Konkurse befindet; es muß dann das Geschäft im ganzen mit dem WZ. zusammen veräußert werden.

3. Kiel 22. 2. 16, MschutzuWettbew. 16, 64, ZIndR. 16, 141. Die Übertragung eines Zeichens ist dann nicht erfolgt, wenn der in Konkurs geratene Geschäftsbetrieb in seinen einzelnen Bestandteilen gesondert veräußert wird. Der Konkursverwalter hatte die einzelnen

Teile des Geschäftsvermögens teils im Wege der Versteigerung, teils freihändig an verschiedene Erwerber veräußert. Damit war der Geschäftsbetrieb auseinandergefallen, und das Wz., seiner gesetzlich notwendigen Grundlage beraubt, mußte untergehen (**RG.** 56, 371).

4. **RG.** (Strafs.) 15. 2. 16, ZIndR. 16, 115. Die Umschreibung eines Zeichens in der Warenzeichenrolle genügt nicht als Nachweis für den Übergang des Geschäftsbetriebs.

§ 8.

PA. 19. 5. 15, MSchutzuWettbew. 15, 395. Eine Löschung des Zeichens von Amts wegen für Waren, die außerhalb des Geschäftsbetriebs liegen, findet nicht statt.

§ 9.

1. LG. Breslau 11. 7. 16, Bl. 16, 138, ZIndR. 16, 219. Über Löschung wegen Aufhörens des Geschäftsbetriebs.

2. Frankfurt 2. 11. 15, FrankfRundsch. 49, 288. Nichtübereinstimmung des Inhalts des Warenzeichens mit den tatsächlichen Verhältnissen, Täuschungsgefahr (§ 9 Abs. 1 Ziff. 3). Der Prospekt hat bei der Prüfung des Inhalts des Wz. auszuscheiden, maßgebend sind die Gedanken des kaufenden Publikums. Bei Arzneimitteln, deren Namen den Stamm einer schon eingeführten Ware enthalten, ist das für die Schlafmittel sich interessierende Publikum auszuscheiden und nur der engere Kreis der Ärzte und Apotheker zu berücksichtigen, aus dem wiederum der besonders vorsichtige Arzt ausscheidet.

3. **RG.** 5. 11. 15; 87, 274, GewRSchutz 16, 90, JW. 16, 194 (mit Anm. v. Kohler), LeipzZ. 16, 150. Der Salamander gilt im Verkehr als Abzeichen der Klägerin, die ausschließlich ein Schuhgeschäft betreibt, während die Beklagte eine Großhandlung in Papier ist. Eine Gefahr der Verwechselung zwischen beiden Geschäften und zwischen ihren Waren ist also ausgeschlossen. Eine Gefahr von Täuschungen und Verwechselungen würde durch das Zeichen der Beklagten nur dann begründet werden, wenn ernstlich damit zu rechnen wäre, daß die Waren der Beklagten in Schuhgeschäften verwandt, und dann zu befürchten wäre, daß die ihnen anhaftenden Zeichen dort irrtümlich als Kennzeichen der feilgehaltenen Schuhe angesehen werden könnten.

4. **RG.** 3. 3. 16, Bl. 16, 54, MSchutzuWettbew. 15, 321. Unzulässigkeit eines Sonderschutzes für die Erfindernamen zugunsten eines einzelnen Fabrikanten bei Heilmitteln, die im Deutschen Arzneibuche verzeichnet stehen.

5. Dresden 31. 3. 15, Bl. 16, 10. Löschung eines Wz. für den Teil der Waren, die nicht unter den angegebenen Geschäftsbetrieb fallen. Verurteilung des Zeicheninhabers, die Eintragung eines übereinstimmenden Zeichens eines anderen für diese Waren zu dulden.

6. **RG.** 30. 4. 15; 87, 89 s. bereits JDR. 14 § 1 Ziff. 3a.

7. Bamberg 25. 6. 15, MSchutzuWettbew. 15, 134. Löschung eines Wz. wegen Gefahr einer Täuschung hinsichtlich der damit bezeichneten Ware, und zwar infolge der Möglichkeit der Verwechselung mit einem älteren Wz. und wegen Verstoßes gegen die guten Sitten.

§ 10.

PA. 26. 12. 14, MSchutzuWettbew. 16, 47. Der Ablauf der gewährten Frist braucht vor der Entscheidung nicht immer abgewartet zu werden.

§ 12.

1. Dresden 17. 10. 13, SeuffA. 71, 113. Wz. und Warenverzierung. Es handelt sich bei der von der Bekl. verwendeten Darstellung überhaupt nicht um eine Verwendung des Bildes des Völkerschlachtdenkmals als Wz. Die Bekl. will nicht erreichen und erreicht nicht, daß dieses Bild als Kennzeichen ihrer Schokoladenwaren vom Publikum aufgefaßt werde, vielmehr steht eine bloße Verzierung der Ware, deren Ausstattung mit einem Bilde in Frage, das mit Rücksicht auf die hundertjährige Wiederkehr des Tages der Völkerschlacht dem Käufer das Bild der drei Monarchen in Verbindung mit dem des Geländes gibt, in welchem sich unter anderen Erinnerungszeichen jetzt das Völkerschlachtdenkmal erhebt. Die Behauptung der Kl., es liege nicht ein einheitliches Gesamtbild bei den Packungen vor, sondern

es handele sich um drei nebeneinander gestellte Bilder, von denen das eine eben die Benutzung ihres Zeichens in sich trage, ist als zutreffend nicht anzuerkennen. Das Bild auf der Packung wirkt als ein Bild, und für die Frage, ob die Gefahr der Verwechselung mit dem WZ. der Kl. gegeben sei, ist der Gesamteindruck des Bildes maßgebend. Übrigens würde die Verwechselungsfähigkeit auch dann zu verneinen sein, wenn man den das Gelände des Völkerschlachtdenkmals wiedergebenden Teil des Bildes getrennt ins Auge zu fassen hätte. Beim WZ. der Kl. ist es das Völkerschlachtdenkmal allein, das dem Beschauer entgegentritt, dagegen hat dasselbe im Bilde der Bekl. nur die Bedeutung eines Bestandteils eines landschaftlichen Bildes, ohne daß es aus diesem in einer Weise hervorträte, die das Gelände als völlig nebensächlichen Teil dem Betrachter erscheinen ließe. Selbstverständlich kann ein Geschäftsinhaber durch die Anmeldung der Abbildung eines Gebäudes, Denkmals usw. dieses als WZ. nicht derart für sich in Beschlag nehmen, daß einem Dritten die Verwendung eines Landschaftsbildes als Ausstattungsbild oder als WZ. schon um deswillen verwehrt wäre, weil das dargestellte Gelände unter anderen mehr oder weniger hervortretenden einzelnen Bestandteilen auch jenes Gebäude mitumfaßt, immer vorausgesetzt natürlich, daß eine Verwechselungsfähigkeit und damit Irreführung des Publikums zu verneinen ist.

2. Dresden 23. 11. 13, SeuffA. 71, 112. Die Parteien befassen sich mit der Herstellung und dem Vertriebe von Scheuertüchern. Der Bekl. ist für Scheuertücher ein WZ. eingetragen, das nach der maßgebenden Beschreibung aus drei Längsstreifen nebeneinander in der Mitte des Scheuertuchs besteht, welche etwa gleiche Breite und gleichen Abstand voneinander haben, gleichfarbig oder verschiedenfarbig sein können und durch Kettenfäden von der betreffenden Farbe gebildet werden. Die Kl. verlangte von der Bekl. Einwilligung in Löschung des Zeichens, indem sie geltend machte, daß dasselbe überhaupt kein WZ. im Sinne des Gesetzes, sondern eine Abbildung der Ware selbst sei, und daß ihm die erforderliche Unterscheidungskraft abgehe. Die von der Bekl. benannten Zeugen sind Kunden oder Agenten der Bekl. Daß diese von dem von der Bekl. in Anspruch genommenen WZ. Kenntnis haben und deshalb vielleicht auch den Mittelstreifen auf den Tüchern der Bekl. die Eigenschaft des WZ. beimessen, ist möglich und erklärlich. Dadurch wird aber nichts daran geändert, daß der Gebrauch der Streifen durch die Kl. nach der allgemeinen Auffassung der beteiligten Verkehrskreise kein warenzeichenmäßiger im Sinne des Gesetzes ist. Die Streifen werden nach jener Auffassung als bloße Verzierung empfunden, die der Ware zur Befriedigung des Schönheitssinns eingefügt ist; sie stellen sich nicht als etwas Selbständiges dar, das an der Ware angebracht ist, um sie als Fabrikat eines bestimmten Erzeugers kenntlich zu machen, sondern als ein zur bestimmungsgemäßen Herstellung der Ware, nämlich eines mit Verzierungen versehenen Scheuertuchs, notwendiger Bestandteil. Demzufolge kann der Dritte, der, wie dies bei der Kl. zutrifft, in derselben Weise die Streifen als Geschmacksmuster, nämlich als Verzierung seiner Ware und damit als deren technisch notwendigen Bestandteil benutzt, von der Bekl. auf Grund ihres der Unterscheidungskraft und damit des Schutzes aus § 12 entbehrenden WZ. daran nicht gehindert werden (vgl. RG. 64, 98).

3. Dresden 15. 10. 13, SächsOLG. 37, 258. Nach § 12 hat die Eintragung eines Zeichens die Wirkung, daß dem Eingetragenen ausschließlich das Recht zusteht, Waren der angemeldeten Art oder deren Verpackung oder Umhüllung mit dem WZ. zu versehen, die so bezeichneten Waren in Verkehr zu setzen, sowie auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen das Zeichen anzubringen. Dieses (Persönlichkeits-) Recht bleibt dem Eingetragenen, solange die Eintragung besteht, und gewährt ihm die Störungsklage gegen jeden, der sich des Zeichens widerrechtlich bedient (§§ 14, 20). Ob das eingetragene Zeichen Freizeichen gewesen ist und deshalb nach § 4 die Eintragung hätte versagt werden sollen, ist im Störungsstreite nicht nachzuprüfen, da die Entscheidung hierüber den Gerichten entzogen und dem PA. vorbehalten ist. Die Entscheidung über den erhobenen Störungsanspruch hängt vielmehr nur davon ab, ob der Bekl. (Benutzungen anderer Art werden ihm nicht vorgeworfen) seine Möbelankündigungen mit dem der Kl. geschützten WZ. widerrechtlich versehen, d. i. das Bildzeichen der Kl. dort warenzeichenmäßig angebracht

hat oder nicht. Ein anderer als warenzeichenmäßiger Gebrauch des betreffenden Bildes bleibt jedermann unverwehrt. Es ist der Kl. nur als Zeichen geschützt. Ihr Recht kann daher nur durch einen warenzeichenmäßigen Gebrauch des Bildes verletzt werden (**RG.** 49, 55, JW. 10, 486; 11, 66). Ein warenzeichenmäßiger Gebrauch des Zeichens der Kl. aber ist nach der hierfür maßgebenden, dem Berufungsgerichte bekannten Auffassung der beteiligten Verkehrskreise in den Ankündigungen des Bekl. nicht zu finden.

4. Frankfurt 25. 5. 14, FrankfRundsch. 49, 144, 157. Nach § 12 bewirkt die Eintragung eines WZ., daß nur der Eingetragene berechtigt ist, Waren der angemeldeten Art oder deren Verpackung oder Umhüllung mit dem Zeichen zu versehen, die so bezeichneten Waren in den Verkehr zu setzen, endlich auch auf den geschäftlichen Drucksachen das Zeichen anzubringen. Die Eintragung des WZ. Müller-Uri für die Kl. bestreiten die Bekl. nicht. Es fehlt aber der Nachweis, daß die Bekl. das Zeichen in der im § 12 vorgesehenen Weise warenzeichenmäßig benutzen; die Kl. vermögen nicht einmal zu behaupten, daß die Bekl. das Zeichen so gebrauchen, daß der unbefangene Durchschnittsabnehmer annimmt, das Zeichen diene zur Unterscheidung der Ware, weise also auf ihren Ursprung aus einem bestimmten Betriebe hin; von warenzeichenmäßiger Benutzung läßt sich aber nur dann sprechen, wenn das Zeichen für das Auge des Betrachters zur Unterscheidung einer Ware von einer anderen dienen soll (vgl. Seligsohn, WZR. § 12 Ziff. 8). Es braucht hiernach nicht geprüft zu werden, ob, wie die Bekl. ausführen, auch der § 13 sie gegen den Unterlassungsanspruch aus dem WZG. schützt. Nach § 13 ist niemand gehindert, seinen Namen auf Waren, auf ihrer Verpackung oder Umhüllung anzubringen und im Geschäftsverkehre zu gebrauchen, mag auch der Name für einen anderen als WZ. eingetragen sein. Vorausgesetzt ist dabei aber stets, daß derjenige, für den das Zeichen nicht eingetragen ist, berechtigt ist, den Namen zu führen; die Vorschrift erstreckt sich insbesondere nicht auf solche Namen, welche jemandem im Verkehr ohne Rechtsgrund beigelegt zu werden pflegen (Seligsohn § 13 Ziff. 3).

5. **RG.** 6. 6. 16, R. 16 Nr. 1673. Nur die warenzeichenmäßige Benutzung des fremden WZ., namentlich auch des fremden Wortzeichens ist strafbar, nicht auch der Gebrauch des als Zeichen geschützten Wortes zur Warenbenennung oder Beschaffenheitsangabe. Die Bezeichnung muß also als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Geschäft und als Unterscheidungsmerkmal gegenüber Waren aus anderen Betrieben verwendet sein. Daher setzt „Versehen mit dem WZ." (§ 14) oder „Anbringen auf Ankündigungen" (§ 12) voraus, daß das Zeichen als solches äußerlich in Erscheinung tritt; es muß also namentlich das Wortzeichen in einer gedruckten Ankündigung derart — inner- oder außerhalb des Kontextes, besonders im Drucke gekennzeichnet oder nicht — in Schriftbuchstaben erscheinen, daß dritte Personen in den Glauben versetzt werden können, die Ware solle durch das geschützte Wort warenzeichenmäßig gekennzeichnet werden.

6. **RG.** 5. 11. 15, R. 16 Nr. 146. Ein für Schuhwaren eingetragenes WZ. wird nicht dadurch verletzt, daß ein Papierhändler seine Papierwaren mit einem ähnlichen Zeichen versieht, mag das Papier seiner Beschaffenheit nach auch geeignet sein, als Pack- und Briefmaterial auch in einem Schuhwarengeschäfte verwandt zu werden. Wenn allerdings der Papierhändler das Papier einem anderen in Kenntnis der Tatsache liefern würde, daß dieser davon einen durch § 12 verbotenen Gebrauch machen würde, so käme Beihilfe zur Verletzung des Zeichenrechts in Frage.

7. **RG.** 6. 6. 16, R. 16 Nr. 1672. Bei einem aus Bild und Wort gemischten WZ. (Kombinationszeichen) ist das Entscheidende der Gesamteindruck, nicht der einzelne Teil. Trotzdem kann eine Verletzung des WZ. auch in der Verwendung nur eines Bestandteils — des Wortes oder des Bildes — dann gefunden werden, wenn dieser Bestandteil für sich schon dieselbe Kennzeichnungskraft hat und dasselbe Erinnerungsbild hinterläßt wie die Kombination. Das trifft da zu, wo Wort und Bild denselben Begriff darstellen (so ein aus dem Worte Salamander und dem Bilde eines solchen zusammengesetztes Zeichen).

8. LG. Dresden (Straff.) 6. 6. 16, ZIndR. 16, 232. Nachträgliches Bemalen von

mit einem Zeichen versehenem Porzellan ist als Versehen des so entstandenen bemalten Porzellans mit dem Zeichen zu erachten (Meißener Porzellan).

9. Hamburg 2. 10. 13, ZJndR. 16, 167. Ein unter Verletzung der guten Sitten — einem einzelnen gegenüber — eingetragenes WZ. unterliegt zwar nicht der Löschung, kann aber dem Verletzten gegenüber nicht wirken.

10. Dresden 14. 7. 15, ZJndR. 16, 127. Verletzung eines eingetragenen Zeichens, dessen einzelne Merkmale nicht schutzfähig sind. Vorliegend in der Farbe von Etiketten kein wesentlicher Bestandteil der als Kennzeichen der Ware im Verkehr anerkannten Ausstattung.

11. **RG.** 22. 10. 15, GewRschutz 16, 88, über Erfordernisse für die Gleichartigkeit der Waren bei eingetragenen WZ.

12. Königsberg 4. 7. 16, MschutzuWettbew. 15, 389. Abweisung der Klage, weil dem Bekl. die Benutzung des Zeichens „Apfelblümchen" und „Apfelsinenblümchen" überlassen worden war.

§ 13.

1. Dresden 5. 1. 16, Bl. 16, 131, SächsRpflA. 16, 240. Ausstattungsschutz eines Kriegskalenders. Sehr bald nach dem Beginne des gegenwärtigen Krieges hat sich in weitem Umfang in der Geschäftswelt das Bestreben gezeigt, durch Anknüpfen an die durch den Krieg hervorgerufenen Stimmungen und Empfindungen des Publikums den Absatz der angebotenen Waren zu fördern. Hierher gehört die häufig zu beobachtende Erscheinung, durch Zusammensetzungen eines WZ. mit dem Worte Krieg den Waren eine Bezeichnung zu geben, die sie für das Publikum in Beziehung zu dem Kriege bringt. In der gleichen Richtung liegt es, wenn, wie es gleichfalls in weitem Maße geschieht, für die Ware eine Ausstattung gewählt wird, die durch Anregung des patriotischen Empfindens das Interesse des Publikums erweckt. Hierbei steht die Verwendung der Farben des Deutschen Reichs und der Bilder der deutschen Fürsten und Heerführer, vor allem naturgemäß des Bildes des deutschen Kaisers, in erster Linie. Man muß also davon ausgehen, daß von Beginn des Krieges an derartige Bezeichnungen und Ausstattungen dem Publikum häufig und in mannigfachster Verwendung entgegengetreten sind. Demgemäß aber ist es zu verneinen, daß die Bezeichnung als „Kriegskalender" und die Ausschmückung des Umschlags mit den Reichsfarben und dem Kaiserbilde schon an sich geeignet wären, in den beteiligten Verkehrskreisen als Kennzeichen des Kalenders der Kl. zu dienen. Höchstens vermöge einer besonderen Art der Verwendung dieser Elemente würde diese Wirkung haben eintreten können. Eine solche aber ist nicht gegeben. Wie der Augenschein lehrt, zeigt weder die Zusammenstellung noch die Ausgestaltung der genannten Elemente in der Ausstattung des Kalenders der Kl. eine besondere Eigenart. Überdies würde auch mit Rücksicht auf die in Betracht kommende Dauer der Verwendung nicht anerkannt werden können, daß eine etwa doch vorhandene eigenartige Aufmachung für die beteiligten Kreise bereits zum Kennzeichen des Kalenders der Kl. geworden wäre, als der Kalender der Bekl. erschien. Dieser Erfolg müßte schon durch die erste Ausgabe des Kalenders der Kl. eingetreten gewesen sein, denn als die Kl. ihren Kalender für das Jahr 1916 in den Verkehr brachte, trat ja auch die Bekl. mit dem ihren hervor. Eine einmalige Ausgabe aber, deren Vertrieb sich ja auf die verhältnismäßig kurze Zeit um die Jahreswende beschränkte, war nicht ausreichend, um ihn herbeizuführen. Lediglich wenn der Kalender mehrere Jahrgänge hindurch in derselben Ausstattung angeboten worden wäre, würde sich vielleicht sagen lassen, daß die Abnehmer sich so an dieselbe gewöhnt hätten, daß sie ihnen als dessen Kennzeichen gelte.

2. **RG.** 17. 12. 15, Bl. 16, 45, GewRschutz 16, 60, HansGZ. 16 Hptbl. 239, Mschutzu. Wettbew. 15, 354. Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Bekl. ein Recht zum Gebrauch ihres Zeichens nicht aus § 13 herleiten kann. Abgesehen davon, daß § 13 nur die Verwendung der Firma in abgekürzter Gestalt gegenüber einem eingetragenen WZ. gestattet, nicht aber ein Recht gibt auf Beibehaltung der abgekürzten Form als WZ. gegenüber einem identischen WZ. und also auch nicht eine Einrede gegen die hier fragliche Löschungsklage, liegt kein Grund vor, Lajaco als die Firma der Beklagten in abgekürzter

Gestalt anzusehen. Das Wort Lajaco könnte den Schutz des § 13 nur dann beanspruchen, wenn es schon vor der Eintragung des Wz. der Kl. als Abkürzung der Firma bei deren Abnehmerkreisen eingeführt war, was nicht behauptet ist, oder wenn aus ihm jedermann die Firma der Bekl. zu erkennen vermag, was offensichtlich nicht der Fall ist.

3. **RG.** (Straff.) 16. 12. 15; 49, 311, Bl. 16, 8, MschutzuWettbew. 16, 37. Der § 13 schützt gegenüber fremdem Warenzeichenrecht nur den Gebrauch des eigenen Namens, der eigenen Firma; einer auf Übertragung sich gründenden Befugnis zum Gebrauch eines fremden Namens wird ein Schutz nicht gewährt.

4. LG. Hannover 7. 1. 16, ZIndR. 16, 235. Die willkürlich gewählte Form einer Firmenabkürzung ist geeignet, Verwechselungen mit dem Wortzeichen eines anderen hervorzurufen.

5. **RG.** (Straff.) 11. 5. 15, MschutzuWettbew. 15, 209. Die im § 13 gewährte Freiheit, auf der Umhüllung von Waren Angaben über die Art ihrer Herstellung anzubringen, schließt nicht auch die Befugnis in sich, zum Zwecke der Täuschung im Handel und Verkehr und zur Schädigung der Inhaber von eingetragenen Wz. für die Angaben über die Herstellungsart absichtlich und ohne Grund solche Formen zu wählen, die die Gefahr von Verwechselungen mit dem eingetragenen Warenzeichen mit sich bringen (**RG.** 73, 170; 77, 73).

6. Dresden 18. 12. 12, MschutzuWettbew. 15, 237. Personen, welche den gleichen Familien- oder Firmennamen führen, sind verpflichtet, in loyaler Weise mitzuwirken, daß die beiderseitigen Waren so wenig wie möglich miteinander verwechselt werden.

§ 14.

1. **RG.** 30. 7. 14, ZIndR. 16, 9. Der Angekl. hatte den mit dem Wz. der Nebenklägerinnen versehenen Flaschenkasten zum Transporte des Flaschenbiers der Hofbrauerei X. benutzt. Die Strafkammer hatte angenommen, daß er dadurch das Bier bzw. seine Verpackung mit dem Wz. versehen habe. — RG. hält diese Annahme für bedenklich. Ein Gegenstand wird mit einem Wz. versehen, wenn das Zeichen an ihm angebracht wird, wenn er unter körperlicher Anbringung des Zeichens bezeichnet wird (**RG.** 36, 13; 71, 41). Das ist nicht der Fall, wenn zur Beförderung des Gegenstandes ein anderer Gegenstand benutzt wird, an dem das Zeichen angebracht ist. Auch dann ist das Zeichen nur an dem Beförderungsmittel, nicht an dem beförderten Gegenstand angebracht. Behältnisse, in denen Waren befördert werden, können natürlich zugleich zur Verpackung der Waren dienen, dann ist aber das Zeichen an der Ware selbst oder ihrer Verpackung angebracht, wenn die Ware in das mit dem Wz. versehene Behältnis eingelegt oder eingefüllt wird, sofern dadurch nach der Anschauung des Verkehrs zum Ausdrucke gelangt, das Zeichen beziehe sich auf die Ware (**RG.** [Straff.] 43, 87). In solchem Falle kommt für die Frage, ob die Ware mit dem Zeichen versehen ist, die Eigenschaft des Behältnisses als Beförderungsmittel nicht in Betracht, sondern nur seine Eigenschaft als Verpackung oder Umhüllung. Bier und andere Flüssigkeiten können nur in Behältnissen, wie Flaschen, Fässern u. dgl. befördert werden; insofern sind die Flaschen usw. auch Mittel zur Beförderung des Bieres. Wird Bier in die mit dem Wz. versehene Flasche gefüllt, so wird das Bier mit dem Wz. versehen; wird die gefüllte Flasche mit dem Wz. versehen, so wird das Zeichen an der Verpackung oder Umhüllung angebracht. Deshalb kommt das auf den Flaschen angebrachte Wz. für den Tatbestand der Warenzeichenverletzung in Betracht, nicht aber deshalb, weil die mit dem Wz. versehenen Flaschen zur Beförderung des Bieres dienen. Dadurch allein, daß zur Beförderung der Ware ein mit einem geschützten Wz. versehener Gegenstand benutzt wird, wird also an sich die Ware selbst noch nicht mit dem Wz. versehen. Es ist indes nicht zu verkennen, daß durch die Verbringung der Ware in das Beförderungsmittel eine Verbindung der Ware mit diesem und unmittelbar auch mit dem daran befindlichen Wz. hergestellt wird. Es ist rechtlich nicht ausgeschlossen, daß auch eine solche mittelbare Verbindung des Wz. mit der Ware als ein Versehen der Ware mit dem Zeichen erscheinen könnte, sofern nämlich die Verbindung eine solche ist, die die Zugehörigkeit des Beförderungsmittels zur Ware und dessen Be-

stimmung erkennen läßt, als Träger der Bezeichnung der Ware zu dienen (**RG.** [Strafs.] 36, 87), wenn nach der Art der Verbindung in dem mit der Ware in Verbindung gesetzten Zeichen nach der Auffassung des Verkehrs ein Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einer bestimmten Betriebsstätte gefunden wird. Der Umstand, daß die Ware mit dem Beförderungsmittel nur zum Zwecke der Beförderung, also nicht dauernd verbunden wird, stände nicht entgegen. Nach § 14 ist nicht nur der strafbar, der Waren oder deren Verpackung wissentlich mit einem geschützten Warenzeichen widerrechtlich versieht, sondern auch der, der Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen in dieser Art versieht. Damit sind Vorrichtungen und Veranstaltungen aller Art unter Strafe gestellt, die geeignet sind, den täuschenden Schein zu erwecken, daß derjenige, der das Zeichen angebracht hat, befugt sei, das Zeichen als WZ. für seine Waren zu gebrauchen, daß er Inhaber des Zeichens sei und die Waren führe, für die das Zeichen bestimmt sei, und damit falsche Angaben über die Herkunft der Waren in sich schließen. Darunter fällt die Anbringung von Namen, Firmen und WZ. auf Schildern und Geschäftswagen, in Läden und Schaufenstern. Unter solche strafbaren Veranstaltungen, die eine räumliche Verbindung mit der Ware nicht erfordern, können, wie Geschäftswagen, auch andere Beförderungsmittel fallen, und es kann rechtlich keinen Unterschied machen, ob der Täter selbst die Vorrichtung mit dem fremden Zeichen versieht oder eine bereits von dem Inhaber des WZ. mit diesem versehene Vorrichtung widerrechtlich benutzt. Jedenfalls begeht er nach § 14 eine Zeichenrechtsverletzung dann, wenn die Vorrichtung die Waren kennzeichnet und er die so gekennzeichneten Waren in Verkehr bringt oder feilhält. Aus diesem rechtlichen Gesichtspunkte könnte die Benutzung der mit dem WZ. der Nebenklägerinnen versehenen Flaschenkasten eine strafbare Verletzung ihres Zeichenrechts enthalten.

2. Dresden 31. 3. 15, SächsOLG. 37, 12. Durch den Krieg ist die Verbürgung der Gegenseitigkeit mit Großbritannien beseitigt.

3. Dunkhase, MschutzuWettbew. 15, 115, über die Bezeichnungen Münchener und Pilsener Bier in Verbindung mit anderen Herkunftsangaben.

4. **RG.** 21. 9. 15; 87, 147 f. IDR. 14 zu § 14 Ziff. 3.

§ 15.

1. LG. Hannover, ZIndR. 16, 88. Postpaketadressen und auf den Paketen aufgeklebte Adressen sind keine Ausstattungen, mit denen die Verpackungen bzw. die Adressen und Abschnitte versehen sind.

2. KG. 15. 12. 15, MschutzuWettbew. 16, 45. Die Ausstattungswirkung besteht nur darin, die Herkunft der Ware aus einer bestimmten Herkunftsquelle für das die Ware kaufende Publikum zu kennzeichnen; eine solche Wirkung ist von vorherein nur bei genügender Unterscheidungskraft denkbar (vgl. Kohler, UnlW. § 34 VII).

3. **RG.** (Strafs.) 9. 7. 14, Bl. 16, 84. Über den Umfang des Schutzes nach § 15 bei der Ausstattung von Waren, deren Abnahmekreis örtlich beschränkt ist.

§ 16.

RG. (Strafs.) 26. 5. 16, ZIndR. 16, 172. Auch ein häufig vorkommendes, als nicht charakteristisch zu betrachtendes Element eines Zeichens ist bei der Prüfung der Verwechselungsfähigkeit des Gesamtbildes zu berücksichtigen.

§ 20.

1. **RG.** 17. 12. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 239. Das Berufungsgericht hat in richtiger Anwendung des § 20 die Verwechselungsgefahr für einen erheblichen Teil der beteiligten Verkehrskreise bejaht. Es genügte in dieser Beziehung die Feststellung der Verwechselungsgefahr für die Konsumenten, also diejenigen Personen, die die hier fraglichen Bekleidungsstücke, wasserdichte Mäntel, welche von beiden Parteien mit ihren WZ. in den Verkehr gebracht werden, für ihren eigenen Gebrauch kaufen. Wenn auch die unmittelbaren Abnehmer der Parteien nur Grossisten und Wiederverkäufer sein sollten und wenn für diese die Ver-

wechselungsgefahr nicht bestünde, so würde die Verwechselungsgefahr bei den Konsumenten die im § 20 geforderte Gefahr einer Verwechselung im Verkehr erfüllen.

2. Frankfurt 2. 11. 15, FrankfRundsch. 49, 288. Verwechselungsgefahr im Sinne des § 20 liegt vor, wenn die WZ. objektiv geeignet sind, Verwechselungen herbeizuführen. Bei der Prüfung sind Wortzeichen nicht in ihre Bestandteile zu zerlegen, entscheidend ist die Gesamterscheinung der Worte, ob die bildliche Erscheinung, der Klanglaut, die sprachliche Bedeutung mehr oder weniger ähnlich sind. Veronacetin und Veronal.

3. **RG.** 17. 9. 15, ZJndR. 16, 44. Es genügt, wenn die Gefahr einer Verwechselung bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt vorhanden ist.

4. KG. 8. 7. 14, ZJndR. 16, 62. Auch wenn das Zeichen des Kl. (ein Szepter) infolge technischer Schwierigkeiten nicht deutlich ausgeführt werden kann (Einbrennen in Porzellan), so kann doch eine Verwechselungsgefahr mit dem Zeichen eines anderen (einem Pfeile) gegeben sein. Der Bekl. hat das Zeichen zu löschen. Die Verbindung der nur auf das Zeichenrecht gestützten Unterlassungsklage mit der Löschungsklage ist zulässig.

5. Nürnberg 30. 9. 15, ZJndR. 16, 103. Bei der unbefugten Benutzung eines geschützten Zeichens kommt es auf die Absicht des Benutzers nicht an. Bei zusammengesetzten Zeichen ist die Benutzung einzelner Elemente der Zusammensetzung durch Dritte nicht ohne weiteres erlaubt.

6. **RG.** 25. 1. 16, MschutzuWettbew. 15, 337, ZJndR. 16, 77. Die Worte „Carmol" und „Granol" sind nicht verwechselungsfähig. Durch die gleiche Endung „ol" wird die Verwechselungsgefahr nicht herbeigeführt. Für die Verwechselungsgefahr ist der Gesamteindruck maßgebend. Einzelne tatsächlich vorgekommene Verwechselungsfälle sind nicht unerheblich.

7. **RG.** 22. 10. 15, MschutzuWettbew. 15, 354. Die Bezeichnungen „Homosan", „Gonosan", „Chromosan" für Heilmittel gegen Geschlechtskrankheiten sind verwechselbar.

8. PA. 25. 5. 15, MschutzuWettbew. 15, 396. Alka und Oxalka nicht verwechselbar.

9. **RG.** 4. 7. 16, MschutzuWettbew. 16, 56. Verwechselungsmöglichkeit der Zeichen „Pinosol" und „Chinosol" für pharmazeutische und kosmetische Präparate.

10. Hamm, MschutzuWettbew. 15, 319. Verwechselungsgefahr bei WZ. betr. Malzkaffee (Kathreiners Kneipp-Malz-Kaffee).

11. Hamburg 27. 5. 16, MschutzuWettbew. 16, 66. „Garg", „Gargoyle" und „Gargantua" sind verwechselungsfähig. Maßgebend ist der Gesamteindruck.

12. Bamberg 18. 12. 15, MschutzuWettbew. 15, 371. Verwechselbarkeit der Zeichen „Spezialpatrone" und „Rekordpatrone" und „Rauchlose Spezialpatrone".

13. **RG.** 11. 7. 16, MschutzuWettbew. 16, 58. Verwechselungsfähigkeit zweier Zeichen hinsichtlich der Ausstattung. Maßgebend ist der Gesamteindruck. — Vgl. Cassel 19. 2. 14, ebd. 63.

14. ZJndR. 16, 90 werden zwei Entscheidungen (LG. Hamburg und OLG. Hamburg) mitgeteilt, in denen die Gerichte von dem PA. hinsichtlich der Verwechselungsfähigkeit von Zeichen voneinander abweichen.

15. Über Verwechselungsfähigkeit vgl. KG. 12. 1. 16, MschutzuWettbew. 15, 368.

16. **RG.**, ZJndR. 16, 66. Über die Beurteilung der Verwechselungsgefahr von nur im Auslande gebrauchten Zeichen.

17. **RG.** 1. 6. 15, MschutzuWettbew. 15, 122. Verwechselbarkeit zweier WZ., die beide das Bildnis eines bartlosen katholischen Geistlichen tragen (Pfarrer Kneipp — Pfarrer Ellerbach).

18. Hamburg 29. 6. 15, MschutzuWettbew. 15, 239. Löschung eines aus unlauterem Motiv angemeldeten Zeichens (Hirschmarke — Reh-Hirschfarbe).

Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst.

Vom 19. Juni 1901.

Schrifttum: Allfeld, Urheberrecht an „Interviews", DJZ. 16, 268. — de Boor, Urheberrecht, Verlagsvertrag und Verlagsrecht im Konkurs über den Nachlaß des Urhebers, GoldschmidtsZ. 79, 421 — Elster, Bemerkungen zu den Rechtsverhältnissen an literarischen Sammelwerken, JheringsJ. 66, 106. — Hellwig, Zur Frage des Titelschutzes, GewRschutz 16, 17. — Hillig, § 809 BGB. in seinen Beziehungen zum Urheberrechte, JW. 16, 474. — Werneburg, Die Rechtsverhältnisse der Miturheber nach geltendem Rechte, HessRspr. 17, 188.

§ 1.

1. Allfeld. Ein Interview kann Gegenstand urheberrechtlichen Schutzes sein, muß es aber nicht. Wenn nämlich der Befrager die vom Befragten schlicht und formlos gemachte Äußerung ohne eigentümliche Formgestaltung wiedergibt, was nicht selten der Fall ist, wenn also der sprachliche Ausdruck seines Berichts nichts anderes enthält, als was er unbedingt enthalten muß, um den Sinn der Äußerung des Befragten richtig zu fassen, wenn etwa gar nur nackte Tatsachen, die der Befragte mitgeteilt hat, mit den der Natur der Sache entsprechenden Worten berichtet sind, dann entsteht weder für den Befragten noch für den Befrager ein Urheberrecht.

2. Elster, JheringsJ. 66, 106. Das Verlagsgesetz spricht von schriftstellerischen Arbeiten entweder als von Werken oder von Beiträgen. Als Beiträge bezeichnet es durchweg die Mitarbeit an Sammelwerken, wodurch aber nicht ausgeschlossen ist, daß andere Stellen des Gesetzes, die nur von Werken sprechen, auch auf Beiträge sich beziehen. Bei der Behandlung der Beiträge ist zu scheiden, je nachdem es sich um Beiträge zu unperiodischen oder zu periodischen Sammelwerken handelt. Als unperiodische Sammelwerke kommen hauptsächlich in Betracht die Veröffentlichungen wissenschaftlicher Gesellschaften oder große Sammelwerke, wie Handwörterbücher usw. Die gesetzlichen Vorschriften zerfallen in solche, die für alle Sammelwerke, periodische und unperiodische gelten, und solche, die für erstere bestimmt sind. Für alle Sammelwerke gilt der Satz, daß der Verleger nicht berechtigt ist, ein Einzelwerk in einem Sammelwerk und umgekehrt einen Beitrag als Sonderausgabe zu verwerten. Im allgemeinen darf man sagen, daß die Stellung des Verf. bei der Abfassung von Beiträgen zu Sammelwerken einige Einschränkungen erfährt. Bei den periodischen Sammelwerken hat man die Mitarbeit an Zeitungen von der Mitarbeit an Zeitschriften, Jahrbüchern und anderen periodischen Erscheinungen zu unterscheiden. Diese Unterscheidung trifft vor allen Dingen den § 42 VerlG. Anders als bei Zeitungen ist die sofortige Verwertung des Beitrags bei einer Zeitschrift. Ist ein Aufsatz in einer Zeitschrift erschienen, so hat er in einem gewissen Umkreis eine Stätte gefunden, die den Charakter von etwas Dauerndem besitzt. Bei Zeitschriften haben die Umstände des Falles Berücksichtigung zu finden. Es ist demnach der Meinung der Motive, daß im Zweifel kein ausschließliches Recht an dem Aufsatz übertragen werde, ebensowenig beizupflichten wie Voigtländers Ansicht, daß bei Zeitschriften stets ausschließliches Recht übertragen werde, und es genügt auch weiter nicht das von Allfeld angegebene Unterscheidungsmerkmal, daß die Höhe der Vergütung den Ausschlag gebe. Es gehört also mehr dazu, und zwar spräche für ein ausschließliches Recht: hohes Gehalt, gute Verbreitung der Zeitschrift, besondere Bedeutung des Blattes — gegen ein ausschließliches Recht die umgekehrten Fälle: geringe oder gar keine Vergütung, obskure Blätter, Journale von lokaler oder sonst eng begrenzter Bedeutung. Dabei hängt dann von dieser Entscheidung nicht nur ab, ob der Verfasser selbst seine Arbeit vor Ablauf der genannten Frist wieder verwerten darf, sondern auch weiter, ob bei etwa widerrechtlich geschehenem Nachdrucke durch einen Dritten die Entschädigung nur dem Verfasser oder zu gleichen Teilen ihm und dem Verleger gebührt. Ist das Unterscheidungsmerkmal richtig, so darf man den letzten Satz des § 42, nach welchem Zeitungsbeiträge sogleich wieder verwendet werden dürfen, doch nicht ohne Einschränkung auslegen, z. B. bei

ganz großen Tageszeitungen wird man dem Verfasser das Recht versagen müssen, seinen Beitrag gleichzeitig diesem und einem ebenfalls weitverbreiteten Organe zu verkaufen. Verf. erörtert 116 ff. zwei weitere Fragen bei Sammelwerken, die namentlich bei unperiodischen auftauchen. Die eine betrifft den verlegerischen Bestellervertrag, die andere das Urheberrecht des Verlegers an derartigen Unternehmungen, sofern sie ganz seinem Plane entstanden sind. Verf. tritt der aus § 47 VerlG. allgemein entnommenen Ansicht entgegen, daß jegliche Mitarbeit an enzyklopädischen Werken unter Werkvertragsrecht, nicht unter Verlagsvertragsrecht stehe. Die weitere Frage, ob dem Verleger unter den angegebenen Umständen ein Urheberrecht zustehe, ist bejahend zu beantworten.

3. München 13. 3. 16, LeipzZ. 16, 1062, MschutzuWettbew. 15, 364. Ob ein Potpourri, d. i. „ein aus mehreren, und zwar größtenteils bekannten Themen zusammengesetztes Tonstück" als ein selbständig schutzfähiges Werk der Tonkunst anzusehen ist, hängt im einzelnen Falle davon ab, ob zu seiner Herstellung eine individuelle formgestaltende Tätigkeit erforderlich war (Allfeld, LitUrhG. 57). Das Potpourri will im Gegensatze zum Sammelwerk ein einziges ganzes Tonstück aus mehreren Fragmenten sein und leitet sogar seine wenn auch noch so zweifelhafte Berechtigung von diesem Scheine und Bestreben ab. (H. M. Schuster, UrhR. der Tonkunst 199). So gering man auch den künstlerischen Wert des Potpourris . . . veranschlagen mag, so erforderte doch die Auswahl der aufzunehmenden Einzelmelodien, die Feststellung ihrer Reihenfolge, ihre Verknüpfung durch die von den verschiedenen Tonarten bedingten Übergänge, endlich die Beifügung von Einleitung und Schluß eine individuelle formgestaltende Tätigkeit, die das ganze Potpourri als selbständiges Werk der Tonkunst erscheinen läßt. Daß derartige Zusammenstellungen, auch wenn sie nur „ein buntes Allerlei ohne jede künstlerische Einheit" sind, in den beteiligten Kreisen als selbständige Werke der Tonkunst angesehen werden, zeigt sich auch darin, daß man ihnen besondere Titel zu geben und sie mit selbständigen Opuszahlen des Verfassers zu versehen pflegt. Ist aber das Potpourri . . . als selbständiges Werk der Tonkunst zu erachten, so besteht daran ein besonderes Urheberrecht, das mit dem dem Kläger zustehenden Urheberrecht an den beiden Musikstücken . . . nicht zusammenfällt.

4. KG. 26. 2. 14, LeipzZ. 16, 106 Anm. 1. Das Potpourri ist keine Neuschöpfung, der gegenüber der benutzte Tonsatz, hier also die beiden Kehrreime, in seiner Bedeutung ganz in den Hintergrund tritt. Die einzelnen Kehrreime sind vielmehr in ihm lediglich aneinandergereiht und in keiner Weise bearbeitet. Der Verlag hat also nicht an dem Potpourri ein neues selbständiges, die Berechtigung an den einzelnen Kehrreimen ausschließendes Urheberrecht erlangt, sondern höchstens das Urheberrecht an einem Sammelwerke (§ 4 LitUrhG.). Neben einem solchen bestehen die Urheberrechte an den einzelnen Teilen des Sammelswerkes fort.

5. Hillig, JW. 16, 474. Wenn die Briefe, die verstorbene Schriftsteller miteinander gewechselt haben, sich in den Händen der Erben des Empfängers befinden, so können die Erben des Briefschreibers nicht einen ihnen vom Gesetze versagten Anspruch auf Herausgabe der Briefe zum Zwecke der urheberrechtlichen Verwertung auf dem Umweg über § 809 BGB. durchsetzen. Findet eine Einigung zwischen den Parteien nicht statt, so sind die Briefe als beim Ableben des Urhebers noch nicht veröffentlichte Werke zu behandeln, deren Schutzdauer nach § 29 LitUrhG. zu berechnen ist.

6. **RG.** 26. 3. 15, MschutzuWettbew. 15, 134. Schutzfähigkeit eines Prospektentwurfes (Beschreibung des Bades Pyrmont). Die eigenartige selbstschöpferische Formgestaltung des geistigen Stoffes vermag allein schon einer Darstellung die Natur eines Schriftwerkes zu verleihen.

7. **RG.** 22. 4. 15, MschutzuWettbew. 15, 133. Schutzfähigkeit einer Gebrauchsanweisung.

§ 6.

Werneburg, HessRspr. 17, 188. Die Miturheberschaft ist Gemeinschaft nach Bruchteilen im Sinne der §§ 741 ff. BGB. Diese Vorschriften greifen nur ergänzend ein, d. h.

nur dann, wenn die mehreren Urheber des betreffenden Werkes das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis nicht in anderer Weise geregelt haben, was ihnen bei dem dispositiven Charakter des § 6 freisteht. Über die Veröffentlichung des Werkes entscheidet in erster Linie die zwischen ihnen getroffene Vereinbarung. Die Miturheber haben im Zweifel gleiche Anteile an dem gesamten Miturheberrechte.

§ 10.

De Boor untersucht die Frage, unter welchen Voraussetzungen Urheberrecht und Verlagsvertragsansprüche dem Konkursbeschlag unterliegen und wie sie sich hierbei gegenseitig bedingen. Die Untersuchung erstreckt sich nur auf die Fragen im Konkurs über den Nachlaß des Urhebers, da § 10 LitUrhG. die Zwangsvollstreckung in das Urheberrecht ohne Einwilligung des Urhebers bei seinen Lebzeiten überhaupt verbietet. Die weitere Frage ist, wie der Konkursverwalter das Urheberrecht, soweit es in der Masse ist, verwerten kann, ob er insbesondere ein Mittel hat, sich von der Bindung durch den Verlagsvertrag für das Verlagsrecht zu lösen. — Verf. kommt zu dem Ergebnisse, daß der Anspruch auf Vervielfältigung und Verbreitung nicht in die Konkursmasse fällt, noch viel weniger das Urheberrecht selbst. Vom Beginne der Vervielfältigung an läßt sich die Unpfändbarkeit des Vervielfältigungs- und Verbreitungsanspruchs nicht mehr begründen. Hat also im Augenblicke der Konkurseröffnung der Verleger bereits mit der Vervielfältigung begonnen, so fällt der Anspruch in die Konkursmasse. Die Frage, was in diesem Falle aus dem Urheberrechte wird, ist dahin zu beantworten, daß auf Grund des in der Masse befindlichen Anspruchs aus dem Verlagsvertrag auch das Urheberrecht in die Masse fällt, sofern das Werk erscheint. Diese Entscheidung dürfte der Billigkeit entsprechen. Denn da infolge der Bindung der Erben an den Vertrag die Interessen, deren Schutz § 10 anstrebt, nicht mehr vorliegen, so würde ein entgegengesetztes Ergebnis lediglich dazu führen, die Erben des Urhebers um ein vielleicht wertvolles Vermögensstück zu bereichern zum Schaden der Gläubiger. — Die weitere Frage ist, wie der Verwalter ein in der Masse befindliches Urheberrecht verwerten kann. Verf. entscheidet sich für Anwendbarkeit des § 17 KO. (Näheres über die Vorfragen 447 ff.). Hinsichtlich der Wirkungen kommt es vor allem darauf an, ob die Erfüllungsweigerung dem Verwalter die Möglichkeit bietet, das Urheberrecht von der Beschränkung durch das Verlagsrecht zu befreien. Durch die Erfüllungsweigerung wird der Vertrag nicht aus der Masse ausgeschieden, auch nicht aufgelöst, sondern dahin gestaltet, daß nur ein einseitiger Schadensersatzanspruch des Gläubigers auf ihn gestützt werden kann.

Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen.

Allgemeines: K. Neumann, Das Versicherungswesen. Verdeutschung der entbehrlichen Fremdwörter. Berlin 1916. — Vollbrecht, Die Beamten und die Unternehmungen des privaten Versicherungswesens. München 1916. — Versicherungs-Statistik für 1913 über die unter Reichsaufsicht stehenden Unternehmungen. Herausgegeben vom Kaiserlichen Aufsichtsamte für Privatversicherung. Berlin 1916. — Überblick über die Entwicklung der privaten deutschen Lebensversicherung im Jahre 1915, MasiusRdsch. 16, 195 ff. — Fränyi, Die in- und ausländischen Privatversicherungsgesellschaften in Österreich-Ungarn. Wien 1916.

I. Einleitende Vorschriften.

§§ 1 ff.

Schrifttum: Blaschke, Zur Frage der Verstaatlichung der Privatversicherung, VersWissMitt. 10, 27. — Czuber, Die Zukunft des Versicherungswesens in Österreich. Wien 1916. — Schaefer, Einiges über die Beaufsichtigung des Feuerversicherungswesens in den Vereinigten Staaten von Amerika, AssekJahrb. 16, 43.

1. Blaschke, Zur Frage der Verstaatlichung der Privatversicherung, VersWissMitt. 10, 27 ff., untersucht die Frage hauptsächlich für die österreichischen Verhältnisse, berührt aber auch vielfach das deutsche Versicherungswesen. Er kommt, insoweit die Kosten der Ver-

sicherung allein in Betracht kommen, zu dem Ergebnisse, daß in allen Zweigen, in denen ein Zwang zur Versicherung nicht statuiert werden kann, und das sind die Versicherungszweige mit 5/6 der Prämien aller Versicherungszweige, sich die Privatversicherung der staatlichen Versicherung als überlegen erweist. Bei Versicherungszweigen, für die der Versicherungszwang statuiert werden könnte, das ist betreffs eines Betrags von jährlich 67 Millionen Kronen Prämien oder rund 10 Millionen Provision oder endlich rund 5 Millionen Kronen Anwerbekosten, kann ein endgültiges Urteil nicht gefällt werden, weil ein Vergleich der Anwerbekosten mit den gänzlich unbekannten Kosten der Durchführung des Zwanges nicht anstellbar ist. Wird also eine Staatsanstalt im ganzen nicht billiger arbeiten als die Privatgesellschaften, so wird sie auch schwerlich imstande sein, intensivere Arbeit zu leisten und die Qualität der Versicherung (Versicherungsbedingungen, Tarife) zu verbessern.

2. Czuber, Die Zukunft des Versicherungswesens in Österreich, Wien 1916, kommt zu folgenden Ergebnissen: 1. Das Versicherungswesen ist zu einer unentbehrlichen Stütze des wirtschaftlichen und sozialen Lebens geworden. 2. Es dient nicht etwa nur einem Bedürfnisse der Gegenwart, vielmehr sprechen die Zunahme der Bevölkerung, die Steigerung des Verkehrs, das Anwachsen der Produktion auf allen Gebieten und die damit zusammenhängende Vermehrung der Produktionsstätten und Produktionsbehelfe, die Investierung immer größerer Kapitalien in Landwirtschaft, Industrie und Handel, die Verschärfung des Daseinskampfes dafür, daß seine Funktion in der Zukunft nur noch notwendiger werden wird. 3. Bei vorurteilsloser Betrachtung wird zugegeben werden müssen, daß das private Versicherungswesen seinen Aufgaben bisher in hohem Maße entsprochen hat; dafür zeugen seine weit vorgeschrittene innere Entwicklung, seine Anpassung an alle Bedürfnisse des praktischen Lebens einerseits und seine mächtige äußere Entwicklung andererseits. 4. An diesen Erfolgen, wie sie kaum eine zweite privatwirtschaftliche Einrichtung aufzuweisen vermag, hat unbestritten die Vielheit der Unternehmungen und der unter ihnen herrschende Wettbewerb als regelnder und fördernder Faktor wesentlichen Anteil. 5. Wenn auch zugegeben werden muß, daß die Konkurrenz mitunter die Grenzen des Zulässigen überschreitet, und daß es Fälle gibt, wo die Geschäftsgebarung einer strengen Kritik nicht standhalten kann, so sind das nicht Erscheinungen, die dem Versicherungswesen allein zur Last zu schreiben sind. Einem schädigenden Überhandnehmen solcher Übelstände wirkt hier wie überall schon der gesunde Geschäftsgeist entgegen; im Versicherungswesen ist aber um den Schutz der Allgemeinheit noch besonders gesorgt durch die gesetzliche Regelung der dabei in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse und durch eine vom Staate ausgeübte sachliche Aufsicht, die neben ihrer überwachenden Tätigkeit auch in der Lage ist, durch Pflege eines steten Einvernehmens mit der Praxis auf die Vervollkommnung der ihrer Obsorge anvertrauten Institution hinzuwirken. 6. Die von manchen Seiten aus verschiedenen Erwägungen und Motiven in Anregung gebrachte Verstaatlichung des Versicherungswesens wäre, was die möglichen Folgen anlangt, vergleichbar der Verpflanzung eines blühenden Baumes aus einem Erdreich, in dem er fest verwurzelt ist, in einen Boden, dessen Eignung nicht erwiesen ist. Der Baum kann weiter wachsen, er kann aber auch verkümmern; zu seiner ursprünglichen Kraft wird er schwerlich zurückkehren. 7. Die Vorteile, welche die Anwälte des Gedankens sich für den Staat oder auch für die Allgemeinheit versprechen, sind zum mindesten unsicher, wenn nicht bezweifelbar; der Schaden aber, der sich daraus für das weitere Gedeihen des Versicherungswesens ergeben könnte, ist unabsehbar im Vergleiche zu jenen Vorteilen. Dieser Gedanke scheint uns für die Entscheidung der Frage maßgebender zu sein als die vielen Überlegungen, wie und wo für den Fiskus möglichst viel zu gewinnen wäre. Nicht um einen Versuch, den man rückgängig machen kann, wenn sich zeigen sollte, daß er fehlschlägt, würde es sich dabei handeln; hier gäbe es keine Rückkehr zum aufgegebenen Alten. 8. Gilt dies alles schon aus dem Grunde, weil das Versicherungswesen bereits so festen Boden gefaßt hat und mit dem Wirtschaftsleben so eng verwachsen ist, so müßte ein Eingriff in der gegenwärtigen Zeit zu den größten Bedenken Anlaß geben. Nach dem Kriege wird das Losungswort heißen müssen: alle Kräfte zusammenfassen, bewährte Einrichtungen in den Dienst der Allgemeinheit stellen,

damit der wirtschaftliche Wiederaufbau so rasch und so vollständig wie möglich gelinge. Die Staatsverwaltung wird sich vor eine unermeßliche Fülle von Aufgaben gestellt sehen; mit der Übernahme des Versicherungswesens trete eine neue hinzu, die selbst eines komplizierten Verwaltungsapparats bedarf, der erst organisiert werden müßte. Und weder für den Staat noch für die Allgemeinheit dürfte man sich davon einen sicheren Vorteil versprechen. Das hieße eher zerstören als aufbauen. Noch vermag niemand zu erkennen, welche Folgen die Zerstörungen und Umwälzungen des Krieges nach sich ziehen werden; es gibt auch keine historische Erfahrung, nach der man sich orientieren könnte. Unter solchen Umständen kann kein Einsichtiger dazu raten, in Bestehendes und Bewährtes um eines vermeintlichen momentanen Erfolges willen einzugreifen und dabei wichtige Interessen der Zukunft aufs Spiel zu setzen.

II. Zulassung zum Geschäftsbetriebe.

§ 4.

VA. 16, 12, 98. Der Versicherer muß in seiner eigenen Einrichtung die Gewähr für die dauernde Erfüllbarkeit der künftigen Verpflichtungen des Unternehmers bieten; die eigene finanzielle Ausrüstung hat dem Umfange der geplanten Geschäfte zu entsprechen. Die Schwäche der eigenen finanziellen Kraft durch Rückversicherungsverträge mit anderen Gesellschaften auszugleichen und sich nur auf die Vermittlung von Abschlüssen zu beschränken, reicht nicht aus. Über die Mittel der Rückversicherungsgesellschaften kann der Erstversicherer nicht unmittelbar verfügen. Die Verträge bieten also nur so lange genügende Sicherheit, als der andere Teil bereit und fähig ist, sie zu erfüllen, und solange sie zeitlich bestehen.

§ 6.

VA. 16, 100. Die Sparversicherung ist ein aufsichtspflichtiger Versicherungsbetrieb, wenn sie von einer im übrigen aufsichtspflichtigen Versicherungsgesellschaft betrieben wird. Sie unterscheidet sich in verschiedenen Punkten von den mit einer Sparkasse abgeschlossenen Verträgen. Vgl. auch VA. 08, 84.

§ 9.

RG. 10. 10. 16, Wallmann 16, 359. Unter die nach § 11 Nr. 1 WehrbeitragsG. wehrsteuerpflichtigen Reservekontenbeträge der AG. fallen nicht die Rücklagen der Versicherungsgesellschaften für die Versicherungssummen der für die Versicherten als sogenannte Dividende zurückzugewährenden Prämienüberschüsse.

§ 10.

VA. 16, 17. Die Aushändigung von Satzungsauszügen an Stelle der ganzen Satzung an Versicherungslustige vor Abschluß des Versicherungsvertrags ist nicht zulässig.

§ 14.

Schrifttum: Rehm, Fusion und laufende Rückversicherung, ZVersWiss. 16, 23. — von Miltner, Verschmelzung von Versicherungsgesellschaften und Rückversicherung, LeipzZ. 16, 442. — Rehm, Verschmelzung und Rückversicherung, LeipzZ. 16, 584. — Drumm, Rückversicherungsvertrag und Fusion, LeipzZ. 16, 855. — Ehrenberg, Fusion und Rückversicherung, LeipzZ. 16, 989. — Kißkalt, Rückversicherungsvertrag und Fusion, LeipzZ. 16, 991. — Werneburg, Rückversicherung und Fusion, MasiusRdsch. 16, 256. — Ehrenberg, Fusion und laufende Rückversicherung, ZVersWiss. 16, 376.

1. Rehm, Fusion und laufende Rückversicherung, ZVersWiss. 16, 23, geht von folgenden Tatbeständen aus: Die Versicherungsgesellschaft A. ist verpflichtet, die B. an allen ihren Versicherungen zu beteiligen, die sie zeichnet und auf welche sie Rückdeckung nimmt; A. überträgt ihr ganzes Vermögen nach § 306 HGB. auf die D. Welchen Einfluß hat diese Fusion auf die Rechte der B.? Rehm kommt zu dem Ergebnisse, daß mit dem Aufhören des untergehenden Unternehmens A. die Rückversicherer der A. ihre Beteiligungsansprüche verlieren.

2. von Miltner, Verschmelzung von Versicherungsgesellschaften und Rückversicherung, LeipzZ. 16, 442, kommt dagegen zu folgendem Ergebnisse: Von dem allgemeinen Grundsatze, daß die bei der Verschmelzung von Versicherungsgesellschaften eintretende Gesamt-

rechtsnachfolge den Übergang der Rechte und Pflichten der aufgenommenen Gesellschaft bewirkt, bildet der generelle Rückversicherungsvertrag keine Ausnahme. Folglich ist im einzelnen zu prüfen, ob die aufnehmende Gesellschaft durch die Verschmelzung in die Unmöglichkeit der Erfüllung des Rückversicherungsvertrags versetzt wird oder nicht. Bleibe ihr die Erfüllung möglich — z. B. wenn der Rückversicherungsvertrag für Versicherungszweige geschlossen ist, die die aufnehmende Gesellschaft bisher noch nicht betrieben hat, oder wenn er sich nur auf Länder oder sonstige Gebiete bezieht, die sie noch nicht in Arbeit genommen hat —, so läuft der Rückversicherungsvertrag weiter, bindet also die aufnehmende Gesellschaft ebenso wie ihre Rechtsvorgängerin. Liegt dagegen eine Unmöglichkeit der Erfüllung vor, was infolge der Vereinigung der beiderseitigen Organisationen insbesondere dann der Fall sein kann, wenn beide Gesellschaften im nämlichen Gebiete die gleichen Versicherungszweige betreiben, so hat die aufnehmende Gesellschaft diese Unmöglichkeit der Leistung als Rechtsnachfolgerin der aufgenommenen nach § 325 BGB. zu vertreten.

3. Hiergegen nimmt Rehm, Verschmelzung und Rückversicherung, a. a. O. 16, 584, Stellung. Er führt aus: Bei der Fusion geht das Vermögen, nicht der Betrieb über. Die Verpflichtung des einverleibten Vereins aus laufender Rückversicherung ist Beteiligung an einer Tätigkeit. Fällt die Tätigkeit weg, so entfällt deshalb die Voraussetzung für diese Beteiligung und damit die Verpflichtung, den Beteiligten weiter zu beteiligen. Möglich ist, daß die Parteien auch über die Fusion hinaus die Fortdauer des Rückversicherungsvertrags wollen; alsdann pflegt dem Vertrag eine „Verschmelzungsklausel" angehängt zu sein.

4. Drumm, Rückversicherungsvertrag und Fusion, LeipzZ. 16, 855. Da allgemein anerkannt wird, daß der Rückversicherungsvertrag neben versicherungsrechtlichen Elementen solche des Gesellschaftsrechts in sich birgt, kann die zwingende Vorschrift des § 723 BGB. als Grundlage zur Lösung der Fragen herangezogen werden. Nicht bei jeder Verschmelzung liegt ein wichtiger Grund zur Kündigung des Vertrags vor, sondern nur dann, wenn wirklich der übernehmenden Gesellschaft die Fortsetzung des Vertrags nicht zugemutet werden kann. Hiernach kommt der Verf. zu folgendem Ergebnis: 1. Ein Rückversicherungsvertrag darf der Fusion nicht hindernd in den Weg treten. 2. Regelmäßig wird deshalb der Rückversicherer der übernommenen Gesellschaft dem Rückversicherer der übernehmenden Gesellschaft zu weichen haben. 3. Wo dazu keine Notwendigkeit vorliegt, gehen die Rückversicherungen ohne Möglichkeit außervertraglicher Beendigung auf die übernehmende Gesellschaft über, z. B. wenn es sich um Geschäftszweige oder Gebiete handelt, die von der übernehmenden Gesellschaft bisher nicht bearbeitet wurden. 4. Auch wo die außerordentliche Kündigung der Rückversicherungsverträge zulässig ist, kann in besonders gelagerten Fällen die Verpflichtung zu Schadensersatz bestehen bleiben.

5. Ehrenberg, Fusion und Rückversicherung, LeipzZ. 16, 989, wendet sich gegen Drumm, LeipzZ. 16, 855 ff. Ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigen Gründen wird der einen Vertragspartei regelmäßig nur dann gewährt, wenn die andere Partei ihr dazu Veranlassung gegeben hat. Sollte aber selbst der Richter dem „schuldigen Teile" das Kündigungsrecht zusprechen, so würde zwar die Gesellschaft aufgelöst werden, und ebenso würden auch die Verträge aufgelöst werden, die allgemeinen Rechtssätze über Schadensersatzpflicht wegen schuldhafter Vertragsverletzung würden aber anwendbar bleiben.

6. Kißkalt, Rückversicherungsvertrag und Fusion, LeipzZ. 16, 991, wendet sich gleichfalls aus wirtschaftlichen Erwägungen gegen die Ansicht von Drumm.

7. Werneburg, Rückversicherung und Fusion, MasiusRdsch. 16, 256, wendet sich vornehmlich gegen Rehm. Einmal liegt kein Verstoß gegen Treu und Glauben vor, dann aber sei auch die Pflicht zum Schadensersatz aus unerlaubter Handlung wegen Verletzung guter Sitten nach § 826 BGB. nicht gegeben, denn die Schadenszufügung im Sinne der letztgedachten Bestimmung muß vorsätzlich sein; der Wille, den Versicherungsvertrag zu lösen, schließe die Absicht auf Schädigung des Rückversicherers nicht in sich. Zudem ist die Verletzung bestehender Vertragspflichten durch Nichterfüllung nicht schlechthin unsittlich. Unrichtig sei es ferner, wenn Rehm annimmt, daß der Versicherungsbetrieb und damit

die Versicherungstätigkeit der übertragenden Gesellschaft untergehe, denn ebenso wie die von der fusionierten Gesellschaft mit ihren Versicherungsnehmern getätigten Versicherungsverträge auch nach der Verschmelzung weiter bestehen bleiben, so muß auch der Fortbestand der von ihr getätigten Rückversicherungsverträge angenommen werden. Zu den „höchst persönlichen" Verträgen gehört der generelle Versicherungsvertrag nicht. Die gegenteiligen Beweise hat Rehm nicht erbracht. Ebenso ist beweislos, aber auch unzutreffend die Behauptung Rehms, daß von den zwei Wirkungen der Verschmelzung nach § 306, Betriebsuntergang und Gesamtrechtsnachfolge, die erstere vorgehe, daß die Gesamtrechtsnachfolge nur eine zur Vereinfachung des Verschmelzungsverfahrens, also aus Zweckmäßigkeitsgründen vom Gesetzgeber verordnete Nebenwirkung, nicht die Hauptwirkung bilde.

8. Ehrenberg, Fusion und laufende Rückversicherung, ZVersWiss. 16, 376 (vgl. auch oben Erl. 5 zu § 306 HGB.). Vorausgesetzt wird eine liquidationslose Fusion (§ 306 HGB.) der Gesellschaft A. mit der Gesellschaft D. Unter Verträgen A. X. werden diejenigen verstanden, durch die die Gesellschaft A. die Gesellschaft X. an ihrem direkten Geschäfte beteiligt, unter Verträgen A. Y. werden die Verträge verstanden, durch die die Gesellschaft A. von der Gesellschaft Y. an deren direktem Geschäfte beteiligt wird; A. war hier Rückversicherer. Ehrenberg kommt zu folgendem Ergebnisse: Nach positivem Rechte sind die Rückversicherungsverträge der fusionierten Gesellschaft (A.) von der aufnehmenden Gesellschaft (D.) durchzuhalten, und zwar soweit sie auf bestimmte Zeit eingegangen sind, bis zu deren Ablauf, sonst nach erfolgter Kündigung bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist. Nach der Interessenlage läßt sich im allgemeinen dasselbe sagen; nur wenn die Gesellschaft D. den übernommenen Geschäftszweig, und zwar in den gleichen Gebieten wie die A., schon selbst betrieben hat, kann für sie ein überwiegendes Interesse bestehen, daß die Rückversicherungsverträge A. X. — nur diese — mit der Fusion erlöschen, einmal wegen der Kollision mit ihren eigenen Rückversicherungsverträgen und sodann wegen der möglicherweise durch die Fusion bedingten Zweckmäßigkeit, ihr Maximum zu ändern; letzteres aber würde erst recht dazu führen, ihre eigenen Rückversicherungsverträge zum Erlöschen zu bringen. Wie haben wir uns nun die Fortdauer der Verträge zu denken? Bei den Verträgen A. Y. besteht nicht die geringste Schwierigkeit: die Gesellschaft Y. überweist die Anteile an ihrem direkten Geschäfte bis zum Ablaufe des Vertrags der Gesellschaft D. genau so, wie sie dieselben bisher der Gesellschaft A. überwiesen hat. Verwickelter ist die Rechtslage bei den Verträgen A. X., und es wäre wünschenswert, daß künftig in allen Rückversicherungsverträgen ausdrücklich vereinbart würde, welche Wirkungen eine Fusion des Rückversicherungsnehmers auf ihren Bestand ausüben soll. Solange oder soweit dies aber nicht geschehen ist, darf folgender Gedanke als Richtschnur gelten: Augenscheinlich entspricht es sowohl dem Grundsatze von Treu und Glauben wie der ra i › des § 306 (304 V) HGB., daß die Gesellschaft X. als Dritter, bei der Fusion Unbeteiligter genau in derselben Lage bleibt, in der sie sich vor der Fusion befand; wenn dies infolge der Fusion, also durch einen Umstand, den die Gesellschaft A. und damit auch ihre Rechtsnachfolgerin, die Gesellschaft D., zu vertreten hat, unmöglich geworden ist, so steht der Gesellschaft X. ein Schadensersatzanspruch gegen D. zu. Das ist völlig klar und einfach, wenn die Gesellschaft D., den betreffenden Geschäftszweig noch gar nicht oder wenigstens nicht in dem gleichen Gebiete wie die A. als direktes Geschäft betrieben hat: alsdann ist nämlich das gesamte betreffende direkte Geschäft der D. als bisheriges Geschäft der A. anzusehen, da deren von der D. übernommene Organisation alle diese neuen Geschäfte ermöglicht hat. Wenn dagegen die Gesellschaft D. den betreffenden Geschäftszweig in dem gleichen Gebiete schon selbst betrieben hat, so würde es dem § 306 HGB. und Treu und Glauben widersprechen, wenn die X. etwa den Anspruch erhöbe, nunmehr an dem gesamten direkten Geschäfte der D. beteiligt zu werden, weil die A. verpflichtet gewesen sei, sie an ihrem gesamten Geschäfte zu beteiligen, und die D. in die Verpflichtung der A. eingetreten sei. Freilich gibt es nach erfolgter Fusion rechtlich nur noch ein einziges direktes Geschäft, nämlich das der D., da alle neuen direkten Verträge nunmehr unter ihrer Firma abgeschlossen werden, aber tatsächlich ist nur ein Teil davon überkommenes Geschäft, und

zwar besteht dies aus denjenigen direkten Versicherungsverträgen, welche durch die von der A. auf die D. übergegangene Agenturorganisation abgeschlossen und durch diese Organisation auch hier ausreichend als solche gekennzeichnet werden. Und wenn § 306 Abs. 2 HGB. gesetzlich vorschreibt, daß sogar das ganze Vermögen der Gesellschaft A. durch die Gesellschaft D. getrennt zu verwalten ist, so bietet es erst recht keine Schwierigkeiten, buchmäßig die von den bisherigen Agenturen der A. abgeschlossenen neuen Verträge von den übrigen getrennt zu halten, bis der Rückversicherungsvertrag sein Ende erreicht hat. Wenn die D. dies unterläßt, so macht sie die normale Erfüllung des Rückversicherungsvertrags unmöglich und wird durch diesen Umstand, den sie zu vertreten hat, schadensersatzpflichtig. Auch werden die Unkosten einer solchen Trennung meist nicht beträchtlich sein, weil die Verträge in der Regel auf kurzfristige Kündigung stehen. Nur soweit die Verträge auf bestimmte Zeit abgeschlossen sind und ihr Ablauf noch in weiter Ferne liegt, ist dies allerdings anders, aber das konnte sich die Gesellschaft D. vorher überlegen und die Opfer, die sie deswegen zu bringen hat, beim Fusionsvertrag in Betracht ziehen.

III. Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

§§ 15 ff.

Rohrbeck, Die Vergesellschaftung im Versicherungswesen in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und ihrer sozialpsychologischen Wirkung, AssekJahrb. 16, II, 24. Es werden behandelt die Formen der Vergesellschaftung im Versicherungswesen (Die unterste Stufe ist diejenige der einzelwirtschaftlichen Not aus sozialer Wirtschaftsverfassung, eine weitere Form ist diejenige der kaufmännisch organisierten Wagnisvereinigung im Umfange des Bedarfsminimums, eine weitere Form ist die Versicherungsgemeinschaft aus Verwaltungszwang, weiter die kaufmännisch organisierte Wagnisvereinigung im Umfange des Bedarfsmaximums, und schließlich die Vergesellschaftung aus gemeinwirtschaftlicher Not), der Kreislauf in der Versicherungswirtschaft und die sozialpsychologische Wirkung der Vergesellschaftung des Versicherungswesens.

§ 21.

1. **RG.** 9. 11. 15, VA. 16*, 6, JW. 16, 418, LeipzZ. 16, 609, Wallmann 16, 1, 229. Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit ist der Abschluß von Versicherungen gegen feste Prämien nicht schlechthin, sondern nur insoweit, als ihnen die Satzung den Betrieb solcher Geschäfte nicht ausdrücklich gestattet, verboten. Mit Rücksicht hierauf ist bereits die Annahme, daß das VAG. den Abschluß solcher Versicherungen, sofern dabei die satzungsmäßig gezogenen Grenzen überschritten worden sind, mit der Folge der Nichtigkeit habe bedrohen wollen, von vornherein sehr bedenklich, da die Satzung dem Publikum nicht bekannt zu sein pflegt. Daß das VAG. an die Nichtbefolgung einzelner Vorschriften die privatrechtliche Folge der Nichtigkeit eines gesetzwidrig vorgenommenen Rechtsgeschäfts habe knüpfen wollen, liegt an sich fern und würde nur angenommen werden können, wenn und soweit das Gesetz eine solche Absicht erkennen ließe; § 21 Abs. 2 spricht gegen eine derartige Absicht des Gesetzes. Das Verbot richtet sich gegen die Versicherungsvereine, nicht gegen die Versicherungsnehmer und ist überdies in eine Form gekleidet, aus der auf die Nichtigkeit im Falle seiner Überschreitung nicht geschlossen werden kann. Die aus § 134 BGB. herzuleitende Vermutung wird durch Inhalt und Zweck des Gesetzes selbst widerlegt.

2. VA. 16, 110. Unzulässig ist die Einrichtung einer Nachschußprämienabteilung und die Bereitstellung eines besonderen Sicherheitsfonds für sie, wenn zwei verschiedenartige Gesellschaftsformen, ein Gegenseitigkeitsverein und eine AG., miteinander vereinigt werden.

§ 30.

VA. 16, 18. Die Beanstandung einer durch die Aufsichtsbehörde genehmigten Satzung einer Versicherungsunternehmung durch den Registerrichter, weil der Name des Vereins dessen Sitz nicht erkennen läßt, ist unzulässig.

§ 41.

Hamburg 3. 4. 13, OLG. 32, 198. Die Satzungsvorschrift: „Reichen nach dem Jahresabschlusse die Einnahmen der Kasse zur Deckung ihrer Ausgaben nicht aus, so hat die Mitgliederversammlung über die etwaige Erhöhung der Beiträge oder Herabsetzung der Kassenleistungen zu beschließen" ist lediglich eine allgemeine Bestimmung über die Möglichkeit künftiger Satzungsänderungen. Eine solche Bestimmung schließt den Grundsatz des § 41 nicht aus. Durch den mit satzungsgemäßer Mehrheit gefaßten Beschluß wird deshalb das bestehende Versicherungsverhältnis nur dann berührt, wenn der betreffende Versicherte der Änderung ausdrücklich zugestimmt hat. Der Gesichtspunkt der Bindung durch den Mehrheitsbeschluß greift insoweit nicht Platz.

§ 53.

Naumburg 20. 5. 13, OLG. 32, 198. Ist nach der Satzung der Vorstand befugt, Nachschüsse auszuscheiden, so können die Mitglieder einen solchen Beschluß im Rechtswege (durch Klage oder Einrede) anfechten. Eine „entsprechende" Anwendung des § 271 HGB. ist ausgeschlossen.

§ 64.

VA. 16, 109. Als Mißstand ist aufzufassen, wenn eine VersicherungsG. es unterläßt, bei unvollständiger Kündigungsvorlage (Fehlen der Genehmigung seitens der Hypothekengläubiger) ihre Versicherten auf die Mängel aufmerksam zu machen. Vgl. VA. 16, 9.

IX. Schlußvorschriften.

§ 115.

KG. 10. 3. 16. Hat der Versicherer eine Vollmacht im Umfange des § 115 ausgestellt und sie auch veröffentlicht, so ist der Versicherer an die Erklärungen auf Grund dieser Vollmacht gebunden, wenn auch im später abgeschlossenen Versicherungsvertrage bestimmt ist, daß Änderungen der Allgemeinen Versicherungsbedingungen nur schriftlich im Vertrage vorgenommen werden können und nur von dem Bevollmächtigten mündlich eine solche Abänderung, den Gerichtsstand betreffend, getroffen war.

§ 119.

Hahn-Saida, Die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Rechtsnatur einer Versicherungsunternehmung als private oder öffentliche Anstalt, MittöffFeuerversAnst. 16, 261. Ist eine öffentliche Feuerversicherungsanstalt nach Landesrecht errichtet und von ihm als solche anerkannt, so kann ein etwaiger anders lautender Bescheid des Aufsichtsamts ihr nicht ihren öffentlich-rechtlichen Charakter nehmen. War dagegen die Rechtsnatur der Anstalt beim Inkrafttreten des VVG. zweifelhaft, dann kann das Aufsichtsamt sie entweder seiner Aufsicht unterstellen, wodurch die Anstalt Privatunternehmung wird, oder es kann sie als öffentliche Anstalt anerkennen; eine derartige Entscheidung ist für das Landesrecht bindend. Hat das Aufsichtsamt eine Entscheidung beim Inkrafttreten des Preußischen Gesetzes über die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten noch nicht gefällt, dann geht die Entscheidung auf den Minister des Innern über. Mithin entscheidet über die Frage der Rechtsnatur der bestehenden Feuerversicherungsunternehmungen grundsätzlich das Landesrecht und die Landesbehörden und nur für die kurze Zeitspanne zwischen dem Inkrafttreten des VVG. und des Ges. über die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten war die Möglichkeit einer Entscheidung des AfP. gegeben.

§ 116.

VA. 16, 109. Die Versicherung gegen das Abhandenkommen von Zeitkarten und zusammengestellten Fahrkarten ist aus denselben Gründen wie die Juwelenversicherung (vgl. VA. 12, 136) eine aufsichtsfreie Transportversicherung.

Gesetz über den Versicherungsvertrag.*)

A. Der Einfluß des Krieges auf das Versicherungswesen (vgl. JDR. 14, 635). Schrifttum: I. Allgemeines: Berliner-Leimdörfer, Das Privatversicherungsrecht und der Krieg, WZ. d. Zentralmächte 16, Nr. 47. — Brecher, Zur Aufhebung des wirtschaftlichen Kampfrechts auf dem Gebiete der Privatversicherung, ZVersWiss. 16, 496. — Fuld, Versicherungsverträge mit feindlichen Staatsangehörigen, ZVersWes. 16, 145. — Lübstorff, Das deutsche Versicherungswesen unter der Einwirkung des Weltkriegs, Masius Rdsch. 16, 45. — Luttenberger, Zur Begriffsfrage Kriegsteilnehmer, Kriegsereignis, Kriegsrisiko, Kriegsschäden, ÖsterrZöffuprivVers. 16, 43 ff. — Toop, Krieg und Kritik des Versicherungsvertragsrechts, ZVersWiss. 16, 470 ff. — VA. 16, 59.

II. Besondere Versicherungszweige: 1. Krieg und Lebensversicherung: Apel, Kriegsprämien in der Lebensversicherung, ArchfVers. 16, 17. — Allg. Vers.-Presse 16, 326, Über die neuen Kriegsversicherungsbedingungen der Lebensversicherungsgesellschaften. — Broecker, Volksversicherung und Krieg, ZVersWiss. 16, 109. — Czuber, Lebensversicherung und Krieg, VersWissMitt. 10, 1. — Liebmann, Lebensversicherung und Kriegssteuer, DJZ. 16, 1163. — VA. 16, 9. — Wallmann, 16, 328, 343, Abdruck der neuen Kriegsversicherungsbedingungen für die Lebensversicherung.

2. Krieg und Unfallversicherung: Fuld, Die Einwirkung des Krieges auf die Unfallversicherung, AssekJahrb. 16, 45.

3. Krieg und Transportversicherung: Fuld, Cif-Käufe und Kriegsversicherung, ZVersWiss. 16, 50. — Plaß, Einfluß des Krieges auf die Transportversicherung, ZVersWiss. 16, 416.

4. Krieg und Feuerversicherung: MittöffFeuerversAnst. 16, 371.

5. Krieg und Rückversicherung: Fuld, Die Rückversicherungsverträge im Kriege, ZVersWiss. 16, 623. — Goetze, Die Internationalität der Rückversicherung und der Krieg, MittöffFeuerversAnst. 16, 9.

III. Besondere Fragen: Bendix, Die Bedeutung des Krieges und der deutschen Kriegsnotgesetze für den Versicherungsvertrag, ZVersWiss. 16, 250. — Fuld, Die Hemmung der Verjährung bei Ansprüchen Versicherter im Auslande, ZVersWiss 16, 44 — Heine, Die Bekanntmachungen vom 28. Juni 1915 über den Verkehr mit Brotgetreide usw. in ihrer Einwirkung auf Versicherungsverträge, MittöffFeuerversAnst. 16, 91. — MittöffFeuerversAnst. 16, 100, Höchstpreise und Versicherungswert. — May, Fortbestand infolge unterbliebener Prämienzahlung verfallener Versicherungsverträge auf Grund der Kriegsverordnungen, ZVersWiss. 16, 355 (vgl. § 39). — Werneburg, Der Prämienzahlungsverzug des Versicherungsnehmers unter Berücksichtigung der Kriegsgesetze, ZVersWiss. 16, 636 (vgl. § 39).

I. Allgemeines.

1. Berliner-Leimdörfer, Das Privatversicherungsrecht und der Krieg, WZ. d. Zentralmächte 16 Nr. 47. Nach einer Erörterung der Rechtslage vor dem Kriege bezüglich der mit englischen Versicherungsgesellschaften abgeschlossenen Verträge werden die einschlägigen Bestimmungen der wirtschaftlichen Kampfgesetze in ihrer besonderen Anwendung auf das Versicherungsrecht kurz angeführt.

2. Brecher, Zur Aufhebung des wirtschaftlichen Kampfrechts auf dem Gebiete der Privatversicherung, ZVersWiss. 16, 496, gibt einen Überblick über die englische Rechtsauffassung von der Gültigkeit der Versicherungsverträge, und über die wichtigsten auf das Versicherungswesen bezüglichen Maßnahmen des Vierverbandes während des Krieges. Ferner werden Vorschläge für die Neugestaltung der Privatversicherung bei den Friedensverhandlungen gemacht: Aufhebung der Kampfgesetze, gegenseitige Zulassung der Versicherungsgesellschaften in dem bisherigen Umfange, Aufhebung der zwangsweisen Beschlagnahmen, Verwahrungen und Verwaltungen, Wiederinkraftsetzung der Versicherungsverträge, Hemmung oder Befristung von Ansprüchen aus Versicherungsverträgen während des Krieges.

3. Fuld, Versicherungsverträge mit feindlichen Staatsangehörigen, ZVersWes. 16, 145. Auf Grund von Art. 2 des französischen Dekrets vom 27. September 1914 sind die von französischen Staatsangehörigen mit deutschen Versicherungsgesellschaften abgeschlossenen Versicherungsverträge nichtig und bleiben nichtig bis ein neuer Akt der Gesetzgebung bestimmt, daß sie wieder als rechtswirksam aufleben. Da in Deutschland eine ähnliche Vorschrift

*) Soweit bei Entscheidungen eine Quelle nicht angegeben ist, handelt es sich um nicht veröffentlichte.

nicht ergangen ist, so kann der vor dem Kriege abgeschlossene Versicherungsvertrag eines feindlichen Ausländers mit einer deutschen Gesellschaft nur wegen Unmöglichkeit der Erfüllung rechtsunwirksam werden. Das Zahlungsverbot verbietet der deutschen Gesellschaft an Ausländer zu zahlen, insoweit ist also auf Seiten der deutschen Gesellschaft Unmöglichkeit der Erfüllung vorhanden. Diese Unmöglichkeit besteht aber nur für die Dauer des Krieges. Für viele Versicherungsverträge wird ihr Leistungsinhalt hierdurch in sehr vielen Fällen keine wesentliche Änderung erleiden. Lebens- und Unfallversicherungsverträge werden in der Hauptsache nach Wiederherstellung des Friedens den gleichen Leistungsinhalt auf seiten des Versicherers wie vor dem Kriege haben. Hieraus folgt, daß die Verträge mit den Angehörigen feindlicher Staaten keineswegs wegen Unmöglichkeit der Leistung auf seiten des Versicherers aufgehoben worden sind. Nur wenn der Versicherte seine Beitragszahlungen nicht geleistet hat, können die Verträge wegen Zahlungsverzug aufgehoben sein.

4. *Lübstorff, Das deutsche Versicherungswesen unter der Einwirkung des Weltkriegs, MasiusRdsch. 16, 45 ff. Der Bericht Lübstorffs über das dritte Kriegshalbjahr schließt sich den beiden ersten Berichten in der Gliederung des Stoffes an; insofern kann hier auf die früheren Berichte Bezug genommen werden. In sachlicher Hinsicht bringt der Verf. durch eine Fülle beobachteter Erscheinungen und Tatsachen den Nachweis, daß das deutsche Versicherungswesen als Ganzes genommen auch aus dem dritten Kriegshalbjahre siegreich hervorgegangen ist, und daß keinerlei Grund für die Annahme besteht, es könnte in der Folgezeit anders werden.

5. Luttenberger, Zur Begriffsfrage Kriegsteilnehmer, Kriegsereignis, Kriegsrisiko, Kriegsschäden, ÖsterrZöffuprivVers. 16, 43 ff., gibt nur eine Zusammenstellung bereits bekannter gerichtlicher Urteile und der aus den Veröffentlichungen des AfP. in Betracht kommenden Abschnitte.

6. Toop, Krieg und Kritik des Versicherungsvertragsrechts, ZVersWiss. 16, 470 ff. 1. Die Bek. vom 7. August 1914 (RGBl. 359) in der Fassung vom 20. Mai 1915 (RGBl. 290) soll für die Friedenszeit nicht beibehalten werden, weil sie dem böslichen Versicherer zu den früheren Mitteln noch ein weiteres Mittel gibt, sich seinen Verpflichtungen entziehen zu können. 2. §§ 10, 104 VVG. finden auf Kriegsteilnehmer Anwendung, insbesondere deswegen, weil unter „Wohnung" die dem Versicherer ohne eigenes Zutun letzlich bekannt gewordene Stelle zu verstehen ist, wo den Erklärungsgegner empfangsbedürftige Willenserklärungen vereinbarungsgemäß oder vermutlich erreichen werden. An Stelle des eingeschriebenen Briefes, den die Feldpostordnung nicht kennt, tritt die Zustellung der Willenserklärung durch den Gerichtsvollzieher (§ 132 BGB.). 3. Die Erfüllung der gesetzlichen Wehrpflicht schließt nicht die Dienstleistung als Reserveoffizier in sich, da sie sich von der allgemeinen Wehrpflicht durch „die Freiwilligkeit der übernommenen besonderen Art der Erfüllung" unterscheidet. 4. Die Kriegssterbekassen (Ausschüttungskassen) fallen unter den Begriff der „Sterbegeldversicherung" im Sinne des § 189 Nr. 2 VVG., der seinerseits wieder bestimmend für die Abgrenzung des Begriffs „Sterbekasse" im Sinne des § 850 Nr. 4 ZPO. ist. 5. § 159 Abs. 2 bildet eine erhebliche Schwierigkeit, die beseitigt werden sollte: das Gesetz sollte sich mit der alsbaldigen nachträglichen Zustimmung des Dritten zu dem abgeschlossenen Vertrage begnügen und das Erlöschen der mittels der Versicherung gedeckten Forderung bestimmen.

II. Besondere Versicherungszweige.

1. Krieg und Lebensversicherung.

→ Vgl. auch RG. 12. 11. 15, JW. 16, 571, Ziff. II 2 zu § 346 f. HGB. oben S. 629. ←

7. *Broecker, Volksversicherung und Krieg, ZVersWiss. 16, 109. Wie die große Lebensversicherung ist auch die Versicherung des kleinen Mannes, die Volksversicherung, durch den gegenwärtigen Weltkrieg einschneidend berührt. Verf. schildert ausführlich die Einwirkung des Krieges auf das Neugeschäft und die Werbetätigkeit, sowie die Jahresüberschüsse der die Volksversicherung in größerem Umfange betreibenden privaten Versicherungs-

unternehmungen. Er behandelt weiter die Aussichten des Betriebs der kleinen Lebensversicherung nach Beendigung des Krieges und empfiehlt einige Reformen, welche einer günstigen zukünftigen Entwicklung der Volksversicherung förderlich erscheinen. Dabei werden die Vorteile und Nachteile der von großen Anstalten betriebenen Volksversicherung unparteiisch beleuchtet und zum Vergleiche die Verhältnisse der Sparkassen sowie der kleinen örtlichen und beruflichen Sterbekassen herangezogen. Von größter Wichtigkeit für die Familien der vielen wehrpflichtigen Volksversicherten ist natürlich die Stellungnahme der Versicherer zu der Frage der Deckung der Kriegsgefahr vor dem Kriege und während des Krieges. Verf. erkennt die Fortschritte an, welche die Privatversicherung unter dem Einflusse des Krieges im Sinne einer möglichst weitgehenden Ausdehnung des Versicherungsschutzes für die Kriegsteilnehmer gemacht hat. Die Zukunft der deutschen Volksversicherung hängt selbstverständlich in erster Linie davon ab — wie Verf. bemerkt —, „ob deutscher Unternehmungsgeist trotz hoher Steuerbelastung und trotz der uns von unseren Feinden zu errichtenden Schranken genügend Raum und Betätigung finden wird, um unsere in Friedenszeiten vorhandenen Arbeitermassen ausreichend zu beschäftigen und zu entlohnen".

8. Czuber, Lebensversicherung und Krieg, VersWissMitt. 10, 1. Die Vorausberechnung des Kriegsrisikos in solcher Weise, daß man imstande wäre, Grenzen anzugeben, innerhalb welcher der wirkliche Verlauf der Ereignisse mit vorgeschriebener Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, ist eine technisch undurchführbare Aufgabe. Um wenigstens einen gewissen Maßstab zu bekommen, wird empfohlen, auf Grund der Erfahrungen des gegenwärtigen Krieges eine möglichst vollständige Übersicht über die unter Kriegsrisiko gestandenen Versicherten und die versicherten Summen, über die zur Regelung gelangten Kriegssterbefälle, die ihnen entsprechenden Versicherungssummen und die dafür vorhandene Prämienreserve; Angaben über die Art und Weise, wie die Risikokapitalien bzw. die über die Prämienreserve hinausgehenden Leistungen aufgebracht worden sind. Jede weitere Detaillierung der Nachweisungen nach Heeresteilen, Waffengattungen, militärischem Rang, Alter böte die Möglichkeit der Gewinnung tieferer Einblicke in die Gestaltung des Kriegsrisikos.

9. Liebmann, Lebensversicherung und Kriegssteuer, DJZ. 16, 1163. Fällt der Tod und die dadurch veranlaßte Kapitalauszahlung in die Zuwachsperiode (31. 12. 13 bis 31. 12. 16), so ist zu unterscheiden, ob der Versicherungsnehmer einen bezugsberechtigten Dritten benannt hat oder nicht. Im letzten Falle fällt der Anspruch aus der Versicherung in den Nachlaß und ist nach § 3 Ziff. 1 KriegssteuerG. steuerfrei. Die für Erbanfälle bestehende Ausnahme des § 3 Abs. 2 kommt nicht in Betracht, denn der Vermögenszuwachs wäre für den Erblasser nach § 3 Ziff. 2 nicht abgabepflichtig gewesen. Fällt der Anspruch einem bezugsberechtigten Dritten zu, so kam der Wert der Versicherung, da der Dritte das Recht erst mit dem Todesfall erwirbt, in seiner Wehrbeitragsveranlagung noch nicht zum Ausdruck; infolgedessen ist die ganze Versicherungssumme nach § 3 Ziff. 2 in Abzug zu bringen. Auch nach § 3 Ziff. 3 kommt man zu demselben Ergebnisse.

10. VA. 16, 9. Die Beschränkung des Kriegsrisikos in der Lebensversicherung für den Fall der Versetzung zu einem besonders gefährdeten Truppenteil oder der Verwendung in einer besonders gefährdeten Stellung hat das AfP. für unzulässig erklärt. Die Tatsache, daß die militärische Verwendung der Kriegsteilnehmer sich unter Umständen sehr rasch ändert und daß es dem Versicherten, der dadurch in eine höhere Gefahrenklasse übertritt, in vielen Fällen unmöglich sein wird, rechtzeitig die Deckung gegen die erhöhte Gefahr zu erwirken, bedingt, daß der Versicherungsschutz von vornherein in möglichst weitem Umfange gewährt wird. Selbstverständlich können die Gesellschaften von vornherein die Versicherung von Angehörigen der Kriegsmarine, von Fliegertruppen u. a. ablehnen. Ist aber einmal der Versicherungsschutz einem Versicherten zugesichert, z. B. einem Angehörigen der Fußtruppen, so darf dieser Schutz nicht dadurch hinfällig werden, daß der Versicherte zu anders gearteten militärischen Diensten verwendet wird, z. B. als Mitfahrer in einem Flugzeug, als Angehöriger eines Landungskorps. Die Versicherung würde sonst gerade zu einer Zeit versagen, wo sie dem wachsenden Bedürfnis entsprechen soll.

11. Königsberg 2. 5. 16 (VA. 16*, 76). Einschluß der Versicherung gegen die Kriegsgefahr, die einem Versicherten in Erfüllung seiner gesetzlichen Wehrpflicht erwächst, gilt auch für den Reserveoffizier, sofern er noch im wehrpflichtigen Alter steht.

12. RG. 7. 11. 16, VA. 16*, 81, 83, MasiusRdsch. 16, 336. Das bloße freiwillig gewollte Betreten des Kampfgebiets und das besuchsweise Verweilen in demselben gelegentlich der Begleitung eines Liebesgabentransports ist keine „Teilnahme an Kriegsereignissen"; es genügt auch nicht das bloße Bewußtsein, sich den Kriegsgefahren und damit einer Lebensgefahr auszusetzen, sondern es muß noch der Wille oder doch das Bewußtsein hinzukommen, sich an den Ereignissen des Krieges zu beteiligen. Nur eine gewollte Beteiligung an der Kriegshandlung ist eine Teilnahme an Kriegsereignissen.

13. Celle 28. 2. 16, VA. 16*, 40. Die Ersatzreserve gehört nicht zu dem „stehenden Heere" weder nach dem allgemeinen Sprachgebrauche noch nach den gesetzlichen Bestimmungen (vgl. § 5 Nr. 3 WehrO.; § 59 RV. u. a. m.).

14. Celle 26. 6. 16 (VA. 16*, 86). Der Landsturm ist kein Teil des stehenden Heeres (Militärdienstversicherung). Weder § 5 Nr. 3 WehrO. nach Art. 59 RV. rechnet die Landsturmpflicht zur Dienstpflicht im stehenden Heere.

15. LG. Leipzig 6. 7. 15, VA. 16*, 37. „Teilnahme an Kriegsereignissen" ist gleichbedeutend mit „Teilnahme am Kriege". Hierunter ist zu verstehen, daß der Versicherte in einer solchen Weise sich beteiligt, daß er nicht nur der im Kriege für alle Teile der Bevölkerung mehr oder weniger eintretenden allgemeinen Erhöhung der Lebensgefahr ausgesetzt ist, sondern noch einer besonderen Lebensgefährdung. Die besondere Lebensgefahr besteht nicht für alle Heeresangehörige, z. B. nicht für die im Lande und in gleicher Beschäftigung am gleichen Orte verbleibenden Offiziere und Mannschaften. Tod durch Krankheit während der Rekrutenausbildung ist kein Kriegsereignis.

2. Krieg und Unfallversicherung.

16. Fuld, Die Einwirkung des Krieges auf die Unfallversicherung, AssekJahrb. 16, 45. Der Begriff „Kriegsereignis" setzt mit Notwendigkeit das Bestehen des Krieges voraus, während der Begriff „kriegerisches Ereignis" von dieser Voraussetzung unabhängig ist. Mithin decken sich nicht beide Begriffe, wie Josef meint, sondern der letztere ist weitergehend als der erstere. Zwischen dem Unfall und dem Kriegsereignisse muß ein ursächlicher Zusammenhang vorhanden sein. Der Beweis bezüglich des ursächlichen Zusammenhanges ist von der Versicherungsgesellschaft zu erbringen. Es muß jedoch als genügend erachtet werden, wenn sie den Zusammenhang in hohem Maße wahrscheinlich macht. Der Begriff „mobiler Militär- und Seedienst" ist gleichbedeutend mit dem in dem Kriegsteilnehmerschutzgesetze gebrauchten Begriffe. Mithin sind lediglich Unfälle von Personen, die einer mobilen Truppenformation angehören bzw. einer armierten Festung versicherungsfrei. Auch während der Zugehörigkeit zu einer mobilen Truppenformation muß die Gesellschaft für Unfälle aufkommen, auf welche das mobile Militärverhältnis einen Einfluß nicht ausübt, welche also mit der militärischen Tätigkeit nicht zusammenhängen. — An Stelle des für die Mahnung vorgeschriebenen „eingeschriebenen Briefes" genügt Kriegsteilnehmern gegenüber die Absendung eines einfachen Briefes. Die Bestellung eines Abwesenheitspflegers ist unzulässig, da sie nicht im Interesse des abwesenden Versicherten, sondern der Gesellschaft erfolgen würde. Bei Beurteilung der Frage, ob ein Rechtsverlust wegen Verletzung einer nach Eintritt des Versicherungsfalls zu erfüllenden Obliegenheit angenommen werden kann oder nicht, ist der Einfluß der Kriegspsychose zu berücksichtigen.

17. KG. 24. 3. 16 (VA. 16*, 88). Ist für den Fall des Todes durch Unfall ohne Rücksicht auf die Dauer der Versicherung die volle Versicherungssumme auszuzahlen, so gilt dies auch für den Fall des Todes durch feindliche Kugel.

3. Krieg und Transportversicherung.

18. Fuld, Cif-Käufe und Kriegsversicherung, ZVersWiss. 16, 50. Die Bedeutung der Cif-Klausel ist die, daß der Verkäufer Frachtkosten und Kosten der Versicherung zu tragen

hat (Cost included freight). Eine Versicherungspflicht des Verkäufers gegen Krieg hat vor dem Ausbruche desselben nicht bestanden, insbesondere auch dann nicht, wenn der Verkauf cif eines bestimmten Abladungshafens erfolgt war. Nach von Fuld beigebrachten Äußerungen einiger Handelskammern war und ist zu dem Abschluß einer Kriegsversicherung auf Grund der Cif-Klausel der Verkäufer im Frieden nicht verpflichtet. Die Cif-Klausel ist für die Frage des Erfüllungsorts regelmäßig ohne Bedeutung. Der Verkäufer ist bei dem Cif-Abschlusse vertraglich verpflichtet, für die Versicherung zu sorgen, und der Käufer kann verlangen, daß ihm die Versicherungspapiere ausgeliefert werden, damit er gegebenenfalls seine Rechte bei dem Versicherer im Falle des Eintritts des Versicherungsfalls geltend machen kann. Ob unter die Versicherungspflicht des Verkäufers auch die Pflicht der Kriegsversicherung bei Seetransporten gehört, ist zweifelhaft. Die dem Verkäufer obliegende Sorgfalt wird dahin gehen, daß er für eine Kriegsversicherung Sorge trägt.

19. Plaß, Einfluß des Krieges auf die Transportversicherung, ZVersWiss. 16, 416 ff. Die Aufenthaltsgefahr in neutralen Häfen, die recht bedeutend ist, kann von den Versicherern nicht übernommen werden, da die Deckung dieser mittelbaren Gefahren undenkbar und nicht einzuschätzen ist. Tritt unmittelbar eine feindliche Handlung ein, so mußte im Falle eines Festhaltens allerdings eine Grenze gezogen werden, wie lange der Versicherungsnehmer das Schicksal seines in Feindesland geratenen Eigentums abzuwarten habe. Die Frist ist erst auf zwei, später auf sechs Monate nach der Festhaltung festgesetzt worden.

20. RG. 7. 1. 16. Hat ein Dampfer nach Kriegsausbruch mit einer Menge Gold für deutsche Empfänger im Hafen von Teneriffa Zuflucht genommen und hat dann die Bank von Spanien im September 1914 käuflich das Gold übernommen, so kann der deutsche Empfänger als Versicherungsnehmer auf Grund des § 7 AllgVersBdg. von dem Versicherer der Goldladung die durch die Kriegsgefahr entstandenen Schäden und Unkosten nicht ersetzt verlangen. Denn es kann nicht die Rede sein, daß bereits zur Zeit des Abschlusses des Versicherungsvertrags am 30. Juli 1914 eine beide Parteien bindende Übung dahin gehend bestanden hat, daß die Rettung der versicherten Waren vor den Folgen des durch Kriegsgefahr verursachten Anlaufens eines neutralen Hafens als eine nach § 7 AllgVersBdg. vorgesehene und vorgeschriebene Maßregel anzusehen sei. Es fehlte in der Zeit seit 1914 bis zum Ausbruche des gegenwärtigen Krieges die erforderliche Gelegenheit zur Bildung solcher Übung.

4. Krieg und Feuerversicherung.

21. MittöffFeuerversAnst. 16, 371. Die Übernahme der Kriegsgefahr ist nicht empfehlenswert, da eine Anstalt, die sie zu ersetzen verpflichtet wäre, daran zugrunde gehen würde. Es ist ratsam, die Verpflichtung zur Haftung für Kriegsschäden nicht nur nicht zu erweitern, sondern sie noch mehr als bisher geschehen zu beschränken. Es ist und bleibt Sache des Reichs, für Kriegsschäden einzustehen. — Die Übernahme von Fliegerschädenversicherung ist, da die zu übernehmende Gefahr im allgemeinen als begrenzt und durchweg sogar als geringfügig angesehen werden kann, unbedenklicher. — Der Abschluß der sogenannten Überführungs- und Haftungsverträge, die die englischen Feuerversicherungsgesellschaften in Ansehung ihres deutschen Bestandes mit deutschen Sachversicherungsgesellschaften eingegangen sind, wird nach wie vor für bedenklich erklärt.

5. Krieg und Rückversicherung.

22. Fuld, Die Rückversicherungsverträge im Kriege, ZVersWiss. 16, 623. Ist der Krieg auf den Bestand von Rückversicherungsverträgen, die deutsche Gesellschaften mit ausländischen vor Ausbruch des Krieges abgeschlossen haben, von Einfluß? Zu unterscheiden ist zwischen Verträgen mit Ges., welche feindlichen Staaten angehören, und Verträgen mit Ges., die Angehörige neutraler Staaten sind. Was die letzteren anlangt, so besteht kein Zweifel, daß ihr Bestand durch den Krieg nicht berührt wird, wobei der Umstand keine Rolle spielt, ob das von dem Hauptversicherer übernommene Risiko dem Angehörigen eines neutralen Staates oder eines feindlichen Staates Deckung gewährt. Wenn beispielsweise ein Franzose

oder Engländer von einem Schweizer versichert worden ist und die Versicherung ganz oder teilweise in Deutschland rückgedeckt ist, so ist der Rückversicherungsvertrag durch den Krieg nicht berührt worden. Ist der Rückversicherungsvertrag zwischen der deutschen Ges. und einer Ges. des feindlichen Auslandes abgeschlossen worden, so besteht allerdings eine Erfüllungsunmöglichkeit für die Dauer des Krieges, eine Aufhebung des Vertrags kommt aber ebensowenig wie in dem ersten Falle in Betracht, zumal man nicht annehmen kann, daß die Vertragsparteien die Fortdauer der Friedensverhältnisse zwischen den Ländern, denen sie angehören, zu einer stillschweigenden Vertragsbedingung gemacht haben. Wenn ein französischer Staatsangehöriger mit einer Schweizer Ges., die ihrerseits Rückdeckung bei einer deutschen Ges. nimmt, einen Versicherungsvertrag abgeschlossen hat, und während des Krieges wird die Versicherung auf die Kriegsgefahr ausgedehnt, so liegt seitens der deutschen Ges. kein Vorschubleisten im Sinne des § 89 StGB. vor. Die Weigerung der deutschen Ges. schadet der Schweizer Ges., nicht dem Franzosen. Dagegen steht einer Zahlung seitens der deutschen Ges. das Zahlungsverbot entgegen, da es sich hier um eine mittelbare Leistung handeln würde.

23. Goetze, Die Internationalität der Rückversicherung und der Krieg, MittöffFeuervers-Anst. 16, 9, gibt einen Überblick über die Entwicklung der Rückversicherungsgesellschaften des In- und Auslandes und kommt zu dem Ergebnisse, daß die internationale Rückversicherung auch nach dem Kriege eine Säule der einheimischen Volks- und Finanzwirtschaft und eine unerläßliche Stütze unseres Versicherungsgroßbetriebs und unserer Industrie bleiben wird.

III. Besondere Fragen.

24. Bendix, Die Bedeutung des Krieges und der deutschen Kriegsnotgesetze für den Versicherungsvertrag, ZVersWiss. 16, 250 ff., gibt wie im Vorjahr (IDR. 14, 641) einen allgemeinen Überblick unter folgenden Gesichtspunkten: Kriegsteilnahme bei der Personenversicherung, Verjährung und Ausschlußfristen bei der Privatversicherung im Kriege, die Rechtsfolgen verspäteter oder unterlassener Prämienzahlungen, Kriegswirtschaftsgesetzgebung und Privatversicherung, Geschäftsaufsicht und Konkurs des Versicherers, Versicherungsverträge von Inländern mit Versicherungsunternehmungen feindlicher Staaten.

25. Fuld, Die Hemmung der Verjährung bei Ansprüchen Versicherter im Auslande, ZVersWiss. 16, 44, bejaht die Frage, ob im Hinblick auf die Bestimmungen der BRVO. vom 7. August 1914 (RGBl. 360) über die Geltendmachung der Ansprüche von Personen, die im Ausland ihren Wohnsitz haben, eine Unterbrechung der Verjährung der durch § 12 VVG. oder durch die Versicherungsbedingungen festgesetzten Klagefrist eintritt.

26. Heine, Die Bek. vom 28. Juni 1915 über den Verkehr mit Brotgetreide und Mehl, Gerste, Hafer aus dem Erntejahre 1915 (RGBl. 363, 384, 393) in ihrer Einwirkung auf Versicherungsverträge, MittöffFeuerversAnst. 16, 91. Der Besitzer des von der Beschlagnahme betroffenen Getreides ist verpflichtet, die zu dessen Erhaltung erforderlichen Handlungen vorzunehmen. Derartige zweckentsprechende Handlungen unterfallen nicht den Vorschriften der §§ 23 ff. VVG., zumal sie wohl in der Regel die Gefahr nicht erhöhen, übrigens im öffentlichen Interesse vorgeschrieben sind. Wird nach Eintritt der Beschlagnahme das etwa gegen Brandschaden versicherte Getreide von einem solchen Schaden betroffen, bevor es aus dem Eigentume des Versicherungsnehmers ausgeschieden ist, so steht ihm die Versicherungssumme zu. Das gleiche gilt, wenn das Getreide gegen Hagelschlag versichert war. Die nach §§ 93, 111 VVG. dem Versicherungsnehmer untersagten Änderungen an den vom Schaden betroffenen versicherten Sachen sind zulässig, insofern sie zu dem Zwecke der Erhaltung des Getreides geboten sind. Eine Versicherungspflicht ist dem Eigentümer durch die Bekanntmachung nicht auferlegt. — Die §§ 69 ff., 114 greifen im Falle einer Veräußerung des beschlagnahmten Brotgetreides, sofern es unter Versicherung gebracht ist, erst Platz, wenn der Kommunalverband zustimmt. War das Brotgetreide unter Versicherung gebracht, so tritt mit dem Eigentumserwerbe die Reichsgetreidestelle bzw. der Kommunalverband nach §§ 69 ff., 114 in das Versicherungsverhältnis ein, auch wenn sich der Eigentumserwerb im Wege der Enteignung vollzieht.

27. MittöffFeuerversAnst. 16,100, Höchstpreise und Versicherungswert. In Verbindung mit § 52 VVG. und den AllgVersBdg. führen die Festsetzungen von Höchstpreisen dahin, daß der Versicherungswert derjenigen Waren, die Höchstpreisen unterliegen, nach oben durch die Höchstpreise begrenzt wird. Höhere Anforderungen als die durch die Höchstpreise begrenzten sind abzulehnen, selbst dort, wo die Waren zu einem höheren Preise bereits verkauft sind. Maßgebend bleibt stets der Sachwert zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalls. Dieser aber wird nicht von den früher geschlossenen Verträgen, sondern von den im Augenblicke des Versicherungsfalls gegebenen Preisverhältnissen bestimmt.

28. Hamm 1. 12. 15, VA. 16*, 14. Ein Kriegsereignis im Sinne der Haftpflichtversicherung liegt nicht vor bei einem Ereignisse, das durch eine Maßnahme des aus Anlaß des Krieges und des erklärten Kriegszustandes erhöhten polizeilichen Sicherheitsdienstes verursacht worden ist.

B. Die Verhältnisse der bei englischen und französischen Gesellschaften versicherten Deutschen (JDR. 14, 642 ff.).

1. Hahn-Saida, Das Recht des deutschen Versicherungsnehmers englischer Gesellschaften zu einseitiger Vertragsauflösung, AnnVers. 16, 341, 350, bespricht **RG.** 11. 7. 16 (s. Nr. 5) und kommt unter anderem zu dem Ergebnisse, daß das Urteil keine grundsätzliche Bedeutung für die Verträge mit den übrigen ausländischen Gesellschaften hat, weil es auf die Tatumstände in dem einzelnen Falle ankommt.

2. Hamburg 19. 11. 15, VA. 16*, 28. Bei einer fristlosen Kündigung des Vertrags mit einer englischen Feuerversicherungsgesellschaft sind die geleisteten Prämien pro rata temporis zurückzugewähren.

3. KG. 14. 1. 16, VA. 16*, 29. Die deutschen Versicherten sind zum Rücktritte von dem Vertrage bei englischen Gesellschaften berechtigt.

4. Celle 22. 1. 16, VA. 16*, 58. Die deutschen Versicherten sind infolge der durch den Krieg und die englische Kriegsgesetzgebung veränderten Sach- und Rechtslage berechtigt, von den mit den englischen Gesellschaften geschlossenen Feuerversicherungsverträgen zurückzutreten.

5. **RG.** 11.7.16, VA. 16*, 91, Wallmann 16, I, 33. Privatrechtlichen Verträgen wohnt die clausula sic stantibus nicht allgemein als stillschweigend inne; das schließt nicht aus, sie trotzdem anzuwenden, wenn der Wille erkennbar ist, nur bei Fortbestand gewisser für das Vertragsverhältnis bedeutsamer Umstände an den Vertrag gebunden bleiben zu wollen. Das trifft vorallem bei Versicherungen zu. Der Vertragszweck der Versicherung wird gefährdet, wenn in den wirtschaftlichen und in den rechtlichen Verhältnissen, auf deren unveränderten Fortbestand der Versicherungsnehmer rechnen konnte, eine wesentliche Veränderung zu seinem Nachteil eintritt; aus der Veränderung erwächst das Recht zum Rücktritte bzw. zu fristloser Kündigung. Durch die englische VO. vom 9. September 1914 ist eine erhebliche Minderung in der Sicherung der Gesellschaft eingetreten: für die ganz unbestimmbare Kriegsdauer steht dem deutschen Versicherungsnehmer nur das im Vergleiche mit dem gesamten Vermögen des Versicherers unbedeutende Inlandsvermögen zur Verfügung.

6. Hamburg 18. 10. 16, JW. 16, 1548 b. Ein vor dem Kriege zwischen Deutschen und Engländern abgeschlossener Rückversicherungsvertrag kann von der deutschen Partei als aufgehoben betrachtet werden, seitdem der englische Vertragsgegner in England obrigkeitlich von seiner Verpflichtung gegen den Deutschen ledig erklärt ist und obrigkeitlich verhindert ist, zu leisten.

Erster Abschnitt. Vorschriften für sämtliche Versicherungszweige.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vor §§ 1 ff.

Schrifttum: Allgemeines: I. Hülße, Versicherung und Wirtschaft. (Diss.) Halle 1915. — Schäfer-Lübstorff, Volkswirtschaft und Versicherung unter besonderer Berück-

sichtigung der Kapitalkraft der deutschen Versicherungsaktiengesellschaften. Eine sozial- und wirtschaftswissenschaftliche Studie. Hannover 1916. — II. Berichte, Kalender: Schäfer, Deutscher Feuerversicherungskalender für das Jahr 1916. Hannover 1916. — Assekuranz-Jahrb. (Ehrenzweig) 1916. — Assekuranz-Kompaß, Internationales J. für Versicherungswesen 1916. — Elsner, Repertorischer Assekuranz-Almanach. 49. Bd. Berlin 1916. — Neumann, JfdVersicherungswes. im Deutschen Reiche 1916. — Wallmanns Deutscher Versicherungskalender für das Jahr 1916. Berlin. — III. Eine vergleichende Darstellung des deutschen VVG. mit der Österreichischen Versicherungsordnung geben Bruck, GoldschmidtsZ. 79, 104 ff.; 80, 1 ff.; Ehrenzweig, ZVersWiss. 16, 553 ff.; K. Lehmann, WuRVers. 16, 391 ff.

*Schaefer-Lübstorff, Volkswirtschaft und Versicherung unter besonderer Berücksichtigung der Kapitalkraft der deutschen Versicherungsaktiengesellschaften. Eine sozial- und wirtschaftswissenschaftliche Untersuchung, Hannover 1916. Die Einleitung legt die Ziele und Wege der Volkswirtschaft dar, ferner die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Bedeutung des Versicherungswesens und dessen letzte Ziele. Sie weist ferner darauf hin, daß das Versicherungswesen einen starken Bestandteil des Volksvermögens bildet, bespricht die Bedeutung der einzelnen Versicherungszweige und kommt schließlich nach Behandlung der einschlägigen Gesetzgebung zu dem Schlußsatze: „Der Krieg hat die Fähigkeit der Versicherungsanstalten, dem Vaterland aus ihren Fonds Millionenbeträge zur Verfügung zu stellen, in einem vordem wohl nur von wenigen geahnten Umfange offenbart." Hierin kristallisiert sich zu einem kurzen, klaren Ausdrucke jene Seite des volkswirtschaftlichen Wertes des Versicherungswesens, die bisher bei weitem nicht genug Beachtung gefunden hat. Ihre bedeutsamen Zusammenhänge mit der Volkswirtschaft werden in den folgenden zehn Abschnitten des Buches im einzelnen dargelegt und begründet. Der erste Abschnitt gibt einen historischen und ökonomisch-technischen Überblick über Entstehung und Entwicklung des Versicherungswesens in dessen einzelnen Zweigen und Formen. Der zweite behandelt die Verbandsbildung. Hier findet sich erstmalig erschöpfendes Material über die Verbände veröffentlicht. Besonderes Interesse verdient ein Vorschlag zur Stellung der Verbände unter die Kontrolle des AfP. Der dritte Abschnitt bringt wertvolle statistische Nachweise über Entwicklung und Stand des Versicherungswesens und veranschaulicht dadurch wirksam dessen volkswirtschaftliche Bedeutung. Bemerkenswert ist die Verschiedenartigkeit der Gesichtspunkte, nach denen die Statistiken zusammengestellt sind und dadurch der Beurteilung einen weiten Horizont schaffen. Von besonderer Wichtigkeit ist der vierte Abschnitt. Er zeigt in der Hauptsache die Versicherungsanstalten in ihrem jetzigen Geschäftsumfang und ihren modernen Betriebsformen als mächtige Geldakkumulatoren, in denen ein großer Bestandteil des Nationalvermögens aufgespeichert liegt. Hieran ist ein Vorschlag geknüpft, den Geldmarkt, der unter einer dauernden Belastung mit den Milliardenwerten der Kriegsanleihe sicherlich leiden müßte, durch Zwangshergabe verzinslicher und rückzahlbarer Darlehen aus diesem großen Sammelbecken des Volksvermögens an den Staat zu entlasten. Auch dem fünften Abschnitte kommt besondere Beachtung zu. Er bespricht die bestehenden Konzentrations- und Zersplitterungstendenzen und ihre Ursachen, zeigt in diesem Rahmen die Beziehungen des Versicherungswesens zur Bankwelt und Industrie, bespricht und verurteilt die Politisierung des ersteren. Hier liegt ebenfalls ein äußerst umfangreiches Material gesammelt und verarbeitet vor. Der nächste Abschnitt ist der Tätigkeit des AfP. gewidmet. Besonders interessieren darin u. a. die Betrachtungen über das starke Abströmen der Beamten des Aufsichtsamts in andere Betriebe, vorzugsweise zu privaten Versicherungsunternehmungen. Abschnitt VII befaßt sich mit der sattsam bekannten Verstaatlichungsfrage, die als ein versicherungspolitisches Problem untersucht wird, und setzt sich insbesondere mit den Theorien von Adolf Wagner und Wörner auseinander. Der achte Abschnitt behandelt die steuer- und finanzpolitischen Fragen, auf denen die Stellung des Reichs zum Versicherungswesen beruht. Er steht somit im engsten Zusammenhange mit dem vorhergehenden Abschnitt, und selbst jeder Laie weiß, daß das hier behandelte Thema heute im Mittelpunkte des öffentlichen Interesses liegt. Der sorgfältig und ohne leidenschaftliche Parteinahme begründeten Ablehnung eines staatlichen Versicherungsmonopols müßte eigentlich auch

jeder gründlich überlegende Wirtschafts- und Finanzpolitiker durchaus beipflichten. Abschnitt neun gibt im Rahmen der Volkswirtschaft eine Darstellung der Kriegseinwirkungen auf das gesamte Versicherungswesen sowie auf seine einzelnen Zweige. Auch diese erschöpfenden Ausführungen klingen in das sehr berechtigte Mahnwort an die Reichsaufsichtsbehörde aus, die während des Krieges zum Segen unseres Volkes bewiesene Stärke der deutschen Privatversicherung nicht durch eine Verstaatlichung wieder zu schwächen. Auch die Folgen einer Geldwertänderung sind im Anschlusse hieran in genauere Untersuchung gezogen, wobei ihrer Bedeutung für die Zukunftsentwicklung des privaten Versicherungswesens ein günstiges Horoskop gestellt wird. Der letzte Abschnitt gilt der Versicherungswissenschaft. Der Begriff wird in bezug auf Weite und Tiefe kritisch begrenzt, die Methodik der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung auf dem Gebiete des Versicherungswesens erläutert, die Geschichtsforschung namentlich für die Feuerversicherung kurz gestreift, der versicherungswissenschaftliche Hochschulunterricht gewürdigt und schließlich für die Berufsbildung der Versicherungsbeamten die Forderung aufgestellt, dem neuerdings schon segensreich wirkenden Lehrlingsausbildungswesen, Fortbildungswesen und Vortragswesen eine einheitlichere Organisation zu geben, um die vor allen Dingen nötige umfassende Bildung der Persönlichkeit für die Fachausbildung des Versicherungsbeamten zu gewährleisten. Die Schlußbetrachtung des Buches behandelt das Urteil der großen Menge über die Privatversicherung, stellt die in weiten Kreisen vorhandene Abneigung fest, die sich lediglich auf nicht angenehm wirkende äußerliche Konkurrenzerscheinungen stützt, ohne den gewaltigen inneren Wirtschaftswert des Versicherungswesens recht zu erkennen, und weist schließlich für das Versicherungswesen auf die Wege hin, die in der Zukunft beschritten, und auf solche, die vermieden werden müssen.

§ 1.

Hülße, Die Überwindung des Zufalls durch Ausnutzung des Zufalls, MittöffFeuervers. Anst. 16, 262 ff., 376 ff., bestimmt den Begriff der Versicherung folgendermaßen: Versicherung im wirtschaftlichen Sinne ist die Einrichtung, welche die Unwirtschaftlichkeit der Ersparung dadurch beseitigt, daß sie die Last der Ersparung auf viele der gleichartigen Ungewißheit der Belastung ausgesetzte Wirtschaften verteilt.

§ 2.

1. Werneburg, Zur Rückversicherung, MasiusRdsch. 16, 65 ff. s. bei § 186 Nr. 2.

2. **RG.** 26. 5. 16 (VA. 16*, 73). Die Vordatierung der Lebensversicherung bewirkt nicht auch die Vorverlegung des Beginns der Sperrfrist für die Übernahme der Kriegsgefahr. Sie beschränkt sich in dem vorliegenden Falle darauf, daß der Versicherungsnehmer sich seinerseits verpflichtet, eine bereits von dem Beginne des laufenden Vierteljahrs an berechnete Versicherungsprämie zu zahlen, obgleich ihm der Versicherungsschutz erst für einen späteren ungewissen Zeitpunkt zugesagt war.

§ 3.

Lierz, Die Versicherungsbedingungen und die Reichsgesetze über Privatversicherung, MittöffFeuerversAnst. 16, 304. Versicherungsverträge auf Grund nicht genehmigter Bedingungen sind als unerlaubte Verträge zu betrachten, die nach § 134 BGB. und auch nach § 138 BGB. nichtig sind, weil sie gegen die guten Sitten verstoßen. Vertraut oder erwartet doch der Versicherungsnehmer, daß die ihm ausgehändigten Bedingungen behördlich genehmigt sind (aA. Hager-Bruck, VVG. § 3 Nr. 2).

§ 6.

KG. 1. 4. 16 (VA. 16*, 75). Bleibt bedingungsgemäß die Versicherung im Falle der Kriegsteilnahme in Kraft, wenn die Teilnahme angezeigt wird, so hat diese Anzeigepflicht die Bedeutung einer Obliegenheit im Sinne des § 6.

§ 8.

VA. 16, 9. Der Versicherer ist verpflichtet, die Versicherten bei unvollständigen Kündigungsvorlagen unverzüglich auf ihre Mängel aufmerksam zu machen, insbesondere muß auf die fehlende Genehmigung des Hypothekengläubigers hingewiesen werden, falls eine

solche nach dem Hypothekensicherungsschein erforderlich ist. Wenn auch die Kündigung eines Vertragsverhältnisses nicht der Annahme durch die Gegenpartei bedarf, so würde es doch gegen den im Rechtsleben geltenden Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen, wollten die Versicherungsgesellschaften hieraus für sich das Recht herleiten, auch bei unvollständigen Kündigungsvorlagen zu schweigen.

§ 9.

KG. 4. 1. 16. Versicherungsperiode im Sinne des § 12 Abs. 3 AllgVersBdg. für die Glasversicherung ist das Versicherungsjahr, in das der Endpunkt der Kündigungsfrist fällt, nicht das Versicherungsjahr, in welches der Tag der Kündigung fällt.

§ 10.

1. Bendix, Die Bedeutung des Krieges und der deutschen Kriegsnotgesetze für den Versicherungsvertrag, ZVersWiss. 16, 250. § 10 muß durch die allgemeinen Vorschriften der §§ 7, 9 BGB. ergänzt werden. Für den Versicherer kommt es nur auf die ihm bekanntgegebene oder gewordene letzte Wohnung des Versicherungsnehmers an. Es ist Sache des Versicherungsnehmers, seine neue Adresse dem Versicherer bekanntzugeben. Zu einer Erforschung der Adresse des Versicherungsnehmers ist der Versicherer nicht verpflichtet.

2. Toop, Krieg und Kritik des Versicherungsvertragsrechts, ZVersWiss. 16, 470, vgl. unter Einfluß des Krieges auf das Versicherungswesen, oben S. 766.

§ 12.

Schrifttum: Bendix, Die Bedeutung des Krieges und der deutschen Kriegsnotgesetze für den Versicherungsvertrag, ZVersWiss. 16, 250. — Gottschalk, Die Verwirkung des Anspruchs des Versicherungsnehmers durch Fristablauf, MittöffFeuerversAnst. 16, 180, 204.

1. Bendix, Die Bedeutung des Krieges und der deutschen Kriegsnotgesetze für den Versicherungsvertrag, ZVersWiss. 16, 250. Eine ausdehnende Anwendung der BRVO. vom 22. Dezember 1914 i. d. Fassung vom 4. November 1915 (RGBl. 732) auf Ausschlußfristen ist nicht zulässig.

2. Gottschalk, Die Verwirkung des Anspruchs des Versicherungsnehmers durch Fristablauf, MittöffFeuerversAnst. 16, 180 ff. § 12 Abs. 2 enthält eine vertraglich vereinbarte, nicht gesetzliche Ausschlußfrist. Die Frist beginnt mit der schriftlichen Ablehnung des erhobenen Anspruchs seitens des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer. Die Ablehnung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Schwebende Vergleichsverhandlungen hindern den Fristbeginn. Die Ablehnung muß von dem Versicherer ausgehen, d. h. die Erklärung muß von den zur Vertretung befugten Personen unterzeichnet sein. Ohne weiteres gilt der Agent hierzu nicht als bevollmächtigt. Die Ablehnung ist an den Zessionar oder Pfandgläubiger, daneben auch trotz Abtretung, Pfändung oder Verpfändung dem Versicherungsnehmer mitzuteilen; die Frist beginnt mit dem Zugehen der Ablehnung an den Zessionar oder Pfandgläubiger, nicht aber mit einer später an den Versicherungsnehmer erfolgten Ablehnung. Die Form (Schriftlichkeit) der Ablehnung ergibt sich aus § 126 BGB.; telegraphische Übermittlung genügt nicht. — § 193 BGB. findet auf Ausschlußfristen Anwendung. — Dagegen sind die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 BGB. unanwendbar; den Rechtshandlungen im Sinne des § 209 Abs. 2 BGB. steht die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs nicht gleich. Die Wahrung der Frist zur gerichtlichen Geltendmachung ist keine „Obliegenheit". Man muß daher die Anwendbarkeit des § 6 Abs. 2 unbedingt ausschalten. Daraus folgt, daß die Verschuldensfrage im § 12 Abs. 2 überhaupt keine Rolle spielt und daß auch für die Vorschrift des § 278 BGB. kein Raum ist.

§ 13.

Josef, Streitfragen zum deutschen Versicherungsvertragsgesetz, ÖsterrZöffuprivVers. 16, 90. Wenn von mehreren durch denselben Vertrag gegen Feuer versicherten Gebäuden desselben Versicherungsnehmers bei einem unmittelbar vor dem Beginne der Versicherung ausgebrochenen Brande das eine vor dem Beginne der Versicherung beschädigt wird, das andere aber erst nach deren Beginn, so ist der Versicherer nicht für das erstere ersatzpflichtig,

dagegen für das letztere selbst dann, wenn der (vor dem Versicherungsbeginn ausgebrochene) Brand notwendigerweise die Beschädigung auch dieses Gebäudes herbeiführen mußte. Folglich gilt das gleiche auch dann, wenn im gedachten Falle von einer und derselben Sache ein Bestandteil vor dem Beginne der Versicherung, ein anderer Bestandteil aber nach deren Beginne brandbeschädigt wird. Danach ist also, wenn der Versicherer im Laufe der bestehenden Versicherung in Konkurs verfällt und der Brand vor der Konkurseröffnung begonnen hat, aber nach dieser noch fortdauert, der Entschädigungsanspruch wegen des nach der Konkurseröffnung verbrannten Gebäudeteils gemäß § 13 VVG. und § 59 Ziff. 2 KO. als Masseanspruch, der Entschädigungsanspruch wegen des vor der Konkurseröffnung verbrannten Gebäudeteils dagegen als Konkursforderung geltend zu machen. War aber der durch das Brandereignis vor Beginn der Versicherung oder der Konkurseröffnung verursachte Schaden so groß, daß die Sache schon bei Beginn der Versicherung oder bei der Konkurseröffnung als gänzlich vernichtet anzusehen ist, so ist der Versicherer leistungsfrei. — Beim Einbruchdiebstahl ist der Schaden erst entstanden, wenn die Sachen aus den Räumen, in denen sie versichert sind, entfernt sind. Der Versicherer ist also leistungspflichtig, wenn der Dieb zwar vor Beginn der Versicherung oder vor der Konkurseröffnung eingebrochen, die Entfernung der gestohlenen Sachen aber erst nach dem Beginne der Versicherung oder nach der Konkurseröffnung aus den Räumen des Bestohlenen bewirkt hat. — Die Pflicht des Versicherungsnehmers, für möglichste Abwendung des Schadens zu sorgen (§ 63), also z. B. bei drohendem Feuer seine Habe auszuräumen, besteht auch dann, wenn in dem Augenblicke, wo diese Maßregeln erforderlich werden (z. B. vormittags), die Versicherung noch nicht bestand, wohl aber unmittelbar darauf (z. B. mittags) wirksam wird. Während das Brandereignis mit seinen Folgen (der Beschädigung oder Vernichtung) zusammenfällt und in den oben gedachten Fällen der Schaden teils vor, teils nach Beginn der Versicherung oder der Konkurseröffnung eintritt, ist bei der Unfallversicherung der Unfall getrennt von seinen Folgen. Der Versicherungsanspruch ist hinsichtlich sämtlicher, auch der erst später eintretenden Folgen dem Grunde nach bereits mit dem Unfalle gegeben, so daß, wenn der Versicherer nach dem Unfall in Konkurs fällt, nicht bloß die vor der Konkurseröffnung, sondern auch die nach dieser innerhalb der Monatsfrist des § 13 VVG. eintretenden Unfallfolgen als bloße Konkursforderung geltend zu machen sind.

Zweiter Titel. Anzeigepflicht. Gefahrerhöhung.

§§ 16 ff.

Schrifttum: Werneburg, Das Rücktrittsrecht des Versicherers bei Verletzung der Anzeigepflicht, AnnVers. 16, 1 ff. — Derselbe, Zur Rückversicherung, MasiusRdsch. 16, 65.

1. Werneburg, Das Rücktrittsrecht des Versicherers bei Verletzung der Anzeigepflicht, AnnVers. 16, 1 ff. Eine Rücktrittserklärung des Versicherers liegt dann vor, wenn dieser dem Versicherungsnehmer erklärt, er annulliere den Vertrag wegen Verschweigung eines gefahrerheblichen Umstandes; ferner in der Erklärung, er fechte den Vertrag wegen Verletzung der Anzeigepflicht an. Die falsche Wahl in der juristisch-technischen Ausdrucksweise kann dem Versicherer nicht zum Verschulden und Nachteil angerechnet werden. Eine Rücktrittserklärung des Versicherers liegt ferner in der Erklärung, er betrachte den Vertrag nicht mehr als bindend oder als aufgelöst oder als nichtig. In der bloßen Erklärung des Versicherers, die Zahlung der Versicherungssumme zu verweigern, liegt keine Rücktrittserklärung, dagegen in der Zahlungsweigerung in Verbindung mit einem Verzicht auf die über die laufende Versicherungsperiode fälligen Prämien.

2. Werneburg, Zur Rückversicherung, MasiusRdsch. 16, 65, s. bei § 186 Nr. 2.

3. **RG.** 23. 11. 15. Eine schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht oder ein arglistiges Verschweigen liegt nicht vor, wenn der Versicherungsnehmer verschweigt, daß er früher an einer Erweiterung der Schlagader gelitten habe.

4. Marienwerder 22. 2. 16, VA. 16*, 62. Wird die Frage, ob das Mobiliar früher schon einmal versichert war und ob der Antragsteller bereits einen Brandschaden erlitten hat,

von dem Agenten mit „Nein" beantwortet, obwohl der Antragsteller dem Agenten das Gegenteil gesagt und der Agent ihm erwidert hat: „Seien Sie still, das darf die Gesellschaft nicht wissen, sonst macht sie Scherereien", so fällt dem Antragsteller die Verletzung der Anzeigepflicht zur Last.

5. Celle 30. 6. 16, LeipzZ. 16, 1246. Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, eine erst nach der Beantwortung der gestellten Fragen, aber noch vor dem Abschlusse des Vertrags eintretende erhebliche Veränderung derjenigen Umstände, nach denen gefragt ist, der Gesellschaft anzuzeigen.

6. **RG.** 6. 10. 16, Wallmann 16, 321. Ein Rücktrittsrecht wegen unrichtiger Beantwortung der Frage nach dem Gesundheitszustande des Versicherungsnehmers steht der Versicherungsgesellschaft nicht zu, wenn entweder dem Versicherungsnehmer die Unrichtigkeit entschuldbarerweise unbekannt war oder die unrichtige Beantwortung trotz vorhandener Kenntnis entschuldbar ist.

§ 20.

Werneburg, Das Rücktrittsrecht des Versicherers bei Verletzung der Anzeigepflicht, AnnVers. 16, 1 ff. Kenntnis im Sinne des § 20 liegt dann vor auf seiten des Versicherers, wenn er zuverlässige Kunde von der Tatsache der Verletzung der Anzeigepflicht hat, so daß also ein bloßes Vermuten oder ein bloßer Verdacht nicht genügt.

§ 21.

1. Gottschalk, Zum Rücktrittsrechte des Versicherers nach dem Eintritte des Versicherungsfalls, ZVersWes. 16, 43. Der Wortlaut des § 21 läßt keinen Zweifel zu, daß von den verschiedenen Arten erheblicher Umstände zwei herausgegriffen und nebeneinandergestellt worden sind, die den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang der Leistung beeinflussen. Das Gesetz gestattet die Befreiung des Versicherers nur dann, wenn der nicht oder nicht richtig angezeigte Umstand in ursächlichem Zusammenhange steht mit dem Eintritte des Versicherungsfalls und mit dem Umfange der Leistung. Der Versicherungsnehmer, dem die Beweislast obliegt, dringt erst dann durch, wenn er nachweist, daß der nicht oder nicht richtig angezeigte Umstand nach beiden Seiten nicht ursächlich ist.

2. **RG.** 13. 7. 16, VA. 16*, 73. Auf ein zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehendes Versicherungsverhältnis findet § 21 keine Anwendung.

§ 23.

Schrifttum: Lübstorff, Die Gefahrerhöhung, DVersPresse 16, Nr. 14 u. 15. — Heine, Die Bedeutung des Stilliegens gewerblicher Betriebe in der Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. 16, 316.

1. *Lübstorff, Die Gefahrerhöhung, DVersPresse 16, Nr. 14, 15. Ausgehend von den Begriffen „Gefahr" und „Gefahrerhöhung" scheidet Verf. zwischen „gewollter" und „nicht gewollter" Gefahrerhöhung und untersucht diese nach folgenden Gesichtspunkten: Pflicht des Versicherungsnehmers, keine Gefahrerhöhung herbeizuführen; Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers bei Eintritt einer Gefahrerhöhung; Folge der Verletzung dieser Verpflichtungen; Kausalzusammenhang zwischen der Gefahrerhöhung und dem Eintritte des Versicherungsfalls. Besondere Behandlung erfahren sodann die Gefahränderungen, die der Versicherungsnehmer ohne nachteilige Folgen vornehmen kann: Gefahränderungen, die keine Gefahrerhöhung bedeuten, sowie unerhebliche Gefahrerhöhungen; Gefahrerhöhungen, von welchen unter Umständen als vereinbart anzusehen ist, daß das Versicherungsverhältnis durch sie nicht berührt werden soll; Gefahrerhöhungen veranlaßt durch das Interesse des Versicherers, durch ein die Haftung des Versicherers begründendes Ereignis oder durch ein Gebot der Menschlichkeit. Zum Schlusse wird auf die zwingende Natur der Vorschriften über die Gefahrerhöhung hingewiesen.

2. Heine, Die Bedeutung des Stilliegens gewerblicher Betriebe in der Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. 16, 316. Ist im einzelnen Falle der Gefahr der Brandstiftung durch ausreichende Beaufsichtigung und Bewachung vorgebeugt, so kann von einer Gefahrerhöhung wegen Stilliegens des Betriebs keine Rede sein.

3. Karlsruhe 3. 3. 16, VA. 16*, 63. Die Einstellung eines Kraftfahrzeugs und Lagerung von Benzin in einem gegen Feuerschaden versicherten Schuppen ist eine anzeigepflichtige Gefahrerhöhung.

§ 24.

Vgl. Nr. [1] bei § 58 VVG.

§ 25.

Celle 13. 1. 16, VA. 16*, 12. Wenn der Versicherte nach Kriegsausbruch sich dem Heeresdienste zur Verfügung stellt, ohne hierzu erst die Einwilligung der Versicherungsgesellschaft einzuholen, so liegt selbstverständlich kein Verschulden des Versicherungsnehmers vor.

§ 27.

VA. 16, 112. Eine unabhängig von dem Willen des Versicherungsnehmers eingetretene Gefahrerhöhung liegt in folgendem Falle vor: der gegen Einbruchdiebstahl versicherte Inhaber eines Ladengeschäfts wurde plötzlich zum Heeresdienst eingezogen; er packte die versicherten Sachen in Kisten, übergab die Schlüssel zum Geschäftsraum einem Verwandten und beauftragte diesen mit der gelegentlichen Überwachung. Einige Tage später fand ein Einbruch statt.

§ 34.

1. VA. 16, 112. Ob nach einem Brande der Versicherer von dem Versicherungsnehmer Auskunft über die Warenausgänge nach dem Brande und Einsicht in die dieserhalb geführten Geschäftsbücher verlangen darf, ist eine Frage, die nur nach Sachlage des Einzelfalls entschieden werden kann.

2. Dresden 4. 2. 16, VA. 16*, 60. Der Versicherungsnehmer ist zur Auskunft und Beibringung von Belegen zwecks Berechnung des Schadens verpflichtet.

Dritter Titel. Prämie.

§ 37.

Hahn-Saida, Streitfragen aus der Praxis des Folgeprämieneinzugs, AnnVers. 16, 81, 93, 105. Ob Versicherungen vor oder nach dem 1. Januar 1910 abgeschlossen sind, ist für die Frage, ob die Prämienzahlung rechtzeitig erfolgt ist, gleich. Rechtzeitig ist die Zahlung, wenn sie nach dem Eintritte der Fälligkeit entweder an den abholenden Vertreter erfolgt oder auf ergangene Aufforderung zur Übersendung an den Vertreter sofort abgesandt wird. Eine Ausnahme besteht nur für die Einzel-Unfallversicherungen mit zweiwöchentlicher Frist, bis zu deren Ablauf nach dem Fälligkeitstage die Zahlung der Folgeprämie noch als rechtzeitig gilt. — Das Vorliegen des Verzugs ist neben der ordnungsmäßigen Fristsetzung Voraussetzung der Haftungsfreiheit und des Kündigungsrechtes. Wann Verzug vorliegt, bestimmt § 284 BGB. Wenn nun auch bei Versicherungsverträgen die Zeit für die Leistung kalendermäßig bestimmt ist, so kommt doch mit Rücksicht auf die übliche Einziehung der Prämien dieser Beifügung der kalendermäßigen Leistungszeit nur die Bedeutung zu, daß der Versicherer die Prämie nicht vor der bestimmten Zeit fordern darf. Verzug tritt mithin frühestens ein, wenn der Versicherungsnehmer dem persönlich erscheinenden Vertreter nicht zahlt oder auf die Aufforderung zur Einsendung der Prämie diese nicht unverzüglich absendet. Jedoch muß der Versicherungsnehmer, falls der Verzug und dessen Folgen nicht eintreten sollen, durch einen Umstand, den er nicht zu vertreten hat, entlastet werden. Ein derartiger Umstand ist gegeben, wenn der Versicherungsnehmer wegen schwerer Erkrankung nicht leisten kann.

§ 39.

Schrifttum: Josef, Streitfragen aus dem Versicherungsvertragsgesetz, ZVersWiss. 16, 636. — May, Fortbestand infolge unterbliebener Prämienzahlung verfallener Versicherungsverträge auf Grund der Kriegsverordnungen, ZVersWiss. 16, 355. — Werneburg, Der Prämienzahlungsverzug des Versicherungsnehmers unter Berücksichtigung der Kriegsgesetze, ZVersWiss. 16, 629.

1. Josef, Streitfragen aus dem Versicherungsvertragsgesetz, ZVersWiss. 16, 636. Der Ehemann hat am Vermögen der Frau kraft Gesetzes Nießbrauch und Verwaltung; hieraus

folgen sein Recht und seine Pflicht, die Frau als Versicherungsnehmerin gegenüber dem Versicherer unbeschränkt zu vertreten, so daß die Zahlungsaufforderung aus § 39 VVG. an den Mann zu erfolgen hat und verschuldete Herbeiführung des Brandes durch den Mann Leistungsfreiheit des Versicherers gegenüber der Frau bewirkt. Dagegen hat der bloße rechtsgeschäftlich bestellte Nießbraucher betreffs des seinem Rechte unterliegenden Vermögens ein Recht zur Vertretung des Eigentümers selbst dann nicht, wenn ihm der Nießbrauch an einem ganzen Vermögen, insbesondere an einem Nachlasse, zusteht. Zwar ist hier der Nießbraucher dem Versicherer gegenüber unmittelbar zur Bezahlung der Prämien verpflichtet (§ 1088); aber die Nichterfüllung dieser Pflicht kann den Erben nicht um die Ansprüche aus der Versicherung bringen, da die Zahlungsaufforderung aus § 39 lediglich an den Erben (als den Versicherungsnehmer) zu erfolgen hat. Der Nießbraucher ist überhaupt nicht Träger, auch nicht Mitträger des Verhältnisses; die Verfügung über das Versicherungsverhältnis (durch Kündigung, Rücktritt) steht allein dem Erben zu. Dieser allein hat die gesetzlich dem Versicherungsnehmer obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen, insbesondere die Anzeigen zu erstatten. Bei dieser Regelung kann auch schuldhafte Herbeiführung des Brandes durch den Nießbraucher nicht Leistungsfreiheit des Versicherers gegenüber dem Eigentümer (Erben) zur Folge haben. Wenn indes dem Nießbraucher am Nachlasse zugleich dessen Verwaltung eingeräumt ist, und sofern hierin die Bestellung des Nießbrauchers als Testamentsvollstrecker (§ 2209) zu finden ist, so bewirkt verschuldete Herbeiführung des Brandes durch einen solchen Nießbraucher die Leistungsfreiheit des Versicherers gegenüber dem Erben. Eine Überwachungspflicht liegt dem Eigentümer gegenüber dem Nießbraucher in keinem Falle ob, da dieser gegenüber jenem grundsätzlich unabhängig und selbständig dasteht.

2. May, Fortbestand infolge unterbliebener Prämienzahlung verfallener Versicherungsverträge auf Grund der Kriegsverordnungen, ZVersWiss. 16, 355, behauptet im Gegensatze zu Bendix, ZVersWiss. 15, 141, die Zulässigkeit der Anwendung der BRVO. vom 18. August 1914 i. d. Fassung vom 20. Mai 1915 (RGBl. 292) über die Folgen der nicht rechtzeitigen Zahlung einer Geldforderung, insbesondere dann, wenn das Gericht zur Bejahung der beiden Fragen kommt, daß der Versicherungsnehmer ohne seine Schuld mit der Prämienzahlung in Rückstand geraten ist und wenn er vor dem Kriege längere Zeit seine Prämien bezahlt hat.

3. Werneburg, Der Prämienzahlungsverzug des Versicherungsnehmers unter Berücksichtigung der Kriegsgesetze, ZVersWiss. 16, 629. § 39 setzt das Vorliegen von Verzug mit der Zahlung von Prämien oder Nebenleistungen auf seiten des Versicherungsnehmers voraus. Dieser Verzug kennzeichnet sich als Schuldnerverzug; ob ein solcher Verzug vorliegt, entscheiden §§ 284, 285 BGB. § 284 erfordert eine Mahnung, die regelmäßig durch die im § 39 VVG. bestimmte Zahlungsfrist gegeben ist. Ferner verlangt § 284 die Fälligkeit der Leistung zur Zeit der Mahnung; infolgedessen kann die Bestimmung der Zahlungsfrist erst wirksam sein, wenn die Prämienzahlung fällig ist. Endlich setzt der Verzug Verschulden voraus. Da die Prämienzahlung eine Geldschuld ist, so kommt § 279 BGB. zur Anwendung. Für Kriegsteilnehmer kommt § 2 G. vom 4. August 1914, ferner die BRVO. vom 7. August 1914 i. d. Fassung vom 20. Mai 1915 (RGBl. 290) in Betracht. Als besondere Rechtsfolge im Sinne der Bek. vom 20. Mai 1915 (RGBl. 288) stellen sich die aus § 39 ergebenden Rechtsnachteile dar.

4. VA. 16, 112. In Hinblick auf RG. vom 13. 11. 14 und 27. 4. 15 (§ 39 II Nr. 2, 3; JDR. 14, 655) hat das AfP. für die Mahnschreiben folgende Fassung empfohlen: „Tritt der Versicherungsfall nach dem Ablaufe der Frist ein und sind Sie zur Zeit des Eintritts mit der Zahlung der Prämie oder geschuldeten Zinsen oder Kosten im Verzuge, so sind wir von der Verpflichtung zur Leistung frei. Auch sind wir nach dem Ablaufe der Frist, wenn Sie mit der Zahlung im Verzuge sind, berechtigt, das Versicherungsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, zu kündigen." Die Rechtsbelehrung muß in die Mahnschreiben selbst aufgenommen werden. Von der Vorschrift des § 39 kann zugunsten des Versicherungsnehmers abgewichen werden. Als eine solche Abweichung ist es anzusehen, wenn als Verzugsfolge nur das Recht des Versicherers zur sofortigen Kündigung, nicht aber auch die von selbst eintretende Befreiung von der Leistungspflicht angegeben wird.

Vierter Titel. Versicherungsagenten.

§ 43.

1. Heine, Zur rechtlichen Stellung des Versicherungsagenten, ÖsterrZöffuprivVers. 16, 193. Die beamtenähnliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses macht den Agenten zum Handlungsgehilfen, der seine Tätigkeit nur namens und für Rechnung des Geschäftsherrn ausübt, dessen Tätigkeit in den Rahmen des Gewerbebetriebs des Geschäftsherrn fällt, der aber kein eigenes selbständiges Gewerbe betreibt. Liegt eine beamtenähnliche Gestaltung nicht vor, wie in der Regel beim Versicherungsagenten, so handelt es sich um einen von dem des Geschäftsherrn verschiedenen selbständigen Gewerbebetrieb des Vertreters. Versicherungsinspektoren mit Provisionsgarantie sind Handlungsgehilfen, wenn nach dem Inhalt ihres Anstellungsvertrags ihre Stellung eine wesentlich abhängigere als diejenige der Agenten ist. Der Versicherungsagent ist Handlungsagent. Die Geschäfte der Handlungsagenten sind Handelsgrundgeschäfte. Infolgedessen sind die Versicherungsagenten Kaufleute. Zur Entscheidung von Streitigkeiten aus dem Dienst- oder Lehrverhältnisse zwischen den Versicherungsagenten und ihren Handlungsgehilfen oder Handlungslehrlingen sind die Kaufmannsgerichte zuständig. Das Agenturverhältnis ist ein Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB., der mit einer Geschäftsbesorgung verbunden ist (§ 675). Ob der Agent nur Vermittlungsagent oder ob er auch Abschlußagent ist, entscheidet lediglich der Anstellungsvertrag und eine besondere Vollmacht. Das Publikum hat sich auf seine Gefahr über die Abschlußbefugnis des Agenten zu vergewissern. Außerhalb des Rahmens des § 43 VVG. steht dem Vermittlungsagenten eine Vertretungsmacht nicht zu. Trotzdem können auch Handlungen und Unterlassungen des Vermittlungsagenten gegen den Versicherer rechtliche Bedeutung erlangen. Der Vermittlungsagent ist nicht befugt, den ihm zur Vermittlung übergebenen Vertragsantrag mit Wirkung für den Versicherer abzulehnen.

2. VA. 16, 108. Der Agent ist verpflichtet, den Versicherungsnehmer bei Erneuerung von Versicherungsverträgen darüber aufzuklären, auf welche Dauer sich die Weiterversicherung erstrecken soll.

3. **RG.** 12. 10. 15, VA. 16*, 18. Steht die von dem Agenten erteilte Auskunft mit dem klaren Inhalte des Versicherungsscheins und des ihm zugrunde liegenden Antrags sowie den allgemeinen Versicherungsbedingungen in Widerspruch, so wird der Versicherungsnehmer bei Verletzung der Anzeigepflicht nicht entschuldigt.

4. **RG.** 18. 1. 16. Der Versicherer ist berechtigt, die im § 43 Nr. 2 dem Agenten erteilte Befugnis, Anzeigen, die während des Versicherungsverhältnisses zu machen sind, von dem Versicherungsnehmer entgegenzunehmen, dahin einzuschränken, daß diese Anzeigen in schriftlicher Form zu erfolgen haben. Ist eine derartige Vereinbarung in den Versicherungsbedingungen getroffen, so haben mündliche Mitteilungen keine Wirkung. Der Vermittlungsagent kann keine von den Versicherungsbedingungen abweichenden Vereinbarungen bindend treffen.

§ 48.

VA. 16, 167. Aus § 48 folgt, daß die Auffassung, der Versicherungsnehmer könne nur am Sitze der Gesellschaft klagen, nicht z. B. auch am Gerichte seines Wohnsitzes, unhaltbar ist.

Zweiter Abschnitt. Schadensversicherung.

Erster Titel. Vorschriften für die gesamte Schadensversicherung.

I. Inhalt des Vertrags.

§ 51.

Hahn-Saida, Der Wechsel des räumlichen Geltungsbereichs und die Verminderung der Gefahr während des Versicherungsvertrags, begründet folgende Leitsätze: 1. Der Wechsel des räumlichen Geltungsbereichs aller von dem versicherten Interesse erfaßten Sachen berührt niemals die Gültigkeit des Vertrags. 2. Der Wechsel des räumlichen Geltungsbereichs der von dem versicherten Interesse erfaßten Sachen, welche zum häuslichen Mobiliar

gehören, berührt niemals die Haftung des Versicherers, wenn der Ortswechsel auf einem Wechsel der Wohnung infolge Umzugs beruht. 3. Der Wechsel des räumlichen Geltungsbereichs der von dem versicherten Interesse erfaßten sonstigen Sachen (Arbeitsgerät, Vieh, Ernte) oder des häuslichen Mobiliars aus einem sonstigen Grunde berührt nur die Haftung des Versicherers, welche erlischt. 4. Der Versicherungsvertrag bleibt im allgemeinen unberührt, insbesondere ist der Versicherungsnehmer zur weiteren Prämienzahlung verpflichtet; diese kann auch nicht aus § 68 Abs. 2 verweigert werden. Die Herabsetzung der Versicherungssumme kann nur durch Vertrag erfolgen, nicht durch einseitige Erklärung einer Partei. Die Gegenpartei ist, sofern und insoweit die gesetzlichen oder vertraglich festgelegten Voraussetzungen vorliegen, zur Annahme des entsprechenden Antrags verpflichtet. Der Antrag muß bestimmt sein, insbesondere die Sachen, auf welche sich das versicherte Interesse bezieht, und deren Wert genau angeben. Bei einer während der Dauer des Versicherungsvertrags eintretenden Gefahrverminderung kann der Versicherungsnehmer ebensowenig eine Herabsetzung des Prämiensatzes beanspruchen, wie der Versicherer bei Gefahrerhöhung eine höhere Prämie einseitig festsetzen kann.

§ 58.

1. Hamburg 7. 10. 15, VA. 16*, 26. Durch die pflichtwidrige Unterlassung der Anzeige von einer vorgenommenen Doppelversicherung wird nur ein Recht auf Schadensersatz begründet.

2. VA. 16, 114. Dem Versicherer war die Befugnis eingeräumt, im Falle anderweitiger Einbruchdiebstahlsversicherung das Versicherungsverhältnis kündigen zu können. Unzulässig ist es, wenn die Gesellschaft von diesem Kündigungsrechte Gebrauch macht, obwohl sie selbst die Übernahme der ihr zunächst angetragenen Nachversicherung wegen zu hoher Beteiligung und Nachversicherung bei einer anderen Gesellschaft empfohlen hatte; denn die Gesellschaften kündigen nicht wegen Zuziehung des anderen Versicherers, sondern wegen Gefahrerhöhung. Die Kündigungsfrist wegen Gefahrerhöhung war jedoch bereits abgelaufen.

§ 59.

Werneburg, Der Eigenversicherungsvertrag und der Versicherungsvertrag zugunsten Dritter, ÖsterrRev. 16, 56. Eine Versicherung verschiedener Interessen mit einem einheitlichen und einzigen Schaden ist nach geltendem Rechte zulässig, da Doppelversicherung nicht vorliegt. Mangels eines einheitlichen Schuldverhältnisses liegt ein echtes Gesamt- oder Solidarschuldverhältnis alsdann nicht vor, weil die Voraussetzungen des § 255 BGB. nicht gegeben sind. Auch ein unechtes Solidarschuldverhältnis ist im Verhältnisse der beiden Versicherer und dieser zu dem unmittelbar Geschädigten nicht anzunehmen. Infolgedessen ist auch kein Rückgriff des einen Versicherers gegen den anderen gegeben, weil beide nicht auf Grund desselben Vertrags, sondern aus zwei getrennt abgeschlossenen Versicherungsverträgen haften. Bei dem Zusammentreffen von Anspruch aus einer Schadensversicherung mit dem Schadensersatzanspruch auf Grund unerlaubter Handlung wegen Eigentumsverletzung liegen die Voraussetzungen des § 255 BGB. vor.

§ 61.

Schrifttum: Heine, Brandstiftung durch den Nießbraucher, R. 16, 104. — Werneburg, Begriff der vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalls im Sinne des § 61 VVG., MittöffFeuerversAnst. 16, 165; ÖsterZöffuprivVers. 16, 252.

1. Heine, Brandstiftung durch den Nießbraucher, R. 16, 104. Bei rechtgeschäftlichem Nießbrauch ist der Besteller, der für die Sache Versicherung genommen hat, dem Versicherer gegenüber jedenfalls verpflichtet, den Nießbraucher bei Behandlung der Sache ordnungsgemäß zu überwachen. Läßt er es grobfahrlässig hieran fehlen, so ist der Versicherer bei eingetretenem Versicherungsfalle haftfrei, wenn er nachweist, daß der Versicherungsfall bei auch nur oberflächlicher Überwachung des Nießbrauchers vermieden worden wäre. Bei Nießbrauch an einem Vermögen und an einer Erbschaft ist Leistungsfreiheit des Versicherers anzunehmen, wenn der den Versicherungsfall grobfahrlässig oder fahrlässig herbeiführende

Nießbraucher die Verwaltung des Vermögens oder der Erbschaft vom Besteller übertragen erhielt. Der Versicherer ist aber auch in diesen Fällen leistungsfrei, wenn nicht der Versicherungsnehmer nachweist, daß dem Nießbraucher die Einwirkung auf die versicherte Sache nicht unter leichteren Bedingungen als jedem Dritten möglich war. Bei dem gesetzlichen Güterstand ist der Ehemann der Ehefrau gegenüber zur Anzeigepflicht, Rettungspflicht usw. verpflichtet und hat die Rolle des Gehilfen bei deren Erfüllung gegenüber dem Versicherer.

2. Werneburg, Begriff der vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Herbeiführung des Versicherungsfalls im Sinne des § 61 VVG., MittöffFeuerversAnst. 16, 165, ÖsterZöffupriv. Vers. 16, 25). Unter Annahme der „Vorstellungstheorie" genügt zum Vorsatz auf seiten des Versicherungsnehmers, wenn dieser das Bewußtsein hatte, der schädliche Erfolg, der Versicherungsfall, werde eintreten, und er gleichwohl die verursachende Bedingung gesetzt hat. Denn in diesem Falle hat er den voraussehbaren Erfolg jedenfalls gebilligt und somit auch gewollt, wenn er ihn auch nicht bezweckt haben mag. Auf den Beweggrund kommt es nicht an. — Grobe Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn selbst einem minder vorsichtigen Menschen das Versehen normalerweise nicht zustoßen dürfte. Kommt eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Verursachung des Schadens durch den Versicherungsnehmer bei Erfüllung seiner Pflicht zur Abwendung oder Minderung des Schadens in Betracht, so ist der Versicherer von seiner Leistungspflicht nicht befreit. — § 278 BGB. findet in vollem Umfang Anwendung, einmal mit Rücksicht auf das unerträgliche Ergebnis der gegenteiligen Meinung für den Versicherer, dann aber auch, weil die Ansicht, daß das VVG. im Gegensatze zu dem BGB. ein allgemeines Selbstverschuldungsprinzip habe, als unbegründet abzulehnen ist. Der Versicherungsnehmer hat also für Handlungen und Unterlassungen — vorsätzliche oder grobfahrlässige — dritter Personen (Repräsentanten), die auf Grund eines Vertretungs- oder anderen Verhältnisses auf seiner Seite stehen, zu haften, falls diese Personen mit der Wahrnehmung der Angelegenheit, in der der Schaden eintrat, betraut oder zur Pflege des versicherten Gutes bestellt waren. Auch § 31 BGB. findet Anwendung.

3. **RG.** 3. 3. 16, VA. 16*, 56. Der Anspruch auf Brandentschädigung ist bei vorsätzlicher Herbeiführung des Schadens durch den Versicherungsnehmer verwirkt. Die strafgerichtliche Verurteilung ist nicht erforderlich.

4. **RG.** 11. 4. 16, VA. 16*, 45. Ist durch die Versicherungsbedingungen die Entschädigungspflicht wegen eines Unfalls in besonderen Fällen ausgeschlossen, so trifft die Beweislast für das Vorliegen eines solchen den Versicherer.

5. Petersen, ZVersWiss. 16, 730. Hat der Versicherungsnehmer die ihm durch die „Buchführungsklausel" auferlegten Verpflichtungen nicht ordnungsmäßig erfüllt, so ist dadurch der Versicherer nicht von der Leistung frei, der Versicherte muß nur den Schaden tragen, der durch anderweiten Nachweis verursacht wird. Celle 21. 10. 13, VA. 14*, 58.

§§ 62, 63.

Kisch, Die Pflicht des Versicherers zum Ersatze der Rettungskosten, WuRVers. 16, 268. Die Voraussetzungen der Ersatzpflicht des Versicherers. Der Versicherungsnehmer muß die Aufwendungen in Durchführung seiner gesetzlichen Rettungspflicht gemacht haben. Solange der Versicherungsfall nicht eingetreten ist, besteht kein versicherungsrechtlicher, sondern nur ein zivilrechtlicher Erstattungsanspruch. Der Erstattungsanspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Versicherungsnehmer im besonderen Falle über seine Pflicht hinausgegangen ist, aber der Schaden, zu dessen Abwendung er tätig wird, muß dem Versicherer zur Last fallen. Die Rettungsmaßregeln müssen geboten erscheinen; etwaige Weisungen des Versicherers sind zu berücksichtigen. Die Aufwendungen sind nur insoweit ersatzpflichtig, als sie der Versicherungsnehmer den Umständen nach für geboten halten durfte; es kommt also ein abstrakter objektiver, nicht ein subjektiver Maßstab in Betracht. Unerheblich ist die Art der gemachten Aufwendung, ob die Schadensbekämpfung durch den Versicherungsnehmer persönlich oder aber für ihn durch dritte Personen bewerkstelligt worden ist; um die Ersatzforderung zu erwerben, braucht der Versicherungsnehmer nicht gerade im Hinblick auf

dieselbe tätig geworden zu sein; die zu rettenden Interessen brauchen nicht in ihrem vollen Werte versichert zu sein; unerheblich ist endlich der Erfolg der gemachten Rettungsaufwendungen. Die rechtliche Natur der Pflicht zum Ersatze der Aufwendungen. Unter Ablehnung eines Auftragsverhältnisses und der Geschäftsführung ohne Auftrag kommt Kisch zu dem Ergebnisse, daß die Forderung auf Ersatz unmittelbar auf dem Versicherungsverhältnisse beruht. Der Kostenersatzanspruch hat die allgemeine rechtliche Natur des Schadensersatzanspruchs. Die Aufwendungen bilden nicht einen Teil des Versicherungsschadens, sondern einen von ihm begrifflich durchaus gesonderten selbständigen Schaden. Daraus, daß die Versicherungsforderung und die Kostenersatzforderung zwei selbständige Ansprüche bilden, ergeben sich eine Reihe von Besonderheiten: die eine Forderung kann ohne die andere zur Entstehung gelangen; beide Ansprüche sind ihrem Umfange nach voneinander unabhängig; bei Bezeichnung der „Franchise" bleibt der Rettungsaufwand außer Betracht. Für den Fall, daß nur für Totalschaden gehaftet wird, sind, auch wenn ein solcher Schaden nicht vorliegt, die Rettungsaufwendungen zu ersetzen. Das Subjekt der beiden Forderungen kann ein verschiedenes sein, ebenso die weiteren rechtlichen Schicksale der beiden Forderungen. Der Einfluß der Versicherungssumme auf den Kostenersatzanspruch. Bei Unterversicherung wird auch der Rettungsaufwand in dem Verhältnis ersetzt, in dem der Versicherungsschaden zu vergüten ist. Was geschieht, wenn der Schaden zusammen mit den gemachten Aufwendungen die vertraglich festgesetzte Versicherungssumme übersteigt? Im Gebiete der Transportversicherung ist der Rettungsaufwand alsdann auch zu ersetzen (§ 840 HGB.), im Gebiete der Binnenversicherung kommt es darauf an, ob die Aufwendungen auf Weisung des Versicherers gemacht sind oder nicht. Die ersteren sind zu ersetzen, die übrigen nur insoweit, als sie zusammen mit der übrigen Entschädigung die Versicherungssumme nicht übersteigen. Die bei der Ersatzpflicht beteiligten Personen. Der Anspruch auf Ersatz steht grundsätzlich dem Versicherungsnehmer zu. Bestehen an einem und demselben Objekt Interessen verschiedener Personen, die unter Versicherung gebracht sind, so ist zu unterscheiden, ob es sich um verschiedene, voneinander gesonderte Interessen handelt oder um ein mehreren Personen gemeinschaftlich zustehendes Interesse. Ist die Versicherung für fremde Rechnung genommen, so ist es möglich, daß der Versicherungsnehmer oder der versicherte Dritte zur Bekämpfung des Schadens Aufwendungen gemacht hat. Die Pflicht zum Ersatze der Rettungskosten trifft den Versicherer. Die Behandlung der Kostenersatzpflicht im einzelnen. Die Kostenersatzforderung hat die Natur eines obligatorischen Anspruchs; sie ist fällig nach der vollzogenen Aufwendung. Der Versicherungsnehmer kann sich die Mittel zur Schadensbekämpfung von dem Versicherer vorschießen lassen. Der Streit über die Kostenersatzpflicht ist gerichtlich oder außergerichtlich zu erledigen. Die gesetzlichen Vorschriften über den Ersatz der Rettungsaufwendungen sind nicht zwingend. Die Aufopferung von Sachen zur Schadensbekämpfung kann durch den Versicherungsnehmer selbst hinsichtlich unversicherter oder versicherter Sachen erfolgen, sie kann aus Anlaß einer Rettungsmaßregel notwendig werden. Die Aufopferung kann auch von dritter Seite ausgehen. Die Rettungsaufwendungen des Versicherers. Wird der Versicherer in seinem eigenen Interesse tätig, so hat er gegen den Versicherungsnehmer keinen Anspruch auf Ersatz. Dieses gilt aber nur, wenn das Interesse zum vollen Werte versichert war. Ist dieses nicht der Fall, so kann er nur teilweise Ersatz verlangen.

§ 64.

1. Petersen, Entscheidungen auf dem Gebiete des privaten Versicherungswesens, ZVersWiss. 16, 730. Sachverständigenverfahren in der Einbruchdiebstahlsversicherung. Die Sachverständigen haben nicht nur über den Wert der gestohlenen Gegenstände, sondern auch darüber zu entscheiden, was als gestohlen anzusehen ist (**RG. 11. 11. 13**, VA. 14*, 57, Wallmann 13/14, 1061).

2. Wallmann 16, I, 113. Die Rechtsprechung hat sich dahin entwickelt, den Begriff der „offenbaren Unbilligkeit" möglichst eng zu fassen. Offenbare Unbilligkeit ist nur dann

gegeben, wenn sich die Unrichtigkeit dem Blicke eines sachkundigen und unbefangenen Beurteilers sofort aufdrängt. Ob sie vorliegt, kann durch Beweiserhebung festgestellt werden; im Zweifel ist die angegriffene Schätzung aufrechtzuerhalten (**RG.** 19. 11. 15, R. 16 Nr. 915/917). Es genügen keineswegs nur Meinungsunstimmigkeiten zwischen den verschiedenen Sachverständigen.

3. **RG.** 22. 2. 16, KG. 3. 5. 16, VA. 16*, 93. Beispiel für eine offenbar unrichtige Schadenschätzung.

4. **RG.** 3. 3. 16. Hat das Gericht bei der Bestimmung eines Sachschadens nicht § 64 VVG., sondern § 319 BGB. angewendet, so liegt eine Verletzung des § 64 dann nicht vor, wenn nach den getroffenen Feststellungen auch dessen Voraussetzungen als voll gegeben anzusehen sind.

§ 67.

Schrifttum: Kisch, Eintritt des Versicherers in den Entschädigungsanspruch des Versicherten, LeipzZ. 16, 13. — Schneider, Zum Rückgriffsrecht des Versicherers gegen den Dritten als Schadensstifter, ZVersWiss. 16, 223. — Kisch, ZVersWiss. 16, 349. — Wallmann 16, II 833, 849. — Werneburg, Das Regreßrecht des Versicherers gemäß § 67 VVG., AnnVers. 16, 141, 153.

1. Kisch, Eintritt des Versicherers in den Entschädigungsanspruch des Versicherten, LeipzZ. 16, 13, geht von dem Tatbestand aus, daß der Dritte den vollen Schaden nicht zu ersetzen hat, weil bei der Entstehung desselben ein leichtes Verschulden des Versicherungsnehmers mitgewirkt hat, und daß Unterversicherung vorliegt, infolgedessen der Versicherer nur für einen Teil des Schadens haftbar ist. Die herrschende Meinung nimmt an, daß der Unterversicherer zu dem vollen Betrage seiner Leistung den Entschädigungsanspruch gegen den Dritten erwirbt (absolute Berechnungsmethode), so daß im praktischen Ergebnisse der Versicherer nichts einbüßt. Kisch vertritt die Ansicht, daß der zahlende Versicherer den Anspruch nicht in der vollen (absoluten) Höhe seiner eigenen Leistung, sondern nur in demselben Verhältnis erwirbt, in welchem seine eigene Zahlung zum Versicherungsschaden steht (relative Berechnungsmethode). Begründet wird diese Meinung unter anderem durch folgende Erwägungen: durch die tatsächlich geleistete Entschädigung des Dritten wird der Versicherungsschaden ermäßigt; bei Unterversicherung gebührt dem Versicherer auch nur ein Teil des Anspruchs gegen den Dritten. Bei Wertausgleichung steht dem Versicherer im Falle der Unterversicherung der auszugleichende Wert auch nur zu einem entsprechenden Teile zu. Haben mehrere Versicherer das fragliche Interesse für einen Teil seines Wertes versichert, so wird der Versicherer, der zuerst zahlt, genau so behandelt, wie wenn er der einzige Versicherer wäre. Erst wenn der Versicherungsnehmer auch von dem zweiten Versicherer Deckung erhält, tritt dieser in den Rest des Entschädigungsanspruchs ein. Die relative Berechnungsmethode steht in keinem Widerspruche zu § 67. „Soweit . . . . . den Schaden ersetzt" ist nicht gleichbedeutend mit „in derselben Höhe, in welcher . . . . . ersetzt", sondern „in demselben Verhältnis, in welchem . . . . . ersetzt". Der Entschädigungsanspruch des Versicherten geht auf den Versicherer zu der gleichen Quote über, in welcher dieser den Vermögensschaden zu vergüten hat. Kisch gibt zu, daß der Versicherte nach der relativen Methode mehr erhält, als wenn nur der Versicherer allein oder nur der Dritte allein ihm haftet. Die Tatsache der Versicherung stellt ihn besser. Bei der absoluten Versicherung bringt ihm die Versicherung keinen Nutzen.

2. Schneider, Zum Rückgriffsrecht des Versicherers gegen den Dritten als Schadenstifter, ZVersWiss. 16, 223. Die von Kisch (vgl. zu 1) vertretene Ansicht, daß der Versicherungsnehmer, der Unterversicherung genommen hatte, bei einem Brandfalle gegen den Brandstifter auch nur die Hälfte des Schadens einfordern könnte, weil anzunehmen wäre, er selber habe sich leicht fahrlässigerweise an der Herbeiführung des Schadens beteiligt, geht fehl. Der von Kisch angeführte Grund, wer nur die halbe Gefahr getragen habe und nur den halben Versicherungswert ersetze, habe kein Anrecht auf mehr als die Hälfte der Ersatzsumme, entbehrt einer durchschlagenden Kraft. Den Ausschlag gibt § 67 Satz 2: Der Versicherer

darf seinem Versicherungsnehmer nie vor dessen Befriedigung aus dem Ersatzanspruch in den Weg treten.

3. Kisch, ZVersWiss. 16, 349, verteidigt die von ihm entwickelte Lehre (vgl. zu 1) gegen Schneider (vgl. zu 2): Die Ansicht Schneiders, daß der Versicherer von dem Entschädigungsanspruche des Versicherungsnehmers überhaupt gar nichts erwerbe — der Versicherungsnehmer erhalte von dem Dritten und dem Versicherer die ganze Entschädigung —, ist mit § 67 Abs. 1 Satz 1 unvereinbar, der sich nur auf einen Tatbestand bezieht, bei welchem die Entschädigungsforderung des Versicherungsnehmers gegen den Dritten zum Teil auf den Versicherer übergegangen ist. Der Übergang findet auch dann statt, wenn Unterversicherung besteht und wenn der Versicherungsnehmer von dem Versicherer nicht für den vollen Schaden Deckung erlangt. Aus § 67 Abs. 1 Satz 2 ergibt sich nichts für die Frage, ob und in welchem Umfang ein solcher Übergang stattzufinden hat. Diese Frage ist nur aus § 67 Satz 1 zu beantworten. Schneider a. a. O. 353 hält dem entgegen: Wenn der Versicherer nur zu einem Teile den Anspruch erwerben soll und erwirbt, bleibt er zum anderen Teile bei dem Versicherungsnehmer selbst. Es wäre besser gewesen, wenn das Gesetz dieses ausdrücklich ausgesprochen hätte. Da, wo der Versicherungsnehmer noch den ganzen Ersatzanspruch für sich geltend machen darf, geht in der Tat trotz der Zahlung des Versicherers gar nichts davon auf diesen über.

4. Wallmann 16, II, 833, 849 schließt sich der Ansicht Kischs an. Der Rückgriffsanspruch geht auf den Versicherer nur in demselben Maße über, als er Versicherer ist. Ist er also zur Hälfte Versicherer, so geht der Anspruch auf ihn auch nur zur Hälfte über. Versicherer und ersatzpflichtiger Dritter schulden dem Geschädigten jeder die oder eine Hälfte des Wertes des fraglichen Gegenstandes, aber weder schuldet der eine die eine Hälfte und der andere die andere, noch schulden beide dieselbe Hälfte, also im Kreise des Wertganzen überschneiden sich die Schuldhälften. Die halbe Schuld des Versicherers deckt die halbe Schuld des Dritten wieder zur Hälfte, also Versicherer und Dritter haben nur hinsichtlich eines Viertels des Schadens etwas miteinander zu tun. Je ein Viertel schulden der Versicherer und der Dritte dem Geschädigten allein, und bezüglich des vierten Viertels geht der Geschädigte leer aus. Bei Unterversicherung liegt Selbstversicherung vor. Was also der Versicherungsnehmer nicht oder selbst versichert hat, bezüglich dessen behält er auch seinen Ersatzanspruch gegen den Dritten. Schneider verkennt das Verhältnis zwischen dem Ersatzanspruche des Versicherungsnehmers und dem Rückgriffsanspruche gegen den Dritten. Der Sachversicherer hat dem Versicherungsnehmer die Vermögenseinbuße zu ersetzen, die dieser durch Verlust oder Zerstörung einer versicherten Sache zu erleiden hätte. Liegt für den Schaden ein Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen einen Dritten vor, so vermindert sich die Vermögenseinbuße ohne weiteres um den Wert dieses Ersatzanspruchs, und auch der Entschädigungsanspruch gegen den Versicherer würde sich ohne weiteres um diesen Wert vermindern, wenn nicht der Versicherungsnehmer sich für den ganzen Schaden, soweit dafür Versicherung besteht, an den Versicherer halten, diesem aber den Ersatzanspruch gegen den Dritten überlassen muß. Die Entschädigungsansprüche aus der Versicherung und aus § 245 BGB. mögen an sich verschiedene Rechtsnaturen haben, hinsichtlich der grundsätzlichen Behandlung des Rückgriffs sind sie sich aber gleich, nur geht nach § 64 der Rückgriffsanspruch kraft Gesetzes ohne weiteres auf den Versicherer über, während nach dem BGB. der Geschädigte, der Ersatzansprüche gegen zwei Personen hat, derjenigen, die er anfaßt, seinen Anspruch gegen die andere abtreten muß. — Der zweite Satz des § 67 soll nur zur Anwendung kommen, wenn das Vermögen des ersatzpflichtigen Dritten nicht ausreicht, um die bei Unterversicherung etwa nebeneinander herlaufenden Ersatzansprüche des Versicherers und des Versicherungsnehmers voll zu befriedigen.

5. Werneburg, Das Regreßrecht des Versicherers gemäß § 67 VVG., AnnVers. 16, 141 ff. Der Übergang des Ersatzanspruchs auf den Versicherer vollzieht sich kraft Gesetzes, also cessio legis; der Übergang tritt erst nach Leistung der Versicherungssumme an den Versicherungsnehmer ein. Nach Leistung der Versicherungssumme kann die Ersatzforderung nicht mehr von den Gläubigern des Versicherungsnehmers durch Pfändung

in Beschlag genommen werden; auch der Versicherungsnehmer kann nicht über sie verfügen. Die Zession der Ersatzforderung seitens des Versicherungsnehmers auf eine andere Person (den Zessionar) ist nicht als „Aufgabe" i. S. des § 67 anzusehen, da Wortlaut und Sinn des § 67 entgegenstehen. Durch die Zession tritt nur ein Wechsel in der Person des Gläubigers ein, die Ersatzforderung selbst wird nicht aufgegeben. Die Unanwendbarkeit des § 67 kann dem Versicherer nicht zum Nachteile gereichen, da ja sonst der Versicherungsnehmer eine Bereicherung erfahren würde. In Betracht kommt § 255 BGB., da die Schadensersatzpflicht im Sinne dieser Bestimmung auch auf Grund eines Vertragsverhältnisses beruhen kann. Hatte also der Versicherungsnehmer vor Empfang der Versicherungssumme über die Ersatzforderung gegen den schädigenden Dritten durch Abtretung dieser Forderung an eine andere Person verfügt, so kann, da die Schadensersatzleistung auf Grund des § 255 BGB. nur Tag um Tag gegen Abtretung der Ersatzforderung zu erfolgen braucht, der Versicherer die Leistung der Versicherungssumme so lange verweigern, als der Versicherungsnehmer ihm diese Ersatzforderung nicht abtritt. Der Versicherer hat eine dilatorische Einrede erworben. Im Gegensatze zu § 67 tritt nach § 255 BGB. eine Befreiung des Versicherungsnehmers nicht ein, der Anspruch bleibt bestehen, er ist aber mit einer verzögerlichen Einrede behaftet. Ist die Verfügung über die Ersatzforderung nicht von dem Versicherungsnehmer, sondern von einer dritten Person (Pfandgläubiger) ausgegangen, so steht dem Versicherer auf Grund des § 279 BGB. (falls man annimmt, daß dem Versicherungsnehmer an der Beschlagnahme der Ersatzforderung ein Verschulden in der eingetretenen Unmöglichkeit seiner Leistungspflicht nicht zur Last fällt) oder des § 280 BGB. (falls man ein Verschulden annimmt) ein Schadensersatzanspruch zu, mit dem er die fällige Versicherungssumme aufrechnen kann.

II. Veräußerung der versicherten Sache.

§§ 69—73.

Schrifttum: Hahn-Saida, Das Kündigungsrecht des Erwerbers der versicherten Sache und die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der preußischen öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. 16, 81, DVersPresse 16, 133, 140, SaskVersZ. 16, 47. — Wallmann, Das Kündigungsrecht des Erwerbers eines bei der Sozietät versicherten Grundstücks, 16, 993. — Heine, Eintritt des Erwerbers in das Versicherungsverhältnis, Anzeigepflicht und Kündigungsrecht bei Veräußerung von Grundstücken, ZVersWes. 16, 307. — Josef, Anzeigepflicht und Kündigungsrecht der Beteiligten bei Veräußerung der versicherten Sache, MittöffFeuerversAnst. 16, 153. — Derselbe, Streitfragen zum deutschen Vertragsgesetz, ÖsterrZöffuprivVers. 16, 90. — Derselbe, Die Rechtsstellung des Versicherers bei hypothekarischer Belastung und Gefahrtragung bei Veräußerung der versicherten Sache, ZVersWiss. 16, 328. — Werneburg, Die hypothekarische Haftung der Brandversicherungssumme für Grundstücksinventar, ÖsterrRev. 16, 98. — Derselbe, Beginn der Kündigungsfrist des Erwerbers bei Veräußerung der versicherten Sache gemäß § 70 Abs. 2 VVG.

1. Hahn-Saida, MittöffFeuerversAnst. 16, 81, DVersPresse 16, 133 ff., 140 ff., SaskVersZ. 16, 47. Sowohl nach den AllgVersBdg. der Städtefeuersozietät der Provinz Brandenburg für unbewegliche Sachen als auch nach den Normativbedingungen steht dem Erwerber eines annahmepflichtigen Gebäudes kein Kündigungsrecht zu, weil es den von den Anstalten verfolgten Zwecken, insbesondere der Sicherung des Grundkredits, widerspricht und dieser Zweck mit den Bedingungen vornehmlich durch die ausdrückliche Einräumung des Kündigungsrechts nur für nichtannahmepflichtige Gebäude erreicht werden sollte und eine ausdrückliche abweichende Bestimmung der Bedingungen dieser Auslegung nicht entgegensteht.

2. Hiergegen wenden sich die Ausführungen bei Wallmann 16, 993. Das Kündigungsrecht des Erwerbers eines bei der Sozietät versicherten Grundstücks: Das preußische Gesetz nimmt den Sozietäten landesgesetzlich in einer Reihe von Punkten die ihnen zugestandene Vertragsfreiheit. Als Rechtsquelle kommen für die Versicherungsverhältnisse bei den Sozietäten nur das VVG. und das BGB. in Betracht. Verstößt die Bestimmung einer Sozietät gegen das VVG., ohne durch dessen § 192 gedeckt zu sein, so ist die Bestimmung

nichtig, auch wenn sie nach dem preuß. Sozietätsgesetz gestattet wäre. Eine Sozietätssatzung kann dem Erwerber des versicherten Grundstücks das Kündigungsrecht nicht entziehen. Die Sozietät kann durch Vereinbarung mit ihrem Versicherungsnehmer nicht einem Dritten ein Recht nehmen, das ihm reichsgesetzlich zusteht, auch wenn § 70 VVG. nicht zwingend wäre.

3. Heine, ZVersWes. 16, 307 ff. 1. Der Eintritt in das Versicherungsverhältnis ist bei Veräußerung unbeweglicher Sachen erst mit der auf Grund der Auflassung erfolgten Eintragung des Erwerbers kraft Gesetzes vollzogen. An Stelle des zwischen Auflassung und Eintragung verstorbenen Erwerbers sind seine Erben einzutragen. 2. Die dem Versicherer zur Ausübung des Kündigungsrechts nach § 70 Abs. 1 zustehende Monatsfrist läuft von der Mitteilung über die erfolgte „Auflassung" ab, wenn sich der Versicherer mit dieser Mitteilung begnügt und nicht Mitteilung von der erfolgten Eintragung verlangt hat. 3. Der Versicherungsnehmer muß dafür Sorge tragen, daß die bei ihm in seiner Abwesenheit abgegebene Mitteilung des Grundbuchamts über seine Eintragung ihm alsbald zur Kenntnis gelangt, damit er alsbald die Anzeige dem Versicherer erstatten kann. Läßt er es in dieser Beziehung an der nötigen Sorgfalt fehlen, so kann die Anzeige, wenn sie von dem Versicherungsnehmer erst nach der später erlangten Kenntnis seiner Eintragung gemacht wird, nicht als rechtzeitig bewirkt gelten. 4. Das Kündigungsrecht erlischt, wenn es nicht innerhalb eines Monats nach Erwerb ausgeübt wird. Behauptet der Erwerber erst später erlangte Kenntnis von der Versicherung, so ist er beweispflichtig.

4. Josef, Anzeigepflicht und Kündigungsrecht der Beteiligten bei Veräußerung der versicherten Sache, MittöffFeuerversAnst. 16, 153. Eine Veräußerung des versicherten Gebäudes im Sinne der §§ 69—72 VVG. liegt erst vor, wenn der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden ist. Machen aber die Beteiligten dem Versicherer Anzeige von der erfolgten Auflassung, so wollen sie, da sie mit der Auflassung alles getan haben, was ihnen zur Herbeiführung der Eigentumsänderung obliegt, diese Anzeige auffassen als Anzeige von der erfolgten Eigentumsübertragung. Dies muß sich der Versicherer sagen; will er seinerseits die Anzeige nicht als solche von der Veräußerung gelten lassen, so muß er nach dem den Versicherungsvertrag beherrschenden Grundsatze der Vertragstreue vom Anzeigenden eine neue, nach erfolgter Eigentumseintragung zu bewirkende Anzeige ausdrücklich verlangen. Tut der Versicherer dies nicht, so muß er die Anzeige in dem Sinne gelten lassen, wie der Erwerber sie aufgefaßt hat, also als Anzeige von der erfolgten Veräußerung. Folglich beginnt mit dieser vorzeitigen Anzeige schon die einmonatliche Kündigungsfrist des Versicherers aus § 70 Abs. 1, und es ist mit dieser vorzeitigen Anzeige die den Beteiligten aus § 71 Abs. 1 obliegende Anzeigepflicht erfüllt. Eine nach der Auflassung, aber vor erfolgter Eintragung von seiten des Erwerbers erfolgte Kündigung der Versicherung wird wirksam mit dem Zeitpunkte der Eigentumseintragung, so daß sie mit diesem Zeitpunkt als erfolgt gilt. Denn jene Kündigung ist eine Verfügung im Sinne des § 185 BGB. Eine Verpflichtung der Beteiligten, die Anzeige von der Veräußerung schon vor erfolgter Eigentumseintragung zu machen, besteht nicht; ebensowenig läuft die einmonatige Kündigungsfrist des Erwerbers vor erfolgter Eintragung. Beides beginnt erst mit der Eintragung, da die Versicherer eine frühere Betätigung nicht verlangen. Hatte der Erwerber von der Versicherung keine Kenntnis, so erlischt nach § 70 Abs. 2 das Kündigungsrecht, wenn der Erwerber es nicht binnen einem Monate seit erlangter Kenntnis ausübt. Danach hat der Versicherer, der die erfolgte Kündigung nicht als rechtzeitig anerkennt, das Erloschensein, also den Beendigungsgrund, folglich nachzuweisen, daß der Erwerber die Kenntnis von der Versicherung zu einem früheren Zeitpunkt erlangt hat. Der § 70 Abs. 2 schiebt die Zulässigkeit des Kündigungsrechts hinaus auf einen Monat von dem Zeitpunkt an, wo der Erwerber „von der Versicherung" Kenntnis erlangt, nicht aber von den einzelnen Maßgaben, unter denen die Kündigung zulässig ist, z. B. ob sie in schriftlicher Form geschehen muß.

5. Josef, Streitfragen zum deutschen Vertragsgesetz, ÖsterrZöffuprivVers. 16, 90. Die §§ 69 ff. VVG. setzen voraus, daß ein rechtswirksamer Eigentumsübergang stattgefunden hat; sie finden folglich, wenn der Versicherer nur irrigerweise das Vorliegen jenes Vorganges

angenommen hat, nicht Anwendung, auch dann nicht, wenn dieser Irrtum des Versicherers verursacht ist durch die Anzeige des Versicherungsnehmers (Eigentümers). Der § 409 BGB. kann hier nicht gegen den Versicherungsnehmer Anwendung finden; denn § 69 Abs. 3 VVG. schreibt die entsprechende Anwendung nur der §§ 406—408 vor. Eine analoge Anwendung des § 409 ist ausgeschlossen, weil der Versicherungsnehmer bis zum Eintritte des Versicherungsfalls keine Forderung an den Versicherer hat, sondern nur dessen Prämienschuldner ist, er auch dem Versicherer nicht die erfolgte Abtretung einer Forderung anzeigt, sondern nur die Tatsache des Eigentumswechsels; war ein solcher nicht rechtswirksam eingetreten, so schützt den Versicherer folglich sein guter Glaube an die Richtigkeit der ihm vom Versicherungsnehmer gemachten Anzeige nicht. Eine Vorschrift, wie sie § 576 zum Schutze des Mieters für diese Fälle gibt, ist zum Schutze des Versicherers nicht getroffen, und es sind die §§ 409, 576 als Sondervorschriften einer ausdehnenden Auslegung auf andere Rechtsverhältnisse nicht zugänglich. Ist jemand als Eigentümer des Grundstücks eingetragen, ohne daß es ihm vom Veräußerer übergeben ist, so steht ihm nichtsdestoweniger das Recht zu, die Versicherung gemäß § 70 Abs. 2 VVG. zu kündigen; der Versicherer kann hiergegen nicht aus dem Rechte des Veräußerers einen Einwand erheben. Erwirbt dagegen jemand ein Grundstück, das unter Zwangsverwaltung steht, so kann er während deren Dauer jenes Kündigungsrecht nicht ausüben, denn die Entschließung über Fortsetzung oder Aufhebung der Versicherung steht als eine die Erhaltung des Grundstücks betreffende Maßregel allein dem Verwalter zu, während sie dem Schuldner (Erwerber) ausdrücklich entzogen ist (§§ 152, 148 Abs. 2 ZVG.). Auch im Falle einer nach § 94 ZVG. angeordneten Verwaltung ist daher die Entschließung dem Erwerber (Ersteher) bis zur Aufhebung der Verwaltung entzogen; sie steht aber während dieser Zeit auch nicht dem Verwalter zu. Denn nach § 94 Abs. 2 finden auf die Rechtsstellung dieses Verwalters die Vorschriften über die Zwangsverwaltung nur entsprechende Anwendung, also nur mit den Abweichungen, die sich aus der Aufgabe des Verwalters ergeben. Diese besteht aber nur darin, für die kurze Zeit von der Zuschlagserteilung bis zur Zahlung des Meistgebots den Grundstücksbestand zu sichern. Danach kann beim gänzlichen Fehlen einer Versicherung der Verwalter wohl verpflichtet sein, für ihre Herbeiführung schleunigst zu sorgen; dagegen hat jene Aufgabe des Verwalters nichts zu tun mit der dem Ersteher nach § 70 Abs. 2 zustehenden Entschließung über Beibehaltung oder Aufhebung der bereits bestehenden Versicherung. Diese Entschließung verbleibt folglich dem Ersteher, der sie binnen eines Monats nach Aufhebung der Verwaltung zu treffen hat.

6. Josef, Die Rechtsstellung des Versicherers bei hypothekarischer Belastung und Gefahrtragung bei Veräußerung der versicherten Sache, ZVersWiss. 16, 328 ff. Ist der Versicherer nach den Versicherungsbedingungen nur verpflichtet, die Entschädigungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gebäudes zu zahlen, und ist zu der Zeit, wo der Schaden festgestellt ist, die Zwangsversteigerung des Gebäudes angeordnet, so kann der Versicherer die Entschädigungssumme nicht an das Vollstreckungsgericht zahlen, auch nicht an den Ersteher als solchen. Es kommen vielmehr in Betracht § 1130 BGB., § 97 VVG., die ergeben, daß der Versicherer den Hypothekengläubigern gegenüber durch die Zahlung der Versicherungssumme nur dann befreit ist, wenn der Wiederaufbau gesichert ist. Folglich kann der Versicherer die Zahlung an den leisten, der durch die Empfangnahme des Geldes den Wiederaufbau sichert; das kann auch nach Anordnung der Zwangsversteigerung sehr wohl der Eigentümer (Schuldner, Versicherungsnehmer) sein, ebenso aber auch nach durchgeführter Versteigerung im gleichen Falle der Ersteher. Hier zahlt der Versicherer auf Anweisung des Eigentümers oder des Erstehers das Geld an den Bauunternehmer. Der Versicherer kann aber auch selbsttätig den Wiederaufbau bewirken und hierzu die Versicherungssumme verwenden. — Das Anerkenntnis des Eigentümers über die Höhe des Schadens ist für die Hypothekengläubiger nicht verbindlich. Diese haben also gegen den Versicherer den Anspruch darauf, daß er den zum Wiederaufbau objektiv erforderlichen Betrag dem Eigentümer oder, wofern die Wiederaufbauklausel nicht getroffen ist, dem zuerst eingetragenen Hypothekengläubiger auf dessen fällige Forderung bezahle. Der Versicherer kann sich nicht darauf be-

rufen, daß ihm das Bestehen von Hypotheken unbekannt gewesen sei oder daß der Hypothekengläubiger die Frist des § 1128 Abs. 1 habe verstreichen lassen. Die Unterlassung des Widerspruchs hat nicht die Folge, daß eine offenbare Unrichtigkeit bei der Schadensfeststellung als von den Hypothekengläubigern genehmigt gilt. § 1128 bezieht sich nur auf die Versicherungssumme. — Die bloße Tatsache der Übergabe und Gefahrtragung beseitigt nicht den Anspruch des Verkäufers gegen den Versicherer und verleiht dem Käufer gegen den Versicherer keine Ansprüche. Aber in dem Besitzübertragungsvertrage liegt zugleich das stillschweigende Abkommen, daß wenn das verkaufte Haus abbrennt, bevor noch der Käufer als Eigentümer eingetragen wird, der Verkäufer die Brandsumme vom Versicherer erheben und sie dem Käufer abführen soll. Dieser Tatbestand stellt das versicherbare Interesse des Verkäufers dar. Es tritt also nach stillschweigender Abrede für die Zeit zwischen Übergabe und Eigentumseintragung im Verhältnisse des Käufers zum Verkäufer dieselbe Rechtslage ein, die für die Zeit nach dem Eigentumserwerbe kraft Gesetzes eintritt. Versicherungsnehmer ist der Veräußerer, solange er noch als Eigentümer eingetragen ist. Der Versicherer ist leistungspflichtig, wenn der Erwerber vor seiner Eigentumseintragung den Brand herbeiführt. Die Wiederaufbaukosten sind an denjenigen zu zahlen, der zur Zeit des Brandes Eigentümer war. Dieser kann den Anspruch nach § 97 abtreten an den Erwerber des Grundstücks ohne Unterschied, ob er es ihm vor oder nach dem Brande verkauft.

7. Werneburg, Die hypothekarische Haftung der Brandversicherungssumme für Grundstücksinventar, ÖsterrRev. 16, 98. Zu dem Erwerb im Sinne des § 69 ist das Hinzukommen der tatsächlichen Verfügungsgewalt nicht notwendig. Infolgedessen ist auch bei dem Besitzkonstitut gemäß § 930 BGB. die Anwendbarkeit des § 69 VVG. zu bejahen. Im übrigen würde, auch wenn die tatsächliche Verfügungsgewalt notwendig wäre, bei der Eigentumsübertragung mittels Besitzkonstituts der mittelbare Besitz auf den Erwerber übergehen.

8. Werneburg, Beginn der Kündigungsfrist des Erwerbers bei Veräußerung der versicherten Sache gemäß § 70 Abs. 2 VVG. Die einmonatige Kündigungsfrist beginnt auch im Falle der Vereinbarung der Schriftform für Kündigungen schon mit dem Zeitpunkte der Kenntnis des Erwerbers von der Versicherung als solcher, nicht erst mit dem Zeitpunkte der Kenntnis von dieser besonderen Vertragsklausel zu laufen.

Zweiter Titel. Feuerversicherung.

Vor §§ 81 ff.

Schrifttum: Brämer, Einzelne Abschnitte aus dem Gebiete der Brandstatistik: Die Feuerschäden im Bereiche der deutschen öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, WuRVers. 16, 207 ff. — Furlan, Die Beurteilung unabhängiger Gefahren in der Feuerversicherung, WuRVers. 16, 373. — Gerhard, Möglichkeit und Zweckmäßigkeit der Einführung von Couponpolicen in der Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. 16, 295. — Josef, Die Erstattungspflicht der Gemeinden und ihrer Beamten bei Feuerlöschschäden, ZVersWes. 16, 121. — Romberg, Die Brandschadenregulierung in Fabriken. 1916. — Schäfer, Förderung volkswirtschaftlicher Interessen auf Grund von Erfahrungen, die während des Krieges in bezug auf das subjektive Risiko der Feuerversicherung gemacht sind, MittöffFeuerversAnst. 16, 378. — Derselbe, Entwicklung und gegenwärtiger Zustand der Feuerversicherung in England, ÖsterrZöffuprivVers. 16, 1. — Derselbe, Vom Feuerversicherungswesen in Russisch-Polen, MittöffFeuerversAnst. 16, 41. — Uhlemann, Der räumliche Geltungsbereich der Feuerversicherung, WuRVers. 16, 1. — Werneburg, Feuerversicherungsrechtliche Erörterungen, AssekJahrb. 16, 65.

1. Gerhard, MittöffFeuerversAnst. 16, 295. Bei der Versicherung auf Grund der Couponpolice wird ein Antrag an den Versicherungslustigen gestellt, ob er die bereits unterzeichnete Police annehmen will oder nicht. Der Coupon muß alsdann an die Gesellschaft ausgehändigt werden. Hieraus ergibt sich die Unmöglichkeit für den Versicherer, sich vorher über die einzelnen Umstände der Versicherung zu unterrichten. Die Versicherung wird von der Gesellschaft gewöhnlich nur mit der Maßgabe angeboten, daß der Versicherungsnehmer die Prämie bei Empfangnahme des Versicherungsscheins entrichtet. Da der Vertrieb der Couponpolice nur durch Vermittlung der Agenten erfolgt, so ist immerhin möglich, zu prüfen,

in welchen Verhältnissen der Versicherungsnehmer lebt. Der Versicherungsnehmer bleibt zur Anzeige von Gefahrumständen verbunden. Bisher ist die Couponpolice nur bei der Versicherung gegen Einbruchdiebstahl und gegen gewisse Schäden durch Wasser verwendet worden. Gewöhnlich in beiden Fällen gegen vorherige Festsetzung von Höchstbeträgen (10 000 bzw. 30 000 M.). Gegen die Einführung der Couponpolice in der Feuerversicherung bestehen nicht so schwerwiegende Bedenken wie früher. Es ist vorsichtig, wenn sich die Gesellschaften ausbedingen lassen, daß sie innerhalb einer bestimmten Zeit nach Abschluß der Versicherung eine Nachprüfung der räumlichen und sonstigen Verhältnisse vornehmen und den Rücktritt erklären können, wenn sich hierbei ergibt, daß die etwaigen Gefahren nicht oder nicht richtig angegeben werden.

2. Josef, Die Erstattungspflicht der Gemeinden und ihrer Beamten bei Feuerlöschschäden, ZVersWes. 16, 121. Der Schutz gegen Feuersgefahr liegt zwar als Angelegenheit der Polizei dem Staate ob; er liegt daneben aber auch im Interesse der Gemeinde, so daß die Einrichtung einer städtischen Feuerwehr nicht außerhalb der Aufgaben der Gemeinde liegt. Eine solche Feuerwehr bleibt eine Gemeindeeinrichtung, auch wenn der Staat sie polizeilich überwacht. Folglich ist die Gemeinde ersatzpflichtig, wenn eine solche Feuerwehr durch verkehrte Anordnungen einen Schaden anrichtet, insbesondere den Brand vergrößert. Die Gemeinde ist es, die hier durch ihr Organ auf das Nachbargrundstück einwirkt, indem sie den Leiter der Feuerwehr zu ihrem verfassungsmäßigen Vertreter im Sinne der §§ 31, 89 BGB. berufen hat. Soweit eine Feuerwehr nicht als Einrichtung der Gemeinde besteht, stellt sie sich dar als nichtrechtsfähiger Verein, so daß sich die Schadensersatzforderung im gedachten Falle nach § 54 BGB. regelt, die Ersatzpflicht also den beim Brande tätig gewesenen Mitgliedern, und zwar der Natur der Sache nach gesamtschuldnerisch, obliegt. Aber auch in diesem Falle ist die Haftung der Gemeinde begründet, wenn der von der Feuerwehr verursachte Schaden zurückzuführen ist auf Mangelhaftigkeit der Löschgeräte; denn die Beschaffung und Unterhaltung dieser Geräte liegt in Preußen in allen Fällen der Gemeinde ob. Der dem Brandgeschädigten gegen die Gemeinde oder gegen einzelne Mitglieder der Freiwilligen Feuerwehr zustehende Anspruch geht nach Maßgabe des § 67 VVG. auf den Versicherer über. Dem durch Verschulden des Leiters der Gemeindefeuerwehr Geschädigten steht ein Anspruch gegen diesen, also gegen einen Gemeindebeamten nicht zu, da in Preußen an Stelle des Beamten die Ersatzpflicht der Gemeinde obliegt.

3. Schäfer, Förderung volkswirtschaftlicher Interessen auf Grund von Erfahrungen, die während des Krieges in bezug auf das subjektive Risiko der Feuerversicherung gemacht sind, MittöffFeuerversAnst. 16, 378. Den bedeutsamsten Einfluß auf das subjektive Risiko übt der Krieg aus. Während der Kriege findet eine starke Abnahme der Brände statt, wie auch der gegenwärtige Krieg beweist. Gegen die Herabminderung des subjektiven Risikos, sofern man den Krieg außer Betracht läßt, sind bereits eine Reihe von Vorkehrungen in den allgemeinen Versicherungsbedingungen getroffen, so z. B. die Grundsätze für die Bewertung des versicherten Risiko, die Wiederaufbauklausel, die Eichenholzklausel, die Auferlegung einer Selbstversicherung. Eine starke Zunahme der Brände ist zu befürchten, wenn nicht weitere Mittel und Wege gefunden werden, das subjektive Risiko zu mindern, vielleicht kommt hierfür auch die Konjunkturversicherung in Betracht.

4. Uhlemann, Der räumliche Geltungsbereich der Feuerversicherung, WuRVers. 16, 1 ff., behandelt die Notwendigkeit der Begrenzung des räumlichen Versicherungsschutzes, die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers über die Gefahrumstände der Versicherungsräumlichkeit, die vertraglichen Vereinbarungen des räumlichen Geltungsbereichs der Versicherung, den erweiterten Versicherungsbereich für häusliches Mobiliar bei Umzug infolge Wohnungswechsels oder bei vorübergehender Entfernung aus der Räumlichkeit, die Änderung des räumlichen Geltungsbereichs der Versicherung.

5. Werneburg, AssekJahrb. 16, 65, gibt eine monographieähnliche Darstellung des gesamten Feuerversicherungsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Einwirkung der hypothekarischen Haftung auf das Versicherungsverhältnis (§§ 99—105).

Die kleinere Sachversicherung.

I. Einbruchdiebstahlversicherung.

Schrifttum: Josef, Streitfragen aus dem Versicherungsvertragsgesetz, ZVersWiss. 16, 636. — Schäfer, Entwicklung und gegenwärtiger Zustand der Diebstahlversicherung in Deutschland und in England mit Hinblick auf die Lehren vom subjektiven Risiko und vom wirtschaftlichen Wirkungsgrade der Versicherung. Hannover 1916. — Schlesinger, Einbruch-, Veruntreuungs-, Kautions-, Manko-, Tout-Risque-Versicherung, ÖsterrZöffuprivVers. 16, 128 ff. — Petersen, Entscheidungen auf dem Gebiete des privaten Versicherungswesens, ZVersWiss. 16, 720.

1. Josef, ZVersWiss. 16, 636. Bei der Einbruchdiebstahlversicherung liegt dem Versicherungsnehmer die Verpflichtung zu sorgfältiger Aufbewahrung der Geldschrankschlüssel ob. Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann der Versicherer zwar nicht (wie die zur Prämienzahlung) klagbar erzwingen, sondern ihre Verletzung zieht nur die Leistungsfreiheit des Versicherers für den hierdurch ermöglichten Diebstahl nach sich; nichtsdestoweniger ist diese Verpflichtung zur Aufbewahrung eine Verbindlichkeit im Sinne des § 278 BGB.; der Versicherungsnehmer, der allgemein oder im Einzelfalle die Verwahrung einem Dritten überläßt (z. B. dem Prokuristen, Handlungsgehilfen, Familienmitgliedern), vertritt folglich deren Verschulden bei der Aufbewahrung wie sein eignes. Die Beteiligten sind sich bei Abschluß des Versicherungsvertrags darüber klar, daß die Aufbewahrung der Schlüssel bei Behinderung oder Abwesenheit des Versicherungsnehmers oder auch allgemein nach dessen Geschäftsbetrieb durch jene Dritten erfolgen werde, die sonach berufen sind, bei der Erfüllung der Aufbewahrungspflicht mitzuwirken, und der Versicherungsnehmer übernimmt stillschweigend die Gewähr dafür, daß die Aufbewahrung, gleichgültig, ob sie von ihm oder von Dritten bewirkt wird, stets sorgfältig erfolgen werde. Durch das Bestehen dieser dem Versicherungsnehmer gegenüber dem Versicherer obliegenden Pflicht unterscheidet sich diese Art der Versicherung gerade von anderen Versicherungen, bei denen der Versicherungsnehmer auch gegen das Verschulden seiner Angestellten und Hausgenossen geschützt sein will, ohne daß ihm eine Verbindlichkeit solcher oder ähnlicher Art obliegt. Durch die Vorschrift des § 61 VVG. und der AllgVersBdg., wonach der Versicherer leistungsfrei ist, wenn der Diebstahl durch — eigenes — Verschulden des Versicherungsnehmers herbeigeführt ist, wird die Anwendbarkeit des § 278 nicht ausgeschlossen, da jene Bestimmungen die Frage, unter welchen Umständen eigenes Verschulden vorliegt, gar nicht entscheiden wollen.

2. Schäfer, Entwicklung und gegenwärtiger Zustand der Diebstahlversicherung. Hannover 1916. Die Diebstahlversicherung verdankt ihre Einführung der Absicht, aus der Gewährung von Versicherungsschutz spekulativen Nutzen zu ziehen. Der privatwirtschaftliche Zweck liegt also in der Erzielung von Unternehmergewinn. Für den Versicherungsnehmer liegt der Beweisgrund zum Abschluß einer Diebstahlversicherung in dem Bestreben, das Vermögen in der Substanz sicherzustellen. Ihre sozialen Funktionen sind nicht so weitgehende wie beispielsweise bei der Feuerversicherung. Sie ermöglicht, risikolos selbst größere Beträge aufzuspeichern. Der Abschluß einer Diebstahlversicherung stärkt den Kredit, da ein Moment der Unsicherheit ausgemerzt wird, nämlich die Vermögenseinbuße durch Diebstahl. — Die ersten Anfänge der Diebstahlversicherung liegen in England, von wo aus sie nach Deutschland verpflanzt worden ist. Hier hat sich die Branche seit 1895 rasch eingebürgert. Sie wird zurzeit wohl von fast allen Feuerversicherungsanstalten betrieben. Daneben befaßt sich eine Reihe anderer Anstalten, meist Unfall- und Haftpflichtversicherungsanstalten, mit diesem Zweige. Eine Sonderanstalt besteht nicht. Seit 1900 ist der Einbruchdiebstahlversicherungsverband gegründet. — Man unterscheidet Vollwertversicherung, Bruchteilversicherung und Versicherung auf erstes Risiko. Um den Abschluß der Haushaltungsversicherung zu vereinfachen, sind Couponpolicen eingeführt. In neuerer Zeit wird auch Versicherung gegen Beraubung gewährt. Den subjektiven Gefahren gegenüber, die als Motive zum Diebstahl in Frage kommen, die sinkende Moralität der Bevölkerung und die sozialen Notstände, vermögen die Versicherungsgesellschaften kaum wirksame Maßnahmen gegenüberzustellen. Die Bekämpfung dieser Gefahren ist vornehmlich Sache des Staates und der Kommunen. Dagegen kann

von den Versicherungsgesellschaften das objektive Risiko gebessert werden. Die deutschen Versicherungsgesellschaften decken gewöhnlich nur die Einbruchdiebstahlversicherung, nur bei der Juwelenversicherung ist das einfache Diebstahlrisiko einbezogen. — Es folgen statistische Angaben insbesondere über 59 Einbruchdiebstahlbestände, über Zahl und Betrag der Einbruchdiebstahlversicherung, Betriebseinnahmen, Entwicklung der Prämieneinnahmen.

3. Petersen, Entscheidungen auf dem Gebiete des privaten Versicherungswesens, ZVersWiss. 16, 720. Sicherheitsvorschriften in der Einbruchdiebstahlversicherung als Obliegenheiten anerkannt. Vgl. auch Karlsruhe 17. 5. 12, VA. 12*, 119, Celle 21. 10. 13, VA. 14*, 58; aM. Köln 14. 2. 11, Wallmann 11, 1859. Als Regel kann aufgestellt werden, daß die Vereinbarungen lediglich als Obliegenheiten des Versicherungsnehmers angesehen werden, sofern nicht aus ihrem Wortlaute zweifelsfrei hervorgeht, daß es sich tatsächlich um eine echte Bedingung mit aufschiebender oder auflösender Wirkung für das Bestehen des Versicherungsvertrags handeln soll, wozu aber der Gebrauch des Wortes Bedingung oder bedingt für sich allein nicht ausreicht.

Einzelheiten:

a) Verschlossenes Behältnis. Mit der Auslegung dieses Begriffs beschäftigen sich die Urteile Düsseldorf 18. 2. 14, VA. 14*, 59, Frankfurt 4. 11. 10, Wallmann 11, 12, 18. Ein Zimmer, wenn auch besonders verschlossen, kann nicht als ein Behältnis angesehen werden wohl aber der verschlossene Wäscheschrank, aus dem der Dieb die Kassette genommen hat, und zwar nach Öffnung des Schrankes mittels des dem Kläger gehörigen Schlüssels, der sich im Schlafzimmer des Klägers in einer an der Wand hängenden Hose gefunden hatte.

b) Wann sind Schmucksachen im Gebrauche befindlich?

Die Bedeutung dieses Zusatzes wird verschieden aufgefaßt. Hamburg 6. 3. 11, VA. 11*, 80, und 21. 3. 14, VA. 14*, 60, nehmen einen fur den Versicherten sehr günstigen Standpunkt ein, indem sie die Entscheidung auf die Verkehrssitte abstellen, nach der auch Schmuckgegenstände im Gebrauche befindlich sind, wenn man sie vorübergehend einmal weggelegt hat. Der entgegengesetzte Standpunkt wird vom LG. I Berlin 11. 12. 12, Wallmann 13, 1223, LG. Hamburg 22. 10. 13, Wallmann 13/14, 997, KG. 1. 11. 10, Wallmann 11, 1832, eingenommen. In einem neueren Urteile vom KG. 25. 1. 16, VA. 16*, 33, wird hinsichtlich der gestohlenen Gegenstände eine bedeutsame Unterscheidung gemacht: die Berücksichtigung der Verkehrssitte darf nicht dahin führen, daß auch der Mißbrauch geschützt wird. Wer gewohnheitsmäßig wertvolle Schmucksachen bald trägt, bald unverschlossen zu Hause liegen läßt, während er seine Wohnung verläßt, handelt fahrlässig. Dies ist seine Sache, solange er es auf eigenes Risiko tut. Hat er sich aber im Versicherungsvertrag ausdrücklich zur Beobachtung besonderer Sorgfalt verpflichtet, so genügt die diligentia quam suis nicht.

c) Verschluß:

Eine nur angelehnte Geldschranktür ist nicht verschlossen (LG. Breslau 3. 12. 10, Wallmann 11, 234); anders KG. 4. 6. 10, VA. 11*, 81, nach dem nicht die Verpflichtung besteht, bei vorübergehender Abwesenheit in der Mittagspause den Verschluß anzubringen.

d) Aufbewahrung des Geldschrankschlüssels:

Naumburg 9. 7. 13, VA. 13*, 129. Es besteht ein Unterschied zwischen Einbruchdiebstahl im Sinne des Versicherungsbedingungen und im Sinne des Strafgesetzbuchs. Die erhöhte Sicherheit durch den Geldschrank, welche der Versicherer bei Abschluß des Vertrags voraussetzt und bei Bemessung der Prämie berücksichtigt, wird illusorisch, wenn der Geldschrankschlüssel infolge ungenügender Aufbewahrung jedem mit dieser Tatsache vertrauten Diebe ohne besondere Schwierigkeit zugänglich ist.

ZVersWiss. 16, 719. Alter des gegen Einbruchdiebstahl zu versichernden Geldschranks ist anzeigepflichtig. Entschuldbare Verletzung der Anzeigepflicht, wenn auf Rat des Agenten der Versicherungsnehmer sich selbst als Eigentümer bezeichnet, während er in Wirklichkeit nur Teilhaber ist.

Als Gefahrerhöhung ist in der Einbruchdiebstahlversicherung eine Abwesenheit des

Versicherten anzusehen, die länger als 11 Monate dauerte, ohne daß in dieser Zeit eine erwachsene Person in der Wohnung schlief.

e) Beweislast bei der Einbruchdiebstahlversicherung:

ZVersWiss. 16, 719. Die Frage, welche Anforderungen hinsichtlich des Beweises zu stellen sind, ist von besonderer Bedeutung; so sehr einerseits der Versicherer wegen der naheliegenden Gefahr erfundener Einbrüche bestimmte Beweise berechtigt ist zu verlangen, so schwer ist es andererseits für den Versicherten, einen strikten Beweis zu erbringen. Sache der Gerichte ist es, im einzelnen Falle die Frage nach Recht und Billigkeit zu entscheiden.

Die Schadensanzeige in der Einbruchdiebstahlversicherung muß genau den Bedingungen entsprechen, das heißt vor allem rechtzeitig und an die richtige Adresse gerichtet sein.

Als gleichbedeutend mit dem eigentlichen Einbruchdiebstahl gilt ein Diebstahl, der zur Nachtzeit in dem Gebäude, in welches sich der Täter in diebischer Absicht eingeschlichen oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, begangen wird. Die Gerichte verlangen einen ausreichenden Beweis für das Vorliegen der diebischen Absicht.

4. VA. 16, 108. Bei der Versicherung häuslichen Mobiliars gegen Einbruchdiebstahl ist der Versicherungsnehmer bei einer Wohnungsänderung nicht verpflichtet, Gebühren für einen nicht beantragten Nachtrag zu bezahlen. Vgl. auch VA. 14, 125.

5. VA. 16, 112. Beispiel für eine unabhängig vom Versicherungsnehmer eingetretene Gefahrerhöhung (vgl. bei § 27).

6. KG. 25. 1. 16, VA. 16*, 33. Die Ingebrauchnahme von Schmuckgegenständen wird nicht dadurch aufgehoben, daß der Versicherungsnehmer sie zeitweilig nicht bei sich trug, sondern in der Wohnung (in der offenen Nachttischschublade) zurückließ. Anders bei Schmuckgegenständen, die nur abwechselnd getragen zu werden pflegen; sie sind nicht dauernd im Gebrauche, müssen infolgedessen unter Verschluß gehalten werden.

7. OLG. 28. 1. 16, VA. 16*, 66. „Herbeiführung des Versicherungsfalls nach Schluß der Geschäftszeit" liegt auch dann vor, wenn der Diebstahl durch Handlungen vor Schluß der Geschäftszeit vorbereitet war.

8. **RG.** 4. 4. 16, JW. 16, 841, VA. 16*, 65. Bei fortgesetzter Entwendung von Waren durch einen Angestellten liegt nur ein Versicherungsfall vor. Hat der Versicherte nur einen Teil seines Schadens versichert, so muß bei jedem einzelnen Diebstahle festgestellt werden, ob die mehreren eingetretenen Schäden sich als die Folge einer einheitlichen Willensabsicht darstellen, denn über den Betrag der Teilversicherung hinaus haftet der Versicherer nicht.

9. **RG.** 31. 3. 16, VA. 16*, 67. Beschlagnahme eines Kraftfahrzeugs durch die Regierung eines feindlichen Staates ist keine Entwendung (Diebstahl).

10. **RG.** 26. 9. 16, DJZ. 16, 1167. Eine „Entwendung" ist bei einer durch die Feinde erfolgenden Requisition des Fahrzeugs nicht gegeben.

II. Glasversicherung. KG. 4. 1. 16 über Begriff der Versicherungsperiode. Vgl. bei § 9.

III. Kleeberg, Die Hausschwammversicherung, AssekJahrb. 16, 110.

IV. Kreditversicherung. München 29. 12. 15, VA. 16*, 34. Der Begriff der „untreuen Handlung" deckt sich nicht mit dem Begriffe der „Untreue" im Sinne des § 266 StGB.; er ist im Sinne des kaufmännischen Verkehrs, wie ihn insbesondere auch der das Verhältnis zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen regelnde § 72 Nr. 1 HGB. auffaßt, zu verstehen.

V. Kleeberg, Die Anfänge der Streikversicherung der Arbeitgeber in Deutschland, AssekJahrb. 16, 136.

§ 81.

Schrifttum: Heine, Zur Frage der Bagatellschäden, ÖsterrZöffuprivVers. 16, 276. — Josef, Versicherungsschutz außerhalb der Versicherungsräume sowie Zubehör und Bestandteil des versicherten Gebäudes, Wallmann 16, 276. — Seibt, Die Position im Versicherungsscheine, MittöffFeuerversAnst. 16, 45. — Werneburg, Bemerkungen zur Feuerversicherung von Maschinen, ZVersWiss. 16, 176.

1. Heine, Zur Frage der Bagatellschäden, ÖsterrZöffuprivVers. 16, 276. Aus der Begründung des VVG. geht über den Begriff des „Brandereignisses" nichts hervor; sie

betont nur eine negative Begriffsvoraussetzung: ein Brandereignis liegt versicherungsrechtlich nicht vor, wenn die Sache ihrer Bestimmung gemäß dem Feuer ausgesetzt war. Die richtige Auslegung des Begriffs „Brand", Brandereignis", „Brandschäden" — alle drei Begriffe sind miteinander übereinstimmend — hat von dem Zwecke des Feuerversicherungsvertrags, der volkswirtschaftlichen Bedeutung desselben und dem Grundsatze von Treu und Glauben seinen Ausgangspunkt zu nehmen. Eine reinliche Scheidung zwischen ersatzpflichtigen und nicht ersatzpflichtigen Schäden läßt sich durch Aufstellung des Begriffs „typische Gefährlichkeit" (Gierke) finden. Geringfügige durch Sengen u. dgl. verursachte Schäden sind nicht zu ersetzen. Das AfP. hat recht, daß ein außergewöhnliches Ereignis mit dem Worte „Brand" versicherungsrechtlich gemeint sei. Das Außergewöhnliche liegt aber nicht in der etwa im Einzelfalle zu erfordernden Gefahr unabsehbarer, vom einzelnen nicht beherrschbarer Folgen des Feuers. Damit würde der Höhe der Gefahr eine begrifflich nicht zu rechtfertigende Bedeutung gegeben. Wesentlich ist objektiv für den ersatzpflichtigen Brandschaden nur, daß es sich einerseits um ein Feuer handelt, das sich außerhalb eines ordnungsmäßigen Herdes befindet oder einen solchen überschreitet, und andererseits, daß das Feuer sich an dem ergriffenen Gegenstande selbständig fortzuentwickeln vermag. Das Moment der bestimmungswidrigen Feuerwirkung ist schon hinreichend zum Ausdrucke gebracht durch das Nichtvorhandensein eines ordnungsmäßigen Herdes oder dessen Überschreiten durch das Feuer. Eine bestimmungswidrige Feuerwirkung muß auch dann als gegeben anerkannt werden, wenn die Sache zunächst bestimmungsgemäß dem Feuer ausgesetzt wurde, letzteres aber hernach aus eigener Kraft ohne Hinzutreten neuen Zündstoffs sich an der Sache auszubreiten vermochte. Diesem „ausgebrochenen Feuer" war die Sache bestimmungswidrig ausgesetzt.

2. Josef, Wallmann 16, 276. Werden Bestandteile eines Gebäudes vorübergehend von ihm entfernt, so wird hierdurch ihre Bestandteilseigenschaft nicht aufgehoben; eine Veräußerung des Gebäudes erstreckt sich folglich auch auf die vorübergehend abgetrennten und vom Grundstück entfernten Bestandteile. Dagegen besteht in diesem letzteren Falle für die entfernten Bestandteile kein Versicherungsschutz; denn dieser wird nur gewährt für einen auf dem Grundstück eingetretenen Brandschaden, weil jede Überschreitung dieser räumlichen Grenzen mit Erhöhung der Gefahr für den Versicherer verbunden wäre. Danach ist der Versicherer leistungsfrei nicht bloß, wenn die vom Grundstück entfernte Sache von jeher eine bewegliche war, sondern auch wenn sie vorher einem Gebäude eingefügt war. — Hat eine bewegliche Sache durch Verbindung mit einem Gebäude ihre Selbständigkeit verloren, so daß sie fortan, solange die Verbindung dauert, nach der Verkehrsauffassung nicht mehr als bewegliche Sache, sondern nur als ein Teil des Gebäudes erscheint, so ist sie (unwesentlicher oder auch wesentlicher) Bestandteil des Gebäudes. Das trifft zu bei Kirchenglocken, Türen, Fenstern, vermauerten Öfen, ebenso aber auch für Heizungs- und Beleuchtungsanlagen; denn die zu diesen Anlagen verbrauchten beweglichen Sachen sind, nachdem aus ihnen im Gebäude die Heizungs- und Beleuchtungsanlage entstanden ist, nicht mehr für sich bestehende bewegliche Sachen, sondern sie sind ein Bestandteil geworden, ganz wie die Ziegel und Balken. Daher sind öffentliche Versicherungsanstalten verpflichtet, Ersatz für die oben bezeichneten Sachen auch dann zu leisten, wenn sie im Versicherungsscheine nicht besonders aufgeführt sind. Das Gegenteil gilt, wenn eine Sache so überaus lose und einfach am Boden oder an der Mauer befestigt ist, daß sie nach der Verkehrsanschauung ihre Selbständigkeit als bewegliche Sache trotz der Befestigung erhalten hat: solche Sachen sind dann nicht Gebäudeteile, sondern nach wie vor gewerbliche Einrichtungen, Werkvorrichtungen, also selbständige, für sich bestehende Sachen.

3. Seibt, MittöffFeuerversAnst. 16, 45, bespricht die Schwierigkeiten bei der Schadensregulierung, wenn keine ausreichenden Vereinbarungen über die Festsetzung einer Versicherungssumme als Position getroffen sind. Als Beispiel aus dem Gebiete der Feuerversicherung wird angeführt die Versicherung eines Wohngebäudes mit Anbau unter einer laufenden Nummer, aber mit getrennter Angabe der Versicherungssumme; der Wert des Wohngebäudes erreicht nicht die Versicherungssumme, derjenige des Anbaues übersteigt sie.

Hier kommt es darauf an, ob Wohngebäude und Anbau ein einheitliches Ganze bilden oder nicht. Im ersten Falle wäre eine Position, im zweiten Falle mehrere Positionen zu versichern.

4. Werneburg, ZVersWiss. 16, 176ff. Behält eine Maschine auch nach der Übergabe an den Käufer ihre rechtliche Selbständigkeit so ist der Käufer zur Versicherung verpflichtet und macht sich im Unterlassungsfalle haftpflichtig, wenn bei Übergabe der Maschine ausdrücklich eine diesbezügliche Vereinbarung getroffen worden ist. Ist keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, so ist die Frage ob der Käufer zur Versicherung verpflichtet ist oder nicht, nur von Fall zu Fall zu entscheiden. — Ist die Maschine wesentlicher Bestandteil des Gebäudes geworden, so hängt es ganz von dem Belieben des Käufers (Eigentümers) ab, ob er sie versichern will oder nicht. Wird sie versichert, so findet die Bestimmung des § 1128 BGB. auf die Maschine keine Anwendung. Der Versicherer kann also ohne Anzeige an den Hypothekengläubiger die Versicherungssumme bei Eintritt des Schadensfalls an den Versicherten zahlen, denn Gebäudebestandteile sind nicht Gebäude im Sinne des § 1128 BGB.

5. Hamburg 25. 2. 16, OLG. 32, 214. Nach dem Versicherungsschein ist versichert das Eigentümerinteresse, und zwar auch dann, wenn die Gegenstände nicht im Eigentume des Klägers stehen, sondern fremdes Eigentum sind; im letzteren Falle jedoch mit der Einschränkung, daß nicht auf Grund einer anderweitigen Versicherung Schadensersatz verlangt werden kann. Eine derartige Versicherung des fremden Eigentums gegen Feuerschäden, soweit es sich um fremde Schiffe handelt, die sich zur Ausbesserung auf einer Werft befinden, ist durchaus gewöhnlich.

6. **RG.** 21. 3. 16, JW. 16, 840. Sollen nach den AllgVersBdg. „betrügerische Angaben" jeden Ersatzanspruch ausschließen, so ist „betrügerisch" nicht im Sinne des StGB. auszulegen, sondern hierunter „jede wissentlich unwahre Angabe" zu verstehen; die Angaben brauchen auch nicht zwecks Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gemacht zu sein.

7. **RG.** 12. 5. 16, Wallmann 16, 356. Ist die Entstehung eines Brandes auf ein Verschulden bei der Ausführung der elektrischen Anlage zurückzuführen, so haftet die elektrische Anstalt dem Versicherten aus dem mit ihm geschlossenen Werkvertrage für den durch den Brand entstandenen Schaden.

8. **RG.** 13. 7. 16, Wallmann 16, 369. Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, alle Gefahrmomente sorgfältig anzugeben, andernfalls er den Versicherungsanspruch verwirkt. (Altes Recht.)

9. **RG.** 13. 7. 16, Wallmann 16, I, 49. Ist die Annahme begründet, daß bei einer Brandschadenklage die Warenbestandsaufnahme absichtlich falsch errichtet worden ist, so kann die Beibringung von Unterlagen, welche die Bedenken wegen der Richtigkeit solcher Annahme zerstreuen, gefordert werden.

10. VA. 16, 115. Voraussetzung für die Haftung des Versicherers bei der Versicherung gegen Brandschaden ist das Vorliegen eines Brandereignisses. Schäden, welche versicherte Sachen durch Feuer erleiden, dem sie ihrer Bestimmung gemäß ausgesetzt werden, werden nicht als durch ein Brandereignis verursacht angesehen.

§ 83.

1. **RG.** 29. 10. 15, Wallmann 16, II, 1265. Die Aufräumungskostenversicherung fällt unter die Vorschrift des § 83, da die Aufwendung dieser Kosten durch die Zerstörung oder Beschädigung der versicherten Sachen notwendig geworden ist.

2. **RG.** 29. 10. 15, VA. 16*, 24. Versicherung gegen die Aufräumungskosten ist stempelpflichtig nach Tarifnummer 12 A RStempG., da die Aufwendung dieser Kosten durch die Zerstörung oder Beschädigung der versicherten Sachen notwendig geworden ist.

§ 84.

Luttenberger, Luftfahrschadenversicherung im Frieden und im Kriege. Berlin 1916. Nach einer geschichtlichen Einleitung über die Entwicklung des Luftfahrwesens in Deutschland und der damit zusammenhängenden Versicherung der Luftschiffe und der durch die Luftfahrer und deren Flugzeuge verursachten Schäden kommt Verf. auf die Erörterung

des Problems während des Krieges in Deutschland und Österreich-Ungarn zu sprechen. Vom 1. Juli 1915 ab haben zwei angesehene deutsche Gesellschaften die Versicherung gegen Schäden durch Luftfahrzeuge übernommen. Die Gesellschaften ersetzen den Schaden, der an den versicherten Sachen dadurch entsteht, daß Explosionskörper oder sonstige Gegenstände aus einem Luftfahrzeuge herabgeworfen werden oder herabfallen, oder dadurch, daß das Luftfahrzeug selbst oder Teile oder Zubehör desselben herabstürzen, oder dadurch, daß das Fahrzeug eine freiwillige oder unfreiwillige Landung vornimmt. Die Prämien sind Mindestprämien, sie gelten nur für den Fall, daß keine besonderen gefahrerhöhenden Umstände vorliegen, als welche insbesondere gelten die Nachbarschaft von Objekten, die für Flieger einen besonderen Anreiz bieten. Ähnlich ist die Kriegsluftfahrschädenversicherung in Österreich-Ungarn geregelt. In den Schlußabschnitten wird die Durchführung der Versicherung in England behandelt und eine Statistik angefügt.

§ 88.

Blunck, Die Feststellung des Versicherungswerts bei Gebäuden im Schadenfalle, ÖsterrRev. 16, 33, 39.

§ 96.

VA. 16, 109. Eine Gesellschaft, die ihre Versicherten bei unvollständiger Kündigungsvorlage (Fehlen der Genehmigung seitens der Hypothekengläubiger) nicht rechtzeitig auf die Mängel aufmerksam macht, verstößt nicht nur gegen die guten Sitten, sondern gefährdet auch die Interessen der Versicherten. Vgl. auch VA. 16, 9.

§ 97.

1. Goetting, Hypothekengläubiger und Brandentschädigung zum Wiederaufbau, MittöffFeuerversAnst. 16, 20, verteidigt die a. a. O. 15, 19 u. 20 gemachten Vorschläge zur Ergänzung des § 97 VVG. gegen Angriffe von Schneider in Nr. 23, 24 a. a. O. (vgl. JDR. 14, 676 § 97).

2. Königsberg 8. 6. 15. Ein Anspruch gegen den Grundstückseigentümer auf Wiederherstellung gleicher oder ähnlicher Gebäude an Stelle der abgebrannten steht den Hypothekengläubigern nicht zu, ebensowenig ein Anspruch auf Zahlung oder Hinterlegung eines entsprechenden Teiles der Hypothek gegen Löschung eines gleichen Betrags der Hypothek.

3. Hamburg 21. 11. 15. Wenn infolge behördlicher Anordnungen dem Versicherten der Wiederaufbau des abgebrannten Gebäudes versagt wird, so ist auch der durch das Verbot begründete Schaden nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen für Feuerversicherung zu ersetzen.

§§ 99—107.

Schrifttum: Josef, Streitfragen zum deutschen Versicherungsvertragsgesetz, ÖsterrZöffu. privVers. 16, 90. — Oertmann, Der Eintritt des Realberechtigten in den Versicherungsvertrag, WuRVers. 16, 425. — Schneider, Wirken die wegen Arglist anfechtbaren Versicherungsverträge zugunsten der Hypothekengläubiger? ZVersWiss. 16, 732. — Werneburg, Versicherungsgesellschaft und Hypothekengläubiger, HoldheimsMSchr. 16, 117. — Derselbe, Feuerversicherungsrechtliche Erörterungen, AssekJahrb. 16, 65.

1. Josef, Streitfragen zum deutschen VVG., ÖsterrZöffuprivVers. 16, 90. Widerspricht ein Gläubiger auf die ihm vom Versicherer nach § 99 Abs. 1 VVG. gemachte Anzeige der Auszahlung der Entschädigung an den Versicherungsnehmer, so kann der Versicherungsnehmer von ihm die Einwilligung in die Auszahlung nur erzwingen, wofern er nachweist, daß die bestimmungsmäßige Verwendung gesichert ist. Denn dem Realgläubiger steht bis zum völligen Wiederaufbau ein Pfandrecht an der Forderung des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer zu, so daß dieser die Zahlung grundsätzlich nur an den Versicherungsnehmer und an die Realgläubiger gemeinschaftlich leisten kann (§§ 1127—1130, 1281—1290 BGB.). Die Realgläubiger brauchen nach § 1130 i. Vbdg. mit § 97 VVG. eine an den Versicherungsnehmer geleistete Zahlung nur dann gegen sich gelten lassen, wenn die Verwendung gesichert ist; daher muß der Versicherungsnehmer letzteres beweisen. Kann aber der Versicherungsnehmer diesen Nachweis führen, dann ist nach § 97 VVG. und nach § 17 Allg.

VersVdg. der Versicherer zur Auszahlung an den Versicherungsnehmer schlechthin verpflichtet, also ohne daß es der Zustimmung der Realgläubiger bedarf. Eine Klage gegen den Realgläubiger auf Einwilligung in die Auszahlung ist danach zwecklos. — Bietet der bloße Grund und Boden dem Gläubiger die genügende Sicherheit, so daß der hiernach verhältnismäßig geringfügige Wert des abgebrannten Gebäudes für die Sicherheit der Hypothek nicht in Betracht kommt, und verweigert der Gläubiger dennoch seine Zustimmung zur Auszahlung der Entschädigung, so stellt sich diese Weigerung als ein nach § 226 BGB. unzulässiger Rechtsmißbrauch dar. Ist der Versicherer nach den Versicherungsbedingungen nur verpflichtet, die Versicherungssumme zum Wiederaufbaue des versicherten Gebäudes zu zahlen, so kann der Hypothekengläubiger vermöge seines dinglichen Rechtes vom Versicherer nur verlangen, daß dieser das Geld dem Versicherungsnehmer zum Zwecke des Wiederaufbaues zahle, und auch dies nur, wenn diese bestimmungsgemäße Verwendung des Geldes als gesichert zu erachten ist (§ 1130 BGB., § 97 VVG.). Diese letztere Voraussetzung ist keinesfalls gegeben, wenn der Versicherungsnehmer den Wiederaufbau verweigert. Diese Weigerung stellt sich aber regelmäßig als eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Einwirkung des Eigentümers auf das Grundstück dar, rechtfertigt sonach gemäß § 1134 die Anordnung der Zwangsverwaltung, so daß der Zwangsverwalter an Stelle des Versicherungsnehmers (Eigentümers, Schuldners) das Geld zu verlangen berechtigt ist, auch der Wiederaufbau als gesichert anzusehen ist. Nach dem Zwecke dieser Verwaltung ist der Zwangsverwalter, dem im Zweifel größere Herstellungsarbeiten nicht obliegen, verpflichtet, den Wiederaufbau zu besorgen.

2. Oertmann, Der Eintritt der Realberechtigten in den Versicherungsvertrag, WuRVers. 16, 425. Die Erstreckung der Hypothek auf die Versicherungsforderung (§ 1127 BGB.) setzt das Vorhandensein der Versicherungsforderung voraus. Es gibt aber Fälle, für die auch dem sorgsamsten Gläubiger mit einem bloßen Pfande an der Versicherungsforderung keine genügende Sicherheit geboten wird: a) Wenn der Versicherungsvertrag durch den Versicherer mit Erfolg angefochten wird. Da auch bei der Anfechtung ein im Sinne der historischen Tatsächlichkeit vorhandenes Versicherungsverhältnis, auf dessen Rechtsbestand und Fortbestand der Hypothekar hat rechnen dürfen, beseitigt wird, so ist er schutzbedürftig wie bei Aufhebung des Vertrags durch Rücktritt. b) Eine weitere Gefahrmöglichkeit für den Realberechtigten ist die dem Versicherer und dem Versicherten offenstehende Kündigungsmöglichkeit. Der übliche Hypothekensicherungsschein hilft nicht in vollem Umfange; denn er wirkt dem etwaigen Neuerwerber des Grundstücks gegenüber keineswegs unbeschränkt schon wegen des gesetzlichen Kündigungsrechts aus § 70 Abs. 2, § 72 und ferner schützt er höchstens gegen eine Kündigung durch den Versicherten, aber nie gegen eine solche durch den Versicherer. Auch der Schutz durch die §§ 99—107 ist keineswegs ausreichend. c) Ein besonders wichtiger Fall ist der, daß der Versicherungsnehmer die Prämie nicht bezahlt und der Versicherer daraufhin zur Kündigung schreitet. § 100 findet alsdann keine Anwendung, weil der Hypothekar durch die §§ 103, 105 geschützt ist. Die Folgen eines Verstoßes gegen die §§ 103 und 105 sind verschieden; lehnt der Versicherer die angebotene Interventionszahlung ab, so kann es zu einer wirksamen Kündigung auf Grund unterbliebener Prämienzahlung nicht kommen; das ordnungsmäßige Zahlungsangebot schließt sie ebenso aus wie eine tatsächlich vollzogene Zahlung. Erfüllt der Versicherer nur die Mitteilungspflicht nicht, so kann das der Vornahme und Wirksamkeit einer Kündigung gegenüber dem Versicherungsnehmer nicht entgegenstehen, denn es ist dann weder gezahlt noch Zahlung angeboten. Auch dem Hypothekar gegenüber ist die Kündigung nicht ohne weiteres wirksam. Die Vorschrift des § 103 ist ein zugunsten der Hypothekengläubiger bestimmtes sogenanntes Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2, dessen schuldhafte Verletzung ohne weiteres ersatzpflichtig macht. Die Ersatzpflicht führt praktisch zum gleichen Ergebnisse, wie wenn die Versicherung dem Hypothekar gegenüber bestehen geblieben wäre. Es handelt sich dabei um einen Anspruch aus unerlaubter Handlung, nicht aus dem Versicherungsvertrage, was besonders wegen der Verjährung von Wichtigkeit ist, die sich nach § 852 BGB. richtet. Wenn der Versicherer

zwar die Mitteilung von der Fristsetzung unterlassen, dem Hypothekengläubiger aber hernach die vollzogene Kündigung mitgeteilt hat und dieser nur den Abschluß eines anderen Vertrags unterläßt, so wird sich der Versicherer wohl in den allermeisten Fällen dem Gläubiger gegenüber nicht zwecks Abwendung seiner Ersatzpflicht gemäß § 254 BGB. auf die unterlassene Neuversicherung berufen können. Gewinnt der Hypothekengläubiger Ersatzansprüche auf Grund einer Prämienzahlung nach § 105 gegen den Versicherungsnehmer? Man wird einen Ersatzanspruch unter dem Gesichtspunkte der auftraglosen Geschäftsführung annehmen. d) Die Interessen des Hypothekengläubigers können gefährdet werden, obwohl das Versicherungsverhältnis nicht geradezu sein Ende erreicht hat. Hier hilft § 101 VVG. — Nach dieser Übersicht wird dann die eigentliche Frage behandelt, wie die Rechtsstellung des Hypothekengläubigers zum Versicherer beschaffen sei, wenn das Versicherungsverhältnis des Schuldners zum Versicherer oder doch seine Versicherungsforderung gegen diesen in Wegfall gekommen ist. 1. Die Rechtslage des Hypothekars nach Beendigung des ursprünglichen Versicherungsverhältnisses. In allen Rücktritts- und Kündigungsfällen muß der Hypothekar seinerseits für ein anderweitiges Versicherungsverhältnis sorgen, wenn er sich auf die Dauer vor den Gefahren eines Brandes oder ähnlicher Unglücksfälle sichern will. Es handelt sich hierbei keineswegs um ein wirkliches Fortbestehen oder Aufleben des alten Versicherungsverhältnisses, ebensowenig ist die Rechtslage so, daß der Hypothekar durch den Abschluß des Erneuerungsgeschäfts die Beendigung des alten Versicherungsverhältnisses nur relativ, sich gegenüber, hintanhielte oder in jenes eintrete, denn im Rahmen des alten Verhältnisses kann das eine Interesse nicht durch ein ganz andersartiges ersetzt, abgelöst werden und das würde hier der Fall sein. Die Gesellschaft erklärt sich bereit, mit dem Realberechtigten einen anderen Versicherungsvertrag auf sein Interesse zu schließen. Hiermit wird ein Annahmezwang begründet. Es entsteht ein neues Versicherungsverhältnis zwischen dem Realberechtigten und dem Versicherer mit neuen Bedingungen und einer neuer Prämie. Sachlich bleibt nur die dritte Möglichkeit: dem Hypothekengläubiger wird überlassen, nach erlangter Kenntnis von der vollzogenen Kündigung baldmöglichst für eine anderweitige Versicherung zu sorgen. Die Versicherungserneuerung durch den Realberechtigten enthält ausnahmslos den Tatbestand eines neuen Versicherungsvertrags, keineswegs die Wiederherstellung des alten. Er kann den Versicherungsnehmer zum Abschluß eines anderen Versicherungsvertrags bestimmen, was praktisch nicht oft gelingen wird, wenn er auch rechtlich hierzu verpflichtet wäre. Der Gläubiger wird daher lieber einen eigenen Versicherungsvertrag abschließen; das kann er durch Abschluß einer Totalversicherung, die zum Teil eine Versicherung auf fremde Rechnung wäre, oder durch Versicherung seines Sonderinteresses. Die Versicherung des Interesses des Hypothekars ist der Kreditversicherung nahe verwandt, aber nur in ihrer wirtschaftlichen Struktur. Die Hypothekenversicherung ist von einer Gesamtversicherung nicht in quanto, sondern nur in quali verschieden, der Hypothekar darf sich nur so versichern, daß er dem Versicherer das für ihn mit dem Versicherungsfalle verbundene Risiko aufbürdet. Auf diese Weise erhält der Hypothekar das, worauf er kraft seiner Forderung Anspruch und kraft seiner Hypothek eine dingliche Anwartschaft hatte: volle Befriedigung für den ihm geschuldeten Betrag, aber unter Aufgabe der ihm nur zwecks solcher Befriedigung zuständigen Gerechtsame. Der Versicherer muß den vollen Nennbetrag der Hypothek auszahlen, bekommt aber dafür die Anwartschaft auf Befriedigung aus der auf ihn übergehenden Forderung nebst Hypothek. Die Annahme, daß der Versicherer einen eigenen Anspruch gegen den Eigentümer aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung bekommt, wird zurückgewiesen. Der Versicherer hat das Recht, bei Leistung der Versicherungssumme vom Hypothekengläubiger die Abtretung seiner Ansprüche gegen den Schuldner zu verlangen. Bis zu solcher Abtretung kann er seine Leistung zurückbehalten. Die Abtretungspflicht ergibt sich aus Wesen und Zweck des Versicherungsvertrags. Bei teilweiser Versicherung des Interesses durch den Hypothekar geht die Hypothek auch nur zum entsprechenden Teile auf den Versicherer über. Das Rangverhältnis bestimmt sich nach § 102. 2. Die Rechtslage des Hypothekengläubigers bei Leistungsfreiheit des

Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer. Sowohl nach § 100 für die Zwischenzeit wie nach § 101 ohne Zeitgrenze ist ein Versicherungsverhältnis gegeben, das zugunsten des Hypothekars voll wirksam bleibt, während es gegenüber dem eigentlichen Versicherungsnehmer erloschen oder doch außerstande ist, für ihn noch eine Versicherungsforderung auszulösen. Die Annahme, daß hier ein gesetzlicher Übergang der Versicherungsforderung auf den Hypothekengläubiger vorliegt, wird abgelehnt und die Ansicht näher begründet, daß der Anspruch des Hypothekengläubigers auch in den Fällen des § 101 grundsätzlich der alte, ihm nur nach den Gesichtspunkten pfandartiger Belastung überlassene Anspruch des ursprünglichen Versicherungsnehmers ist. Durch das Ausscheiden des Versicherungsnehmers oder den Wegfall seiner Versicherungsforderung wird das Rechtsverhältnis zwischen Hypothekengläubiger und Versicherer in verschiedenen Beziehungen beeinflußt. — Die Wiederaufbauklausel ist bei den nach §§ 100, 101 erneuerten oder fortlaufenden Versicherungsverhältnissen unanwendbar. — Die Verhältnisse bei der Grundschuld liegen ähnlich.

3. Schneider, ZVersWiss. 16, 732, bekämpft die vom AfP. geäußerte Meinung (VA. 15, 121) aus folgenden Gründen: Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung hat die Beendigung des Versicherungsverhältnisses zur Folge. § 101 hält nur eine erst durch das Verhalten des Versicherungsnehmers, also nachträglich, für diesen unwirksam gewordene Entschädigungspflicht, und zwar ohne bestimmte Schutzfrist zugunsten des Hypothekengläubigers einstweilen aufrecht. Für den Anfechtungsfall müßte man also nach dem Vorbilde des Abs. 3 im § 100 außer jener Anzeigepflicht, will man sie dem § 100 Abs. 1 entnehmen, unbedingt noch die Aufrechterhaltung der Entschädigungspflicht bis zur Anzeige oder einen Monat darüber hinaus fordern. Dafür bietet aber das Gesetz weder im § 100 noch im § 101 den nötigen Anhalt. § 100 Abs. 1 genügt nicht, weil hier offenbar ein gültiges Versicherungsverhältnis vorausgesetzt wird, denn nur ein solches kann „beendet" werden. § 100 Abs. 3 genügt nicht, weil hier zwei Sonderfälle eigentlicher Nichtigkeit als Ausnahmen geregelt werden. Im § 101 sprechen die Worte „wegen des Verhaltens des Versicherungsnehmers von der Verpflichtung zur Leistung frei", wo also auch wie bei § 100 Abs. 3 eine für den Versicherungsnehmer unwirksame Entschädigungspflicht zugunsten des Hypothekengläubigers aufrechterhalten wird, sehr deutlich gegen die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den Fall des § 123 BGB.

4. Werneburg, Versicherungsgesellschaft und Hypothekengläubiger, HoldheimsMSchr. 16, 117. Ist die „Wiederherstellungsklausel" ausbedungen und verweigert der versicherte Grundstückseigentümer die Wiederherstellung des abgebrannten Gebäudes, so findet § 97 VVG. Anwendung: der Versicherer wird sich in Ungewißheit befinden, an wen er auszahlen soll; es liegen somit die Voraussetzungen der Hinterlegung gemäß § 372 BGB. vor. Welche Maßnahmen der Hypothekengläubiger gegen den Versicherungsnehmer ergreifen kann, richtet sich danach, ob die Voraussetzungen des § 1134 BGB. vorliegen. — Trotz der Veräußerung des Zubehörs oder Inventars an den Dritten mittels Besitzkonstituts tritt bezüglich der Haftung desselben und der Versicherungsforderung für die Hypotheken des Grundstücks keinerlei Änderung ein; es haftet nach wie vor für die Hypothek das Zubehör und ebenfalls die Versicherungsforderung, die aus der Versicherung desselben entspringt. Der Versicherer kann bei Eintritt des Versicherungsfalls die fällige Versicherungssumme unbedenklich trotz der Veräußerung der versicherten Mobilien an den Versicherungsnehmer zahlen, obwohl der Dritte Eigentümer derselben geworden ist, dies auch dem Hypothekengläubiger gegenüber, da §§ 1123 Abs. 2 Satz 1, 1124 Abs. 1, 3 zur Anwendung kommen. Bei realer Übergabe des versicherten Inventars oder Zubehörs an den Dritten zu Eigentum kommen § 1121 BGB., § 69 VVG. zur Anwendung. — Befriedigt der Versicherer gemäß §§ 100, 101 VVG. den Hypothekengläubiger, so geht nunmehr gemäß § 102 die Hypothek auf den Versicherer über. Dieser Hypothek liegt der Schadensersatzanspruch des Versicherers gegen den Versicherungsnehmer wegen dessen vertragswidrigen Verhaltens zugrunde, oder aber — falls ein derartiger Schadensersatzanspruch nicht angenommen werden kann —

fingiert man den Fortbestand der erloschenen Hypothekenforderung. Die Berichtigung des Grundbuchs auf den Versicherer ist notwendig.

5. Werneburg, Feuerversicherungsrechtliche Erörterungen, AssekJahrb. 16, 65. Vgl. vor §§ 81 ff. Nr. 5.

§ 100.

VA. 16, 9 bei § 8.

§ 101.

1. KG. 9. 11. 15, VA. 16*, 27. Die Rechte des Hypothekengläubigers auf die Brandentschädigung erlöschen, wenn die Hypothek bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks ausfällt und im Grundbuche gelöscht wird. Der Ersteher ist, insoweit die Brandentschädigungsforderung auf ihn übergeht, nicht als Rechtsnachfolger des Grundstückseigentümers anzusehen.

2. KG. 9. 11. 15, LeipzZ. 16, 568. Der Ersteher eines Grundstücks erwirbt mit dem Zuschlage den Anspruch des Vollstreckungsschuldners auf Brandentschädigung und ist durch § 101 VVG. gegen die dem Versicherer gegenüber dem Vollstreckungsschuldner zustehenden Verwirkungseinreden geschützt.

§ 104.

1. Bendix, Die Bedeutung des Krieges und der deutschen Kriegsnotgesetze für den Versicherungsvertrag, ZVersWiss. 16, 250. Vgl. bei § 10 Nr. 1.

2. Toop, Krieg und Kritik des Versicherungsvertragsrechts, ZVersWiss. 16, 470, vgl. unter Einfluß des Krieges auf das Versicherungswesen, oben S. 766.

Dritter Titel. Hagelversicherung.

§§ 108—115.

*Lübstorff, Die Schadensfeststellung, insbesondere die Obmannstaxe in der Hagelversicherung. Eine versicherungstechnische Studie (Leipzig 1916). Ein in seiner Lage besonders typischer Fall aus der Praxis der Hagelschadensregulierung, der bis zur höchsten Instanz die Gerichte beschäftigte und zu dem Lübstorff sich auf besonderes Ersuchen der beteiligten Versicherungsgesellschaft gutachtlich zu äußern hatte, gibt dem Verf. die Veranlassung, die Schadensfeststellung in der Hagelversicherung zum Gegenstand einer kritischen Betrachtung zu machen. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine nach billigem Ermessen zu treffende Bestimmung, wie hier der Obmannsspruch, im Sinne des § 319 Abs. 1 BGB. „offenbar unbillig" ist, hat formal-juristisch ihre Lösung, auch durch Entscheidung des RG., längst gefunden. Sobald es sich aber darum handelt — und dies gilt in besonderem Maße vom Versicherungswesen —, das Urteil darüber, ob ein Obmannsspruch im konkreten Falle „offenbar unbillig" ist oder nicht, in tatsächlichen und technischen Verhältnissen zu verankern, kurz überall dort, wo spezifisch versicherungstechnische Fragen zur Entscheidung stehen und versicherungstechnische Erwägungen von ausschlaggebender Bedeutung sein sollten, ist nicht zu verkennen, daß diesen in den richterlichen Erkenntnissen oft ein gar zu geringer Raum geschenkt wird. Geschieht das nun in einer so wichtigen Frage wie der nach der „offenbaren Unbilligkeit" der Obmannstaxe, dann muß, so meint der Verf., der Widerspruch gleichsam herausgefordert werden. — In der vorliegenden Studie wird zunächst allgemein dargelegt, welche Grundsätze sich in der Praxis der Hagelversicherung für die richtige Ermittlung der Hagelschäden herausgebildet haben und zur Aufrechterhaltung eines ordnungsmäßigen, mit den gesetzlichen Vorschriften und dem Geschäftsplan im Einklange stehenden Geschäftsbetriebs notwendig innegehalten werden müssen. Das Ergebnis faßt Verf. in der Formel zusammen: Je länger der durch Hagelschlag an den Feldfrüchten, insbesondere Halmfrüchten, verursachte Schaden beobachtet, je mehr also seine endgültige Abschätzung bis kurz vor die Ernte hinausgeschoben wird, desto mehr schwindet wohl für den Landwirt die Möglichkeit der äußeren Anschlagerkennung, desto mehr wächst aber für den Versicherungstechniker die Möglichkeit der richtigen Ermittlung der wahren Schadenshöhe, nämlich der durch den Hagelschlag verursachten Minderung des erwarteten Ertrags. — Daß dieser Grundsatz nicht

in einer das berechtigte Interesse des geschädigten Landwirts verletzenden Weise angewendet wird, dafür soll die Einrichtung des formellen unparteiischen Sachverständigenverfahrens, insbesondere die Obmannstaxe, die Gewähr bieten. — In einem zweiten Teile wird an Hand eines als typisch anzusprechenden Schadensfalls aus der Praxis gezeigt, mit welch verschiedenem Ergebnis, insbesondere in der Frage nach der „offenbaren Unbilligkeit" der Obmannstaxe, die Schadensfeststellung in der Hagelversicherung beurteilt werden kann, je nachdem, ob versicherungstechnische Erwägungen, wie im Beispielsfalle vom Richter geschehen, unterlassen oder ob als Maßstab gerade die als geschäftsüblich erkannten Grundsätze der Versicherungstechnik möglichst in aller Schärfe angelegt werden.

Vierter Titel. Viehversicherung.

§ 116.

MittöffFeuerversAnst. 16, 388. Wird Vieh zusammen mit anderen Gegenständen gegen Feuersgefahr versichert, so ist die Versicherung des Viehes steuerfrei im Sinne von Ziff. 7 TarifNr. 12 RStempG., vorausgesetzt, daß eine Trennung der Versicherungssumme nach dem Werte des Viehes und der anderen Gegenstände vorgenommen ist; fehlt es an dieser Trennung, so muß der Stempel von der ganzen Versicherungssumme berechnet werden.

§ 122.

KG. 19. 10. 15, VA. 16*, 55. Die Zuziehung nicht sachkundiger Personen bei Schwergeburt eines Tieres ist keine grobe Fahrlässigkeit, wenn die Zuziehung sachkundiger Personen nach den Umständen des Falles nicht möglich war.

Fünfter Titel. Transportversicherung.

§§ 129—148.

1. KG. 9. 2. 15, ZVersWiss. 16, 209. Eine Versicherungsgesellschaft ist nicht verpflichtet, die Klassifikation der angemeldeten Flußfahrzeuge zu prüfen. Es ist Sache des Versicherten, solche Fahrzeuge auszuwählen, die den Bestimmungen der Police entsprechen.

2. Hamburg 12. 3. 15, ZVersWiss. 16, 206. Ein Hafentransport fällt nur dann unter die Seeversicherung, wenn die ankommenden Güter vom Ladungskai zu Wasser an das Land gebracht werden. Werden die Güter vom Kai nicht an das Land, sondern an ein Flußschiff gebracht, um weiterbefördert zu werden, so fällt der Hafentransport nicht unter die Seeversicherung.

Sechster Titel. Haftpflichtversicherung.

§ 149.

Schrifttum: Herr, Rechtsnatur des Haftpflichtversicherungsanspruchs, ZVersWiss. 16, 611. — Josef, Der Umfang der Deckungspflicht bei der Haftpflichtversicherung aus Verträgen, ZVersWes. 16, 243. — Schloemer, Leistungspflicht des Haftpflichtversicherers bei beschränkter Haftung des Versicherungsnehmers, LeipzZ. 16, 655.

1. Herr, ZVersWiss. 16, 611. Der Grundgedanke der Haftpflichtversicherung weist auf den Befreiungsanspruch hin. Während bei den übrigen Schadensversicherungen ein Schaden am Objekt entsteht, bildet bei der Haftpflichtversicherung die Geltendmachung von berechtigten oder unberechtigten Ansprüchen den Schaden. Auch § 156 spricht nur für die Annahme eines Befreiungsanspruchs, denn nach ihm kann der Versicherungsnehmer wohl die Zahlung an den Dritten, nicht an sich selbst verlangen. Der Versicherungsnehmer handelt, wenn auch nicht im streng rechtlichen, so doch im wirtschaftlichen Sinne als negotiorum gestor, wenn er mit dem Geschädigten verhandelt und an ihn zahlt. Daß aber auch ein derartiges Verhandeln des Versicherungsnehmers mit dem Geschädigten den Zwecken des Vertrags nicht entspricht, zeigt sich darin, daß es die Versicherungsbedingungen stets verbieten. Als einziger Rest dieses Rechtes ist in der Praxis die Ausnahme des § 154 Abs. 2 übriggeblieben, die aber das Wesen des Anspruchs zu ändern nicht geeignet ist.

2. Josef, ZVersWes. 16, 243. Hat der Unternehmer eines Werkes Versicherung

genommen gegen die Haftpflicht, die ihn aus den in seinem Berufe geschlossenen Verträgen trifft, und muß er Mängel des Werkes, sei es vor, sei es nach dessen Abnahme durch den Besteller, beseitigen, so erhält er für die ihm hierdurch entstehenden Kosten keine Vergütung vom Besteller, erleidet also einen Schaden, da bei Bemessung der Vergütung die Kosten dieser Beseitigung nicht berücksichtigt sind. Er kann also hierfür vom Haftpflichtversicherer keinen Ersatz verlangen. Denn die Haftpflichtversicherung deckt nur diejenige Leistungspflicht des Versicherungsnehmers, die aus einem dem Dritten gegen ihn zustehenden Schadensersatzanspruche folgt. Danach ist der Versicherer niemals deckungspflichtig für Aufwendungen, die der Versicherungsnehmer zur Vertragserfüllung gemacht hat, folglich auch nicht für Aufwendungen, die der Unternehmer gemacht hat, um seiner durch § 633 Abs. 2 begründeten Verpflichtung zur Mängelbeseitigung zu genügen; denn diese letztere Verpflichtung steht dem Erfolge nach der Verpflichtung zur Vertragserfüllung gleich. Die Vorschrift des § 149 VVG. ist nicht zwingend; daher kann durch besondere Bedingung der Versicherer auch Deckung übernehmen für Leistungen, die der Versicherungsnehmer zur reinen Vertragserfüllung macht, also z. B. Haftpflicht übernehmen für Verpflichtungen aus Bürgschaftsverträgen oder für Aufwendungen, die der Unternehmer macht, um seine Verpflichtung zur Mängelbeseitigung zu erfüllen. Wer einem anderen gegenüber vertraglich übernommen hat, an dessen Stelle für die Verkehrssicherheit zu sorgen, haftet dem durch Vernachlässigung dieser Vertragspflicht Verletzten nach § 823 BGB., also kraft Gesetzes, auf Schadensersatz. Folglich ist ihm, wenn er Haftpflichtversicherung genommen hat, der Versicherer für vollen Schaden ersatzpflichtig, obwohl er die verletzte Obliegenheit durch Vertrag übernommen hat.

3. Schloemer, LeipzZ. 16, 655. Der Rechtsschutz- oder Schadloshaltungsanspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer ist ein Aktivposten seines Vermögens insofern, als er darauf gerichtet ist, dieses Vermögen in seinem Bestande zu erhalten. Der Haftpflichtversicherungsvertrag ist kein Vertrag zugunsten Dritter. Im Verhältnisse zu dem Versicherer ist der Dritte lediglich zum Empfange der Entschädigungssumme ermächtigt. Die Stellung des Dritten ist ganz ähnlich der des „solutionis causa adiectus" des römischen Rechtes. Der Schadloshaltungsanspruch des Versicherungsnehmers an den Versicherer, der „Befreiungsanspruch", kann seinem Inhalte nach nur auf das gehen, was der Versicherungsnehmer dem Dritten in Wirklichkeit zu leisten hat. Bei der Bestimmung des Umfanges der Leistungspflicht des Versicherers ist maßgebend der Umfang der Entschädigungspflicht des Versicherungsnehmers. Ist der Haftungsumfang von vornherein begrenzt, wie bei der beschränkten Haftung des Schiffseigners, so ist ohne weiteres klar, daß auch der Versicherer nicht über den Wert des Schiffes und der Ladung hinaus Ersatz zu leisten hat, aber auch bei der beschränkten Nachlaßhaftung wird der Versicherer den schadensersatzberechtigten Dritten nur in Höhe des Nachlaßwerts zu befriedigen haben. Aus dem zufälligen Umstande des Bestehens der Haftpflichtversicherung darf der Schadensersatzberechtigte keinen Vorteil ziehen, der ihm ohne die Versicherung nicht zukommen würde. Der Versicherer muß das Recht haben, die Erben zu veranlassen, die Erbschaft auszuschlagen und die Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Würde man die Beschränkungsmaßnahmen nicht für zulässig erachten, so würde die Haftpflichtversicherung ausschließlich dem unbegrenzten Befriedigungsbedürfnisse des Dritten dienen, sich also als Vertrag zugunsten dieses Dritten darstellen. Der Anspruch des Haftpflichtberechtigten erzeugt also nur insoweit eine Verpflichtung des Versicherers, als der Anspruch das Vermögen des Haftpflichtigen beschwert.

4. VA. 16, 168. Die Deckung von Zollstrafen durch die Haftpflichtversicherung ist unzulässig, da durch ihren Abschluß ein Anreiz zur Begehung von Zollvergehen gegeben werden würde. Wenn auch nach § 137 Abs. 1 Vereinszollgesetz eine Ordnungsstrafe ohne Rücksicht auf Verschulden verhängt werden kann, so ändert dieses doch nichts an dem Umstand, daß es sich um eine Geldstrafe, nicht aber um eine Haftpflichtverbindlichkeit handelt.

5. **RG.** 7. 11. 14, VA. 16*, 15. Die vertragliche Haftung des Versicherten fällt unter den Haftpflichtversicherungsvertrag, wenn die Entschädigung für die Haftung auf Grund „aller" gesetzlichen Vorschriften ausbedungen ist.

6. RG. 2. 7. 15, Wallmann 16, 290. Ein Wirtschaftsgast, der statt des Herrenorts den Damenort besucht und dabei stürzt, kann keine Haftpflichtansprüche geltend machen, denn er hatte am Damenorte nichts zu tun.

§ 151.

1. Josef, Streitfragen zum deutschen Versicherungsvertragsgesetz, ÖsterrZöffuprivVers. 16, 117. Wenn jemand, der zum Betrieb eines geschäftlichen Unternehmens, so besonders einer Gastwirtschaft, Räume oder ein Grundstück gepachtet hat, Haftpflichtversicherung genommen hat, und wenn nach Beendigung der Pacht der Eigentümer die Pachtsache einem anderen zum Betriebe des gleichen Gewerbes weiter verpachtet, so geht die vom ersten Pächter genommene Versicherung nicht auf den zweiten Pächter über. Denn derjenige geschäftliche Betrieb (Unternehmen), den der erste Pächter ausübte, besteht gar nicht mehr; dies Unternehmen wird folglich auch gar nicht vom neuen Pächter übernommen. Vielmehr betreibt der neue Pächter ein selbständig von ihm begründetes Geschäft, zwar gleicher Art und in denselben Räumen, aber ohne jeden auch nur tatsächlichen Zusammenhang mit dem Unternehmen desjenigen, der die Haftpflichtversicherung genommen hatte. Es liegt also nur der zufällige Umstand vor, daß in den Räumen, in denen jetzt der neue Pächter das Unternehmen betreibt, früher einmal jemand ein gleiches Gewerbe betrieben hatte. Hiermit ist aber der Tatbestand des § 151 Abs. 2 nicht erfüllt. — Übernimmt indes der neue Pächter des Eigentümers von dessen abziehendem Pächter das gewerbliche Zubehör, tritt er auch in dessen sonstige geschäftliche Beziehungen durch Vereinbarung mit dem abziehenden Pächter (so in Dienst- und Lieferungsverträge), so ist der neue Pächter des Eigentümers zugleich Unternehmenserwerber gegenüber dem Versicherungsnehmer, folglich der Tatbestand des § 151 Abs. 2 gegeben. Hat jemand in seiner Eigenschaft als Hausbesitzer Haftpflichtversicherung genommen und veräußert er das Haus, so findet § 151 Abs. 2 nicht Anwendung. Denn die Verwaltung des eigenen Vermögens ist nicht ein geschäftlicher Betrieb, ein Unternehmen, und nur eine solche Vermögensverwaltung liegt vor, wenn jemand seine Kapitalien zinsbar anlegt oder sein Haus vermietet. Dagegen kann, wenn er das Haus zugleich mit Möbeln (ganz besonders in einzelnen Zimmern) und mit Beköstigung und Bedienung vermietet, der Tatbestand des Gastwirtsgewerbes und hiermit, wenn er das Haus verkauft, die Angendbarkeit des § 151 Abs. 2 gegeben sein. Wird Versicherung für Haftpflicht aus einem wewerblichen Betriebe genommen, so kann vereinbart werden, daß, wenn das Unternehmen auf einen Dritten übergeht, der gesetzliche Übergang der Versicherung auf den Dritten ausgeschlossen sein soll. Um so mehr ist also zulässig eine Vereinbarung, daß die Versicherung zwar auf den Erwerber übergehen, jedoch das diesem nach § 70 Abs. 2 mit § 151 Abs. 2 Satz 2 zustehende Kündigungsrecht ausgeschlossen sein soll. Eine solche Vereinbarung zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer legt dem Erwerber nicht Pflichten auf, sondern sie enthält nur eine Beschränkung des auf den Erwerber übergegangen Rechtes, das jene beiden ihm ganz hätten entziehen können. Ist der Versicherungsvertrag noch unter der Geltung des früheren Rechtes geschlossen, während die Veräußerung des Grundstücks oder der Übergang des Unternehmens unter der Geltung des Versicherungsvertragsgesetzes stattfindet, so ist der § 151 Abs. 2 unanwendbar. Denn die Veräußerung der versicherten Sache oder des versicherten Unternehmens ist nicht ein dem Vertrage fremdes Ereignis, das (wie Verzug, Bürgschaft oder Erfüllung) von außen an das bestehende Schuldverhältnis herantritt, sondern es handelt sich hierbei um die im Vertrage selbst geregelte Frage nach dem Umfange der vom Versicherer übernommenen Gefahrtragung; inhalts des Vertrags soll diese wegfallen bei einem Wechsel des Eigentümers oder Inhabers, und eine solche Vertragsbestimmung wird durch das neue Recht nicht berührt.

2. KG. 30. 11. 15. Durch die Errichtung der offenen Handelsgesellschaft, deren Gesellschafter der Kläger und dessen Sohn sind, sind Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrage gemäß § 151 Abs. 2 vom Kläger auf die Gesellschaft übergegangen. Da zur Zeit des Unfalls, aus dem Haftpflichtansprüche erhoben werden, ausschließlich die Gesellschaft versichert war, so fehlt dem Kläger die Sachlegitimation, denn er kann Forderungen

der Gesellschaft nicht im eigenen Namen geltend machen. Ebensowenig kann er im Rechtsstreite die Gesellschaft als neuen Berechtigten einführen.

3. **RG.** 9. 5. 16, LeipzZ. 16, 1312. Wenn auch die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist, so hat sie doch selbständige Rechte und Pflichten. Der einzelne Gesellschafter ist nicht befugt, die Rechte der Gesellschaft im eigenen Namen nach außen hin auszuüben. Zu diesen Rechten gehören gemäß § 151 auch die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage.

4. LG. Göttingen 2. 3. 15, VA. 16, 88. Von einem Übergange des versicherten Unternehmens kann man dann nicht sprechen, wenn es sich um einen mehrfachen Übergang handelt, bei dem sich die einzelnen Bestandteile des Betriebs vollkommen ändern.

§ 152.

Schrifttum: Josef, Streitfragen aus dem Versicherungsvertragsgesetze, ZVersWiss. 16, 636. — MasiusRdsch. 16, 85, 123, Beiträge zum Haftpflichtversicherungsrechte.

1. Josef, ZVersWiss. 16, 636. Vorsätzlich oder gewollt sind nicht nur die körperlichen Bewegungen des Handelnden und die durch diese unmittelbar herbeigeführte Veränderung der Außenwelt, sondern auch der dem Handelnden an sich gleichgültige, jedoch als notwendig erkannte subjektiv gewisse Erfolg: es liegt hier ein bedingtes Wollen in dem Sinne vor, daß der Handelnde einen bestimmten Erfolg neben dem direkt von ihm erstrebten nur eventuell will. Wo nun ein wirkliches Wissen des Handelnden um den Erfolg der Handlung vorliegt, jener also weiß, daß ein Erfolg gewisser Art eintreten werde, da erscheint dieser Erfolg als unmittelbar gewollt. Wo dagegen nur das Bewußtsein der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit vom Eintritt eines Erfolges gewisser Art vorliegt, da kann das bloße Für-möglich- oder Für-wahrscheinlich-Halten neben der Fahrlässigkeit nicht in Betracht kommen. In Fällen dieser Art hat folglich der Haftpflichtversicherte die ihn haftbar machende Tatsache nicht vorsätzlich im Sinne des § 152 VVG. herbeigeführt, und sein Anspruch aus der Versicherung ist begründet, auch wenn diese nur zu dem Zwecke genommen ist, um die durch die Herstellung von Schutzvorrichtungen erwachsenden Kosten zu ersparen.

2. MasiusRdsch. 16, 85ff. Der Vorsatz im Sinne des § 152 braucht sich nicht auf die Schadenszufügung selbst erstrecken.

3. MasiusRdsch. 16, 123. § 152 ist nicht zwingendes Recht; er kann also durch Parteivereinbarung abgeändert und von dem Versicherer der Ersatz auch dann übernommen werden, wenn das Schadensereignis von dem Versicherungsnehmer vorsätzlich herbeigeführt ist. Ein derartiger Vertrag ist nicht nichtig im Hinblick auf § 276 Abs. 2 BGB., denn wenn auch ein Versicherer erklärt, er trete auch im Falle des Vorsatzes für den Versicherungsnehmer ein, so ist das etwas anderes als die Bestimmung, daß dem Schuldner, hier dem Versicherungsnehmer, von dem Gläubiger, dem Versicherer, die Haftung wegen Vorsatzes erlassen wird. Auf das Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer angewendet trifft § 276 Abs. 2 bloß den Fall, in dem der Versicherungsnehmer seine Pflichten aus dem Versicherungsvertrage gegenüber dem Versicherer vorsätzlich verletzt bzw. nicht erfüllt und der Versicherer im voraus erklären würde, in einem solchen Falle würde er über die etwaigen Rechtsfolgen hinwegsehen. In dem Verhältnisse zu dem Dritten, dem Geschädigten, könnte bloß der Dritte dem Versicherungsnehmer die Haftung erlassen, nicht der Versicherer, und zwar lediglich die Haftung aus der unerlaubten Schädigung des Dritten. — Bei unerlaubten Handlungen oder Unterlassungen (§ 823 BGB.) ist ein vorheriger Erlaß der Haftung wegen Vorsatz tatsächlich ausgeschlossen. — Dagegen wäre die Übernahme der Versicherung gegen Ansprüche aus vorsätzlich unerlaubten Handlungen meistenteils als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig. Aber es gibt auch Fälle, in denen an und für sich vorsätzlich schädliche Handlungen wegen ihres Endzwecks, wenn nicht durch das Sittengesetz geboten, so doch gerechtfertigt werden. Solche Handlungen „in guter Absicht" müssen sich aber in der Grenze des § 905 BGB. halten, um anerkannt werden zu können; außerdem müßte eine besondere Vereinbarung, an der es bisher in den Bedingungen fehlt, aufgenommen werden. Ohne die ausdrückliche Aufnahme

dieser Vereinbarung in die Versicherungsbedingungen können die Folgen der vorsätzlichen Handlungen in guter Absicht nicht auf die Schultern des Versicherers abgewälzt werden.

4. VA. 16, 103. Das Ausschneiden oder Nachschneiden von Steingalle ist zulässig, wenn den Schmieden nicht der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit vom Standpunkt ihres Gewerbebetriebs aus gemacht werden kann. Infolgedessen muß die Haftung des Versicherers für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden.

§ 153.

1. Pfund, LeipzZ. 16, 1358. In Bekämpfung von **RG.** 17. 3. 16, LeipzZ. 16, 1190, wird die Auffassung ausgesprochen, daß § 153 nur von der Pflicht zur Anzeige des Versicherungsfalls spricht; nur soweit das VVG. an die Unterlassung oder Verspätung dieser Anzeige dem Versicherungsnehmer nachteilige Folgen knüpft, muß die gesetzliche Mindestfrist und Berechnungsart gewahrt sein; bei anderen dem Versicherungsnehmer auferlegten Anzeigepflichten braucht diese Vorschrift nicht beachtet zu werden. Infolgedessen ist eine Bestimmung, die dem Versicherer ganz allgemein, d. h. ohne Rücksicht, ob der Versicherungsfall schon gegeben ist oder nicht, die Anzeige eines Strafverfahrens binnen angemessener Frist bei Verlust des Versicherungsanspruchs zur Pflicht macht, rechtswirksam. Die Wichtigkeit einer derartigen Bestimmung erhellt aus § 903 RVO.

2. Colmar 15. 10. 15, VA. 16*, 20. Schadensereignis und Versicherungsfall sind nicht identisch. Bei der Haftpflichtversicherung liegt der Versicherungsfall erst dann vor, wenn der Unfall, für den der Versicherte haftet, eingetreten ist und der Verletzte deshalb einen Entschädigungsanspruch gegenüber dem Versicherten geltend gemacht hat. Der Eintritt des Versicherungsfalls wird an eine bestimmte Tatsache geknüpft, nämlich an den Herantritt des Verletzten an den Versicherten mit Ersatzansprüchen. Der Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalls wäre schwankend, wenn er an den Beginn der Ereignisse gebunden wäre, auf Grund deren möglicherweise Ersatzansprüche gegen den Versicherten erhoben werden könnten.

3. **RG.** 17. 3. 16, LeipzZ. 16, 1190, VA. 16*, 47. § 153 enthält nur, wie aus der Begründung des Entwurfes hervorgeht, positiv rechtliche Vorschriften darüber, zu welchem Zeitpunkt und innerhalb welcher Frist der Versicherungsnehmer der ihm nach § 33 VVG. allgemein auferlegten Anzeigepflicht zu genügen hat. Auf die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers sich beziehende Vereinbarungen sind nicht schlechthin, sondern nur insofern dem Belieben der Beteiligten entzogen, als sie zum Nachteile des Versicherungsnehmers gereichen, und auch nur insoweit, als sie sich auf die Dauer oder die Berechnung der Anzeigefrist beziehen. Vereinbarungen anderer Art, insbesondere solche über die Form der Anzeige, über die mit der Anzeige zu erbringenden Nachweisungen u. dgl. sind zulässig und wirksam. Dagegen kann sich der Versicherer nicht auf eine Vereinbarung berufen, durch die der Beginn der Anzeigefrist auf einen anderen Zeitpunkt als den im § 153 Abs. 1 bestimmten zum Nachteile des Versicherungsnehmers festgesetzt wird, insbesondere also auf die Festsetzung eines früheren als des gesetzlich bestimmten Zeitpunkts, von dem die Anzeigefrist zu laufen beginnt, denn eine solche Vereinbarung betrifft die Berechnung der Frist und ihre Dauer. Der „gerichtlichen Verhandlung" über den Anspruch steht die bloße Vorladung zu einem Strafverfahren in der Regel nicht gleich, da das Strafverfahren nicht den Anspruch des Verletzten gegen den Versicherungsnehmer zum Gegenstande hat; nur dann ist das letztere der Fall, wenn im Strafverfahren zulässigerweise wegen des die Haftpflicht des Versicherungsnehmers begründenden Vorfalls vom Verletzten ein Anspruch auf Buße erhoben wird.

4. Colmar 17. 3. 16, WarnE. 16, 276. § 153 ist nicht dahin zu verstehen, daß der Eintritt des Versicherungsfalls neben dem Eintritte des Unfallereignisses die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs des Verletzten gegenüber dem Versicherten zur Voraussetzung hat. § 153 trifft keine Bestimmung über den Begriff und die Voraussetzungen des Eintritts des Versicherungsfalls, sondern enthält nur positivrechtliche Vorschriften darüber, zu welchem Zeitpunkt und innerhalb welcher Frist der Versicherungsnehmer der ihm nach § 33 VVG.

allgemein auferlegten Anzeigepflicht in dem besonderen Falle der Haftpflichtversicherung zu genügen hat. Der im § 153 näher geregelten Pflicht zur Anzeige des Versicherungsfalls wird genügt, wenn die Anzeige innerhalb einer Woche erfolgt, und diese Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Dritte seinen Anspruch gegenüber dem Versicherungsnehmer geltend macht; jedoch ist, wenn der Versicherungsnehmer zu einer gerichtlichen Verhandlung über den Anspruch geladen wird, die Anzeige unverzüglich nach Empfang der Ladung zu machen. Der Versicherer kann sich nicht auf eine Vereinbarung berufen, durch die der Beginn der Anzeigefrist auf einen anderen Zeitpunkt als den im § 153 Abs. 1 bestimmten zum Nachteile des Versicherungsnehmers festgesetzt wird, insbesondere also auf die Festsetzung eines früheren als den gesetzlich bestimmten Zeitpunkt, von dem die Anzeigefrist zu laufen beginnt, denn eine solche Vereinbarung betrifft die Berechnung der Frist und ihre Dauer.

§ 157.

1. **RG.** 18. 6. 15, VA. 16*, 82. Die Vorschrift des § 157 VVG. ist am 1. 1. 10 in Kraft getreten. Unter den Vorschriften, denen der Art. 4 EGVVG. rückwirkende Kraft verleiht, ist § 157 nicht mit aufgezählt. Wenn jedoch auch der Art. 4 der Anwendung anderer als der dort bezeichneten Vorschriften auf laufende Versicherungsverträge nicht im Wege stehen mag, so kann eine Rückwirkung jedenfalls nur solchen Rechtssätzen beigemessen werden, deren Inhalt oder Zweck den Schluß auf den Willen des Gesetzgebers zuläßt, ihnen sofortige ausschließliche Geltung zu verleihen. Dem Inhalte des § 157 ist ein ausreichender Grund für eine solche Ausschließlichkeit nicht zu entnehmen. Der Umstand, daß der geschädigte Dritte ein Absonderungsrecht im Konkurse des Versicherungsnehmers haben soll, spricht eher gegen als für die Rückwirkung. Für die Zeit vor dem Inkrafttreten des VVG. herrschte die Auffassung, daß im Konkurse des Versicherungsnehmers der Verwalter die Entschädigungssumme vom Versicherer für die Masse einziehen könnte. Die Zubilligung des Absonderungsrechts für bereits eröffnete Konkurse bedeutet einen Eingriff in die durch die Konkurseröffnung begründeten Ansprüche der Konkursgläubiger auf gemeinsame Befriedigung aus der Masse. § 157 hat nach alledem auf einen beim Inkrafttreten des Gesetzes schon eröffneten Konkurs keine Geltung.

2. **RG.** 18. 2. 16, VA. 16*, 49. Der Verletzte darf abgesonderte Befriedigung aus der Haftpflichtversicherung verlangen; die Höhe des Wertes der Masse kann aber nicht der Maßstab für die Höhe des Ersatzes an den Verletzten sein. Der Haftpflichtversicherer ist zur Leistung verpflichtet, wenn die Erben des Versicherten nur „nach Kräften des Nachlasses" haften.

Dritter Abschnitt. Lebensversicherung.

§§ 159 ff.

Schrifttum: Brinkmann, Die Teilhaberversicherung, ZVersWiss. 16, 442. — Broecker, Internationalität der Lebensversicherung, AssekJahrb. 1916 II, 3. — Feilchenfeld, Die Ablehnung in der Lebensversicherung, Bl. f. Vertrauensärzte d. Lebensvers. 16, 1. — Kahlo, Vergleichende Zusammenstellung der Versicherungsbedingungen und Prämiensätze der im Deutschen Reiche arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften 1916. — Königsberger, Zukunftsaufgaben der privaten Lebensversicherungsgesellschaften, Wallmann 16, 1. — Manes, Die Ausdehnung der Lebensversicherung auf Abgelehnte, WZdZentralmächte 16 Nr. 43. — Kimmel, Die neue deutsche Versicherung der Abgelehnten, ZVersWiss. 16, 507 ff. — Taubert, Die technischen Erfordernisse der Selbständigen-Versicherung, ZVersWiss. 16, 1. — Toop, Krieg und Kritik des Versicherungsvertragsrechts. ZVersWiss. 16, 470 ff — Rahts, Die neuen deutschen Sterbetafeln, ZVersWiss. 16, 663. — Nordenmark, Die neue Sterblichkeitsuntersuchung der schwedischen Lebensversicherungsgesellschaften, ZVersWiss. 16, 679. — VA. 16, 164 über den Betrieb der Kriegspatenversicherung. — Wallmann, 16, 328, 343, Abdruck der neuen Kriegsversicherungsbedingungen für die Lebensversicherung.

1. Brinkmann, Teilhaberversicherung, ZVersWiss. 16, 442. Das Neue der Teilhaberversicherung besteht darin, daß die mehreren Inhaber ihre Leben in einer Police gemeinsam zugunsten der Firma versichern. Begünstigter ist die Firma. Die beim Ableben eines Teilhabers fällige Versicherungssumme setzt die Firma in die Lage, die Erben ab-

zufinden, ohne ihr Geschäftskapital zu wirtschaftlich ungünstiger Zeit um das Einlagekapital des verstorbenen Teilhabers schwächen zu müssen. Die Teilhaberversicherungspolice ist zur Kreditbeschaffung zu verwerten. Die Teilhaberversicherung kommt nicht nur für kaufmännische Gesellschaften aller Art, sondern auch für Gesellschaften und Gemeinschaften des bürgerlichen Rechtes in Betracht. Die Teilhaberversicherungsprämien können von der Einkommensteuer abgezogen werden.

2. *Broecker, Internationalität der Lebensversicherung, AssekJahrb. 16, II, 3. So manche Beziehungen, welche das deutsche Wirtschaftsleben seit vielen Jahrzehnten mit dem Ausland anknüpfte, hat der gewaltige Krieg mit rauher Hand zerstört. Es wird jahrzehntelanger friedlicher gemeinsamer Arbeit aller Kulturvölker bedürfen, die vielen gerissenen Fäden nach und nach wieder anzuknüpfen. Von allen wichtigen Wirtschaftsgebieten hat nicht zuletzt das Versicherungswesen von jeher immerzu internationale Beziehungen gepflegt. Das hängt mit dem Grundgedanken der Versicherung, den Gefahrenausgleich auf eine möglichst breite Grundlage zu stellen, eng zusammen. Allerdings gilt das in viel höherem Maße für die sogenannte Sachversicherung (Transportversicherung, Feuerversicherung) als für die Lebensversicherung, welche eine nationale Beschränkung von den bedeutenden Versicherungszweigen am besten verträgt. Der Verf. stützt seine Betrachtungen über den Wert der Internationalität der Lebensversicherung auf die doppelte Bedeutung der Lebensversicherung als Gefahrenschutz und Sparbetätigung. Er kommt zu dem Ergebnisse, daß der Gefahrenschutz nur bei der Sachversicherung einer gewissen Internationalität bedarf, während die Sparbetätigung ihrem Wesen nach auf nationalem Boden wurzelt. Träger der Internationalität ist in allen Versicherungszweigen die Rückversicherung mit ihrem sich über die ganze Welt erstreckenden Netz von Verbindungen und Verträgen. Für diese internationale Rückversicherung muß sich auch nach dem Kriege allen unseren jetzigen Feinden zum Trotze voraussichtlich bald wieder ein starkes Bedürfnis geltend machen. Dagegen liegt es in der Natur der Sache, daß die Spartätigkeit des deutschen Volkes sich weit mehr als vor dem Kriege den größeren wirtschaftlichen Aufgaben des eigenen Vaterlandes zuwenden wird und muß. Kein Versicherungszweig hat eine so ausgebildete Technik wie die Lebensversicherung. Diese Technik, welche auch bei unseren jetzigen Feinden in fleißiger wissenschaftlicher Arbeit gefördert wurde, erfreut sich nicht zuletzt in unserem Vaterland einer hohen Blüte. Auf dem Gebiete der reinen und angewandten Wissenschaft, deren Grundlagen die Mathematik und die Statistik liefern, bestanden natürlich seit langem besonders innige Beziehungen zwischen den Forschern der Kulturvölker Europas und Amerikas, ja sogar Australiens und Asiens. Diese Beziehungen werden und müssen nach dem Kriege wieder aufleben; das ist die feste Überzeugung des Verf. Die reine Wissenschaft dient der Gerechtigkeit, indem sie die gewonnenen praktischen Erfahrungen beherrscht und erneut. Sie gilt überall und wird überall verstanden und anerkannt, wo Menschen denken lernten, und so dient sie auch der Versicherung!

3. Feilchenfeld, Die Ablehnung in der Lebensversicherung, Bl. f. Vertrauensärzte d. Lebensvers. 16, 1.

4. Königsberger, Zukunftsaufgaben der privaten Lebensversicherungsgesellschaften, Wallmann 16, 1. Neugestaltung der Kriegsversicherungsbedingungen, Versicherung anbrüchig gewordener Leben, Wiederaufbau der Organisation, enger Anschluß aneinander.

5. Manes, Die Ausdehnung der Lebensversicherung auf Abgelehnte, WZdZentralmächte 16 Nr. 43. Die Erkenntnis, daß die allgemeinen Gesundheitsverhältnisse nach dem Kriege durchgehend ungünstige sein werden, hat das Problem der Abgelehntenversicherung reifen lassen. In Österreich haben sich alle Lebensversicherungsgesellschaften zu einem Verbande vereinigt, der nach bestimmten Grundsätzen eine Verteilung des Risikos vornimmt. In Deutschland ist zu diesem Zwecke die „Hilfe" in Stuttgart gegründet worden, die entweder als Rückversicherer oder als direkter Versicherer in Betracht kommt.

6. Kimmel, ZVersWiss. 16, 507 ff. Das Problem der Versicherung nicht normaler Leben, die Abgelehntenversicherung, beschäftigt die Lebensversicherung schon seit langem. Seine Lösung durch die zum Geschäftsbetriebe zugelassene „Hilfe" ist neu. Die Schaffung

eines den Risikoausgleich ermöglichenden großen Versicherungsstocks wird dadurch gewährleistet, daß die Vertragsgesellschaft die Versicherung eines minderwertigen Lebens der „Hilfe" überweist. Durch Aufstellung von Einheitstarifen und -bedingungen wird die einheitliche Behandlung gleicher Risiken sichergestellt. Der zugrunde liegende Tarif enthält genügende Sicherheitsfaktoren gegen Sterblichkeitsverluste. Die Risiken sind nach dem Grade der Minderwertigkeit in Klassen eingeteilt; für jede Klasse ist eine besondere Sterbetafel aufgestellt und der Prämienberechnung zugrunde gelegt. Als einzige Tarifform ist die Todesfallversicherung auf Zeit (Risikoversicherung) mit Rückgewähr der eingezahlten Prämien bei Erleben des Ablauftermins eingeführt. Die Wartezeit für die Gewährung der vollen Versicherungsleistungen beträgt drei Jahre.

7. Toop, Krieg und Kritik des Versicherungvertragsrechts, ZVersWiss. 16, 470 ff., vgl. unter Einfluß des Krieges auf das Versicherungswesen, oben S. 766.

§§ 166—168.

Schrifttum: Busch, Kann der Gläubiger, der die Ansprüche seines Schuldners aus einer Lebensversicherung gepfändet hat, zur Erlangung der Rückkaufssumme das Versicherungsverhältnis kündigen? R. 16, 63.

1. Busch, R. 16, 63. Es gibt keine Rechtsbestimmung, die dem Pfandgläubiger die Befugnis verleiht, ein ganzes Schuldverhältnis behufs seiner Befriedigung zur Beendigung zu bringen, wenn ihm die Verwirklichung des gepfändeten Einzelanspruchs zurzeit ohne Auflösung nicht möglich ist. Eine Kündigung des ganzen Schuldverhältnisses wäre nur statthaft, wenn eine Zwangsvollstreckung in das Schuldverhältnis als Ganzes rechtswirksam erfolgen kann. Nirgends ist dem Pfandgläubiger einer noch nicht einmal zur Entstehung gelangten Forderung die Möglichkeit gegeben, die Entstehung der Forderung herbeizuführen, lediglich um sich aus der dann zur Entstehung gelangten Forderung zu befriedigen. Will man diese nirgends im Rechte gegründete Folgerung vermeiden, die begrifflich unmöglich ist, so bleibt nur übrig, das Kündigungsrecht als ein selbständiges, der Vollstreckung nach § 857 ZPO. fähiges Vermögensrecht anzusehen, das bei Pfändung aller Ansprüche des Versicherten aus einem Lebensversicherungsvertrag in der Pfändung inbegriffen ist. Hiergegen spricht, daß das Recht auf Kündigung eine reine Willensbefugnis ist und vermögensrechtlichen Inhalt erst durch die Folgen gewinnt, die im einzelnen Falle an seine Ausübung gebunden sind. Nur bei einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung (wie § 66 GenG.) kann dem Pfandgläubiger die Ausübung gestattet werden. — Die Zulässigkeit einer Kündigung der Lebensversicherung durch den Pfandgläubiger kann auch nicht daraus hergeleitet werden, daß das Recht aus der Police der Pfändung unterliegt, denn das Recht aus der Police ist nichts anderes als das Recht aus dem Lebensversicherungsvertrag überhaupt, da die Police nur die Bedeutung einer Beweisurkunde hat. Das Recht aus dem Lebensversicherungsvertrag ist kein Recht, das für sich besteht, sondern nur der Inbegriff aller aus dem Lebensversicherungsvertrage hervorgehenden oder möglichen Einzelansprüche und Rechte. Es ist auch kein Widerspruch, wenn der Konkursverwalter das Kündigungsrecht hat, es dagegen dem Pfandgläubiger versagt wird, denn der Pfandgläubiger hat nur einen Ausschnitt aus der Rechtsstellung des Schuldners, nicht aber die Herrschaft über das Schuldverhältnis selbst. Die Vollstreckung in ein Schuldverhältnis ist dem Gesetze ganz unbekannt. Nach allen diesen Gründen kann die Frage, ob das Kündigungsrecht ein höchstpersönliches Recht ist oder nicht, dahingestellt bleiben.

2. Wallmann 16, 457. Da die Kündigung das Recht auf Rückkauf nicht zur Entstehung bringt, sondern es zur Voraussetzung hat, wird das Kündigungsrecht seiner Eigenschaft als absolutes selbständiges Recht ohne Grund entkleidet, denn wenn auch die Forderung des Rückkaufswerts schon in dem Rechte, den Rückkaufsantrag zu stellen, schlummert, so ist doch seitens des dazu Berechtigten ohne entsprechende Antragstellung tatsächlich keine Forderung, auch keine bedingte, vorhanden. Der Grundsatz, den Rückkaufswert, welchen durch Kündigung der Versicherung existent werden zu lassen den Versicherungsnehmer niemand zwingen kann, als unpfändbar zu erklären, wird zweifellos mehr den Grundsätzen des bürgerlichen

Rechtes und vor allem auch dem Wesen der Versicherungsidee gerecht als jede andere Auslegung.

3. KG. 12. 10. 15. Die Bestimmung des Versicherungsnehmers, daß die Versicherungssumme an die „gesetzlichen Erben" ausgezahlt werden soll, wird dahin ausgelegt, daß die Berechtigten aus der Versicherung diejenigen Personen sein sollen, die beim Tode des Versicherungsnehmers nach den dann geltenden Gesetzen seine Erben sein würden, also nicht nur diejenigen Personen, die im Gegensatze zu den Testamentserben durch die gesetzliche Erbfolge zu Erben berufen werden.

4. Hamburg 1. 11. 15, VA. 16*, 8. Die nachträgliche Bezeichnung der Ehefrau als Bezugsberechtigte aus einer auf den Inhaber lautenden Lebensversicherungspolice ist auf Grund des § 32 Nr. 2 KO. anfechtbar. § 32 Nr. 2 KO. umfaßt auch rein einseitige Erklärungen des Gemeinschuldners; durch die Bezeichnung der Bezugsberechtigten werden tatsächlich die bis dahin dem Ehemanne zustehenden Rechte aus der Police auf die Ehefrau zu eigenem Rechte übertragen.

5. München 4. 3. 16, OLG. 32, 224. Ist dem Dritten der Anspruch aus der Lebensversicherung nicht rechtsverbindlich übertragen, so kann der Versicherte bis zur Fälligkeit der Forderung über sie anderweitig wirksam verfügen.

Vierter Abschnitt. Unfallversicherung.

§ 179.

1. Jena 31. 3. 15, VA. 16*, 11. Unfall durch Einatmen giftiger Gase infolge von Sprengschüssen im Bergwerksbetriebe.

2. **RG.** 19. 10. 15, VA. 16*, 42. Die „gänzliche Abfindung" mit einer bestimmten Summe wegen eines erlittenen Unfalls schließt nicht aus, daß die Gesellschaft zu einer weiteren Leistung verpflichtet wird, wenn der Versicherte einen neuen Unfall erleidet, der eine Verschlimmerung der durch den ersten Unfall erlittenen Krankheit herbeiführt.

3. **RG.** 21. 12. 15, VA. 16*, 10. Gesundheitsschädigung durch Knallgeräusch beim Telephonieren als Unfall anerkannt.

4. Celle 13. 1. 16, VA. 16*, 12. Unfall „im mobilen Militärdienste" liegt nicht vor, wenn der Unfall zwar nach der Mobilmachung, aber im Dienste bei einem nicht mobilen Truppenteil erlitten worden ist.

5. **RG.** 30. 3. 16. Automobilvorführungsfahrten sind nur solche Fahrten, bei denen einem bestimmten Kaufliebhaber ein Kraftwagen in geschäftsüblicher Weise vorgeführt wird, nicht aber auch Fahrten, die in der Hauptsache zu anderen gefährlichen Zwecken bestimmt sind und nebenher nur dem Zwecke der Vorführung dienen.

§ 182.

RG. 26. 11. 15. Bei der Anmeldung eines Unfalls innerhalb der durch die Versicherungsbedingungen gesetzten Frist handelt es sich um die Erfüllung einer Bedingung des Anspruchs gegen die Versicherungsgesellschaft. Bei Erfüllung der Bedingung durch einen Vertreter des Versicherten werden dem Versicherten seine Rechte nur insoweit erhalten, als die Anmeldung nicht mit einem ihre Wirksamkeit beeinträchtigenden Mangel behaftet ist.

§ 183.

RG. 3. 10. 16, Wallmann 16, 339. Die Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen, dem Versicherungsnehmer eine Invaliditätsrente zusprechenden Urteile kann für unzulässig erklärt werden, wenn sich der Versicherungsnehmer einer von der Versicherungsgesellschaft angeordneten ärztlichen Untersuchung unentschuldigt nicht unterzogen hat.

§ 184.

1. **RG.** 24. 9. 15. Der Versicherer verwirkt das Recht, die Entscheidung einer Ärztekommission anzurufen, wenn er die Einberufung der Kommission ohne berechtigten Grund verweigert. Eine unberechtigte Weigerung liegt nicht vor, wenn der Versicherer seine Ent-

schädigungspflicht überhaupt bestreitet und daher die Einberufung der Kommission hinausschieben will, bis seine Entschädigungspflicht feststeht.

2. **RG.** 3. 3. 16, VA. 16*, 43, Wallmann 16, 257. Lehnt die Gesellschaft eine Invaliditätsentschädigung überhaupt mit der Begründung ab, daß das entstandene körperliche Leiden mit dem Unfalle nichts zu tun habe — stellt sie also den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Leiden und dem Unfall in Abrede —, so ist die Verweisung des Versicherten an die Ärztekommission unzulässig. Die Rechtslage ist genau dieselbe, wie wenn die Gesellschaft ihre Entschädigungspflicht wegen eines nicht vorliegenden Unfallereignisses in Abrede gestellt hätte.

Fünfter Abschnitt. Schlußvorschriften.

§ 186.

Schrifttum: Josef, Die Rückversicherung nach deutschem Rechte, AssekJahrb. 16, 1. — Werneburg, Zur Rückversicherung, MasiusRdsch. 16, 65. — Derselbe, Die juristische Natur der Rückversicherung, AnnVers. 16, 61, 69.

1. Josef, Rückversicherung nach deutschem Rechte, AssekJahrb. 16, 1. Die Merkmale der Haftpflichtversicherung treffen auch auf den Rückversicherungsvertrag zu. Dieser enthält nicht zugleich einen Gesellschaftsvertrag, denn der Rückversicherungsnehmer (Erstversicherer) und der Rückversicherer machen die Förderung der Erreichung eines gemeinsamen Zweckes (§ 705 BGB.) keinesfalls zum Vertragsinhalte. Ihre Einigung erfaßt wohl den Abschluß eines Versicherungsvertrags, aber nicht den eines Gesellschaftsvertrags. Hat der Versicherer dem Rückversicherer den Antrag auf Rückversicherung gemacht, so kommt mit dem Augenblicke, wo dem Versicherer die Annahmeerklärung des Rückversicherers zugeht, der Rückversicherungsvertrag zustande, selbst wenn der Rückversicherer in seiner Annahmeerklärung noch eine besondere Bestätigung gleichen Inhalts in Aussicht stellt. Der Zeitpunkt, wo jene erste „provisorische" Erklärung dem Erstversicherer zugeht, ist auch entscheidend für den Umfang der dem Erstversicherer obliegenden Anzeigepflicht und dafür, ob dem Erstversicherer eine anzeigepflichtige Kenntnis innewohnte. Der laufende Rückversicherungsvertrag ist kein „Vorvertrag", sondern ein wirklicher Rückversicherungsvertrag. Nach dem zu vermutenden vernünftigen Willen der Beteiligten ist als stillschweigend bedungen anzusehen, daß die Anzeigepflicht der §§ 16 ff. auch bei der Spezialrückversicherung Anwendung findet, und zwar nicht nur hinsichtlich des Umfanges der Anzeigepflicht, sondern auch betreffs der Folgen ihrer Verletzung. Aus der Vertrauensstellung des Erstversicherers gegenüber dem Rückversicherer ist zu folgern, daß der Erstversicherer seinen „Selbstbehalt" nicht ohne Zustimmung des Rückversicherers anderweitig durch Rückversicherung decken, bzw. aufgeben darf. Der Erstversicherer kann zwar durch Vereinbarung mit dem Versicherungsnehmer ohne Zustimmung des Rückversicherers die Bedingungen des Versicherungsvertrags ändern. Der Erstversicherer ist aber als Schuldner des Rückversicherers im Sinne des § 276 BGB. ihm gegenüber verpflichtet, die verkehrserforderliche Sorgfalt bei der Geschäftsführung zu beachten. Der Rückversicherer hat gegen den Erstversicherer einen Anspruch auf Rechenschaftsablegung über das rückversicherte Geschäft, ebenso einen Anspruch auf Vorlegung der Handlungsbücher und sonstiger die Versicherungsverhältnisse betreffender Schriftstücke. Die Rückversicherung hat akzessorische Natur; der Rückversicherer hat, sobald der Erstversicherer die Schadensregulierung abgeschlossen hat, ihm die erforderliche Ersatzsumme zur Verfügung zu stellen. Im Konkurse des Rückversicherers steht dem Verwalter nicht das im § 17 KO. geregelte Wahlrecht zu; vielmehr hat wegen der so eingetretenen Unsicherheit des Rückversicherers der Erstversicherer ein Recht, den Rückversicherungsvertrag aufzuheben. Der Rückversicherer unterliegt seinem Heimatsrecht; ist er ein Ausländer, so hat das deutsche Gericht auf das Rückversicherungsverhältnis ausländisches Recht anzuwenden.

2. Werneburg, Zur Rückversicherung, MasiusRdsch. 16, 65 ff. Da die völlige Rückversicherung sich als gewöhnliche Versicherung darstellt, so ist das Bestehen der Anzeigepflicht des § 16 VVG. in Ermangelung besonderer Bestimmungen des Rückversicherungsvertrags selbst für den Rückversicherungsnehmer und zugunsten des Rückversicherers unbedenklich zu

bejahen. Im Innenverhältnis ist der Rückversicherer der eigentliche die Gefahr tragende Versicherer, der Rückversicherungsnehmer ist Dritten gegenüber nur Stellvertreter und Geschäftsführer des Rückversicherers. Die Anzeigepflicht liegt aber auch dem Rückversicherungsnehmer bei der partiellen Versicherung ob. Die Vorschriften über die Folgen der Verletzung der Anzeigepflicht seitens des Rückversicherungsnehmers sind auch für das Rechtsverhältnis zwischen dem Rückversicherungsnehmer und Rückversicherer anwendbar. — Auch § 2 findet bei der Rückversicherung Anwendung. Desgleichen liegen die im § 62 begründeten Pflichten auch dem Rückversicherungsnehmer gegenüber dem Rückversicherer ob. — Die Pflicht des „Selbstbehalts" kann nur bei der partiellen Rückversicherung eine Rolle spielen. Der Rückversicherungsnehmer ist verpflichtet, dem Rückversicherer Anzeige zu erstatten und dessen Zustimmung abzuwarten, wenn er das Risiko ganz oder teilweise auf einen oder mehrere andere Rückversicherer abwälzt. Diese Pflicht folgt aus der Natur der Sache; bei der laufenden Rückversicherung beruht sie auf einem Gewohnheitsrechte, weil sie dem Rückversicherungsnehmer regelmäßig schon in dem Rückversicherungsvertrag auferlegt wird.

3. Werneburg, Die juristische Natur der Rückversicherung, AnnVers. 16, 6 ff., 69 ff. Wird durch die Rückversicherung das ganze Risiko auf den Rückversicherer abgewälzt, so ist Gegenstand der Rückversicherung das Interesse des Erstversicherers an der Nichthaftbarmachung aus dem Versicherungsvertrage mit seinem Versicherungsnehmer. Diese Art der Rückversicherung ist Schadensversicherung (nicht Haftpflichtversicherung), denn der Eintritt des Versicherungsfalls bedeutet für den Erstversicherer die Vereitelung eines erhofften Gewinns und die Minderung seines Vermögensbestandes. Es liegt kein Bedenken vor, diese Versicherung des Vermögens als Schaden im Sinne des Zivilrechts anzusehen. Die völlige Rückversicherung hat nicht die Natur eines Gesellschaftsvertrags, insbesondere die einer stillen Gesellschaft. Dagegen wird durch die teilweise Rückversicherung ein Gesellschaftsverhältnis begründet.

§ 189.

Toop, Krieg und Kritik des Versicherungsvertragsrechts. ZVersWiss. 16, 470 ff. Vgl. unter Einfluß des Krieges auf das Versicherungswesen, oben S. 766.

Einführungsgesetz zu dem Gesetz über den Versicherungsvertrag.

Art. 4.

RG. 18. 6. 15 vgl. oben Nr. 1 zu § 157 VVG.

Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

§ 5.

Zuständigkeit des Geheimen Justizrats. RG. 5. 10. 16, WarnE. 16, 494. Vor dem Geh. Justizrate haben die Mitglieder der Königlichen Familie lediglich ihren persönlichen Gerichtsstand (Art. II G. v. 26. 4. 51). Der ausschließliche dingliche Gerichtsstand nach § 24 ZPO. bleibt unberührt. (Es handelte sich um eine Patronatslast, die eine dingliche Belastung im Sinne des § 24 ist.)

§ 6.

Die Zuständigkeit der Schwurgerichte in Bayern zur Aburteilung von Pressestraftaten. Koch, BayRpflZ. 16, 37 u. 63. Zu einer Erweiterung der schwurgerichtlichen Zuständigkeit in Pressesachen ist, da nur die bestehenden Vorschriften erhalten geblieben, die Landesgesetzgebung nicht befugt. Eine Erweiterung des Umfanges der Zuständigkeit innerhalb der bestehenden Zuständigkeitsgrenzen ist aber, wie durch die Reichsgesetzgebung, so auch durch die Landesgesetzgebung möglich. (Besprochen werden die für Bayern geltenden Bestimmungen auf Grund Art. 56 Nr. 2 G. v. 26. 12. 71, Art. 1 G. v. 25. 1. 74, Art. 35 AGGVG. v. 23. 2. 79, G. v. 21. 8. 14.)

§ 11.

Konflikt. I. Preußisches Recht. 1. Zulässigkeit der Konfliktserhebung gegen eine Gemeinde auf Grund des AmtshaftungsG. v. 1. 8. 09. Delius, PrVerwBl. 37, 735. Nach § 2 ist der Konflikt schlechthin zulässig, wenn der Staat oder nach § 4 die Gemeinde an Stelle des Beamten in Anspruch genommen wird; früher haftete für Schäden in Ausübung der öffentlichen Gewalt der Beamte persönlich, und deshalb konnte der Konflikt nur erhoben werden, wenn er persönlich in Anspruch genommen wurde. OVG. 54, 453 ist vor Erlaß des G. v. 1. 8. 09 ergangen.

2. Zeitdauer für die Erhebung des Konflikts. OVG. 26. 11. 14, JW. 16, 1426. Wenn bei Ansprüchen auf Schadensersatz über den Anspruch dem Grunde nach vorweg rechtskräftig entschieden worden ist, kann gegenüber dem die Höhe des Anspruchs betreffenden gerichtlichen Verfahren der Konflikt nicht mehr erhoben werden. Ob die Entscheidung über den Grund des Anspruchs in einem besonderen Prozesse gefällt ist oder in einem über den Grund und den Betrag zugleich anhängigen Verfahren durch Zwischenurteil erfolgte, ist hierfür gleichgültig.

3. Sachliche Entscheidung. a) Bejahung des Konflikts. α. OVG. 28. 10. 15, FrankfRundsch. 49, 266. Schließen die dem Beamten zum Vorwurfe gemachten Handlungen nicht eine Verletzung seiner Amtspflichten ein, so muß das gerichtliche Verfahren eingestellt werden. (Es handelte sich um Maßregeln eines Oberförsters, die bezweckten, das noch nicht aus dem fiskalischen Revier ausgetretene Wild vom Übertreten auf das Jagdgebiet der angrenzenden Feldmark abzuhalten.)

β. OVG. 16. 5. 16, PrVerwBl. 38, 6, R. 16, 607, bejaht das Recht eines Landrats, um die Gewissen zu schärfen und den Wirkungen des bösen Beispiels vorzubeugen, den in der Landesüberwachungspflicht Säumigen öffentlich der Gesinnungslosigkeit zu bezichtigen.

b) Verwerfung des Konflikts. OVG. 23. 9. 15, PrVerwBl. 37, 248, R. 16, 108. Das OVG. hat den Konflikt zu verwerfen, wenn sich ergibt, daß der Beamte objektiv seine Amtsbefugnisse überschritten und eine ihm obliegende Amtshandlung unterlassen hat (im gegebenen Falle, daß der Gemeindevorsteher die Genehmigung des Protokolls durch den Erblasser nicht vermittelt hat). Über die Frage des subjektiven Verschuldens entscheiden die Gerichte.

c) OVG. 25. 2. 15, JDR. 14, 1 (pflichtwidrige Nichtbeachtung der Rechtsprechung) auch SchlHolstAnz. 16, 51.

4. Einflußlosigkeit des Konflikts auf eine schon vorhandene rechtskräftige Kostenentscheidung. Breslau 13. 1. 16, LeipzZ. 16, 973. Die (nach § 1 Abs. 2 G. v. 13. 2. 54 in Verb. mit § 11 Abs. 2 EGGVG. noch gültige) Bestimmung des § 18 Satz 2 G. v. 8. 4. 47 bezieht sich nur auf diejenigen Kosten, welche einer unterliegenden Partei nicht zur Last fallen, weil wegen der Aufhebung des Rechtsverfahrens ein Urteil über den Klaganspruch nicht ergehen kann. Ist ausnahmsweise vorher ein rechtskräftiges Urteil ergangen (im vorliegenden Falle des RG.), so werden die Kosten, über welche in diesem Urteil entschieden ist, vom § 18 nicht getroffen.

II. Bayerisches Recht. 1. Vorentscheidung nur gegen einzelne Beamte. BayVGH. 3. u. 10. 11. 15, R. 16, 175. Eine Vorentscheidung ist nur gegenüber einzelnen Beamten, nicht gegenüber Behörden zulässig.

2. a) Zum Begriffe des Beamten im Sinne des Art. 7 Abs. 2 bayVGG. v. 8. 8. 78. (Der Verwaltungsgerichtshof ist zur Vorentscheidung berufen, wenn durch Handlungen oder Unterlassungen eines Beamten in Ausübung oder aus Anlaß der Ausübung öffentlicher Gewalt einem Dritten Schaden zugefügt worden ist und der Schadensersatz gerichtlich geltend gemacht werden soll.) BayVGH. 3. 5. 16, R. 16, 572; u. 14. 6. 16, R. 16, 610; ferner Ziegler, BayRpflZ. 16, 309 u. 348.

b) Ausübung der öffentlichen Gewalt. BayVGH. 28. 6. 16, R. 16, 651. Die Aufnahme von Darlehen für die Gemeinde ist keine Tätigkeit, bei der die Gemeinde durch

ihre Vertretungsorgane dem anderen Teile obrigkeitlich in Ausübung von Hoheitsrechten oder Machtbefugnissen entgegentritt.

III. Reichsländisches Recht. **RG.** 3. 12. 15, R. 16 Nr. 1996. (Ablehnung des Antrags aus § 39 ElſLothAGBGB. wegen mangelnder Prozeßfähigkeit.)

IV. Kriegsrecht. Delius, Haftung für Beschädigung durch Beamte und Militärpersonen wegen des Krieges, LeipzZ. 16, 911, untersucht die Frage, ob bei Militärpersonen des preußischen Heereskontingents noch die Konfliktserhebung nach dem G. v. 13. 2. 54 zulässig ist. — Für Zivilbeamte ist in dem PrG. v. 1. 8. 09 die Erhebung des Konflikts bei Schadensersatzansprüchen ausdrücklich aufrechterhalten. Bei Klagen gegen den Staat auf Grund der §§ 31, 89 BGB. wird der Konflikt nicht zulässig sein, anders wenn gegen den Beamten unmittelbar Anspruch erhoben wird. Bei Reichsbeamten ist der Konflikt ausgeschlossen; also auch bei den Militärbefehlshabern in ihrer Eigenschaft als Zivilbeamte. Bei Militärpersonen ist es zweifelhaft, ob das Militärjustizdepartement noch zu Recht besteht. (Die Kaiserliche Marine entbehrt der Wohltat des Konflikts überhaupt.) Das ReichsbeamtenhaftpflG. v. 22. 5. 10 spricht im Gegensatze zu dem PrG. v. 1. 8. 09 vom Konflikte bei Militärpersonen nicht. Mit Rücksicht auch auf die Vorgeschichte des Gesetzes wird man annehmen müssen, daß, wenn das Reich wegen Verschuldens einer preußischen Militärperson auf Grund des G. v. 22. 5. 10 haftpflichtig gemacht wird, der Konflikt nicht erhoben werden kann. Dasselbe wird für Klagen aus §§ 31, 89 BGB. gelten müssen. — Wird aber eine preußische Militärperson persönlich zivilrechtlich in Anspruch genommen in einem Falle, wo das Reich nicht haftbar ist, z. B. bei Ersatzklagen von Ausländern, dann ist der Konflikt noch zulässig. (Für Verwaltungsbeamte wird 915 ausgeführt: Wo die Verwaltungsbeamten auf Grund eigener Entschließung oder nur mit Genehmigung oder unter stillschweigender Duldung des Militärbefehlshabers innerhalb ihres eigenen Geschäftsbereichs amtlich tätig werden, tragen sie selbst für ihre Handlungen die Verantwortung. Es haftet dann der Staat, in dessen Diensten sie stehen, nach Maßgabe des Landesrechts.)

Gerichtsverfassungsgesetz.

Erster Titel. Richteramt.

§ 1.

1. Richterliche Unabhängigkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit? Josef, Materielle Rechtskraft und richterliche Unabhängigkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DRZ. 16, 502. Die Unabhängigkeit des Richters der streitigen Gerichtsbarkeit ist reichsgesetzlich (§ 1 GVG.) gewährleistet; dagegen läßt sich aus dem Reichsrechte die Unabhängigkeit des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur — künstlich — begründen, indem man annimmt, die reichsgesetzliche Übertragung der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf die ordentlichen Gerichte habe zur Folge, daß diese in der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständig sind, wie sie reichsgesetzlich bestimmt sind, also auch mit der richterlichen Unabhängigkeit. Dennoch ist tatsächlich die Unabhängigkeit des Richters in der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine viel größere, er viel freier und unbeschränkter gestellt als in der streitigen Gerichtsbarkeit. Denn in dieser hat der Richter bei Entscheidung der Frage, was er einer Partei zusprechen dürfe, die rechtskräftige Entscheidung des vorgeordneten (oder auch des gleichstehenden) Gerichts unter allen Umständen zu berücksichtigen, wogegen der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit einer solchen Beschränkung nicht unterliegt; denn er hat zur Fortentwicklung und Förderung des Rechtsverkehrs beizutragen. — Vgl. auch Josef, Die Selbständigkeit der Rechtsfindung und der Präjudizienkultus in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DRZ. 16, 209; ferner a. a. O. 495 u. Beyer, DRAZ. 16, 166.

2. Zur Frage der Aufsichtsbeschwerden. DRZ. 16, 510 (ein Beitrag zur Verminderung des Schreibwerkes bei den Justizbehörden) empfiehlt, daß Minister und Gerichtspräsidenten Eingaben, welche offenbar keine Dienstaufsichtsbeschwerden darstellen, gegebenen-

falls mit Belehrung über die etwaige Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsmittels, zurückgelangen lassen, anstatt überflüssige und zeitraubende Berichte einzufordern. Hingewiesen wird auf die (nach KG. 28. 2. 01, KGJ. 21 : 111 noch gültige) VO. v. 14. 2. 10 über die Rückgabe von Beschwerden und Gesuchen, die unter Übergehung einer Behörde oder mit Unterlassung der bestimmten Form eingereicht werden, und die Bestrafung solcher wiederholten Gesuche trotz Belehrung.

§ 4.

Bovensiepen, LeipzZ. 16, 1095, weist auf den Widerspruch zwischen § 4 GVG. und dem § 25 RAO. hin, wonach dem ordentlichen öffentlichen Lehrer an einer deutschen Universität die Stellvertretung eines Rechtsanwalts nur dann möglich ist, wenn er mindestens zwei Jahre im Vorbereitungsdienste tätig gewesen ist. Er verlangt im übrigen, damit die wünschenswerte Gleichstellung zwischen Richter und Anwalt verwirklicht werde, daß auch zur Stellvertretung eines Anwalts die Befähigung zum Richteramte vorgeschrieben würde.

Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit.

§ 12.

1. Kohler, Prozeß und Nichtprozeß, Rechtsgang 2, 115. Der Prozeß ist ein Nichtprozeß (Scheinprozeß), wenn die Prozeßbehörde der Gerichtsbarkeit entbehrt; dies versteht sich von selbst: die Wirkung des Prozesses beruht auf der Gerichtsbarkeit. Der Prozeß ist auch dann ein Nichtprozeß, wenn die Parteien gar nicht existieren: dann fehlt es nicht nur an den Voraussetzungen des Prozesses, sondern es fehlt am Prozesse selber; der Prozeß kann nur unter existierenden, nicht nur scheinhaften Prozeßwesen vorkommen. Es kann aber auch der Fall eintreten, daß die Rechtsordnung eine Person vom Prozeß ausnimmt, so daß der Prozeß in bezug auf diese Person ein Nichtprozeß ist. In diesem Falle spricht man von Prozeßimmunität. Eine solche besteht heutzutage als Prozeßimmunität der Gesandten, der Souveräne und der fremden Staaten; diese ist allerdings nur eine relative.

2. Zum Begriff des streitigen Verfahrens. Molitor, Zur juristischen Natur des Verfahrens bei Prüfung parlamentarischer Mandate, ElsLothJZ. 16, 121 (gegen Hatschek, Das Parlamentsrecht des Deutschen Reichs I, 498 ff.; vgl. DJZ. 13, 684 u. 793), verteidigt den Standpunkt des OLG. Colmar, daß das Wahlprüfungsverfahren zu den nichtstreitigen Angelegenheiten des öffentlichen Rechtes im Sinne des § 13 Abs. 1 ElsLoth. AGFGG. gehöre. — Er bekämpft ferner (147) die Ansicht Hatscheks (538), wonach das Beweisaufnahmeverfahren des auf Ansuchen des Reichstags handelnden Amtsgerichts sich nach den Grundsätzen der ZPO. richten soll, da das Wahlprüfungsverfahren ein dem Verwaltungsstreitverfahren nachgebildetes Verfahren sei.

§ 13.

Schrifttum: Beyer, Die Zulässigkeit des Rechtswegs hinsichtlich der Vergütung und Entschädigung bei Kriegsleistungen, JW. 16, 800. — Beer, Der Ausschluß des Rechtswegs bei Requisitionen im Feindesland, JW. 16, 981. — Friedrichs, ABürgR. 42, 58 und Handbuch der Prozeßpraxis II. Bd. 4, 531. — Gillmann, Reichsunterstützung, Gemeindeunterstützung und Mietsbeihilfe, PrVerwBl. 38, 53. — Hartmann, Die Rechtsgültigkeit der elsaß-lothringischen Jury (Geschworenenbank) in Enteignungssachen, ElsLothZ. 16, 214. — Helms, Streit zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern über Berechnung und Anrechnung von Versicherungsbeiträgen nach dem Rechte der RVO., GewuKfmG. 22, 44. — Hoffmann, Rückforderung zu Unrecht gewährter Krankenkassenleistungen, JW. 16, 811. Kaufmann, Kriegführende Staaten als Schuldner und Gläubiger feindlicher Staatsangehöriger, Berlin 1915. — Kraft, Die Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe der Staatshoheit, GruchotsBeitr. 60, 279. — Derselbe, Der Entschädigungsanspruch des Straßenanliegers, RheinZ. 8, 70. — Neukamp, Die Zulässigkeit des Rechtswegs für Ansprüche aus dem Kriegsleistungsgesetze vom 13. Juni 1873 und den auf Grund desselben erlassenen Kriegsverordnungen, JW. 16, 626 u. 805. Vgl. hierzu Hartmann, PrVerwBl. 37, 620, und Schäffer, JW. 16, 648.

Inhaltsübersicht.

II. Aus der Rechtsprechung. 1. Abbürdungsklage. 2. Baupolizeiliche Angelegenheiten. 3. Beamtenrecht. a) Im allgemeinen, b) Reichsbeamtengesetz, c) Kommunalbeamtengesetz. 4. Bereicherungsklage. 5. Beschlagnahme. 6. Betriebsunfälle. 7. Brückenzoll. 8. Dienstbeschädigung. 9. Eisenbahnrecht. 10. Enteignung. 11. Gemeindeanstalten. 12. Gottesschilling. 13. Gemeinderecht. 14. Grabenreinigungspflicht. 15. Hinterlegungsordnung. 16. Immissionen. 17. Jagdrecht. 18. Knappschaftliche Pensionskassen. 19. Krankenkassenleistungen. 20. Kriegsbesoldung der preußischen Offiziere. 21. Kriegsleistungen. A. Zum Begriffe der Kriegsleistungen und Kriegsschäden überhaupt. a) Allgemeine Erörterungen von Kaufmann. b) RG. 27. 3. 16. c) Zulässig ist der Rechtsweg schlechthin für Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung. d) Zulässig ist der Rechtsweg, falls unmittelbare Heranziehung zu Kriegsleistungen vorliegt oder Ausgleich für unmittelbare Leistungen gefordert wird. B. Verhältnis des KLG., insbesondere des § 34, zum Landesrechte. a) Beyer, b) Neukamp, c) Schäffer, d) Entscheidungen. 22. Lagerhausgebühren. 23. Militärhoheit. 24. Mobilmachung. 25. Patronat. 26. Pferdeaushebungsvorschrift für Lübeck. 27. Reichsentschädigungskommission. 28. Schleusenunterhaltungspflicht. 29. Staatshoheitliche Eingriffe im allgemeinen. 30. Stempelrecht. 31. Steuerrecht. 32. Straßenanlieger. 33. Theaterkaution. 34. Überfahrtsrechte. 35. Unfallversicherung. 36. Wasserrecht. 37. Wegerecht.

III. Die Rechtsgültigkeit der elsaß-lothringischen Geschworenenbank in Enteignungssachen.

I. Zum Begriffe der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im allgemeinen. 1. Beyer, JW. 16, 800 (wendet sich gegen RG., JW. 97, 1: eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit liege dann vor, wenn der Anspruch auf einem privatrechtlichen Titel beruhe, selbst wenn eine öffentlich-rechtliche Leistung in Frage stehe). Die Form des Vertragsschlusses entscheidet nicht. Abgesehen von Staatsdienerverträgen gibt es Verträge, die man dem öffentlichen Rechte zuweist. Andererseits wird ein privatrechtlicher Titel bei der Haftung des Eigentümers von Gebäuden, als Tierhalter, nach Maßgabe der §§ 31, 89 BGB. anerkannt, soweit nicht die Ausübung der öffentlich-rechtlichen Gewalt in Frage kommt. Diese läßt sich aber nicht zweifelsfrei von der „privatrechtlichen" Tätigkeit des Staates trennen. Jedenfalls muß man bei der Erforschung des positiven Rechtes einen besonderen Nachweis der Zuständigkeit der Zivilgerichte zur Beurteilung irgendwelcher Pflichten von Staatsorganen verlangen, wenn man diese Zuständigkeit annehmen will Nicht zu verwechseln mit der erwähnten Frage ist die Feststellung, welche Pflichten den Beamten als Privatperson treffen, wenn er eine Amtspflichtverletzung begangen hat.

2. Friedrichs, ABürgR. 42, 58. In bezug auf die gerichtliche Geltendmachung ist kein Unterschied zwischen öffentlichen und privaten Forderungen zu machen. Die ersteren unterliegen zwar in den meisten Fällen dem Verwaltungswege oder der Verwaltungsgerichtsbarkeit, wie die letzteren dem Rechtsweg, aber die Grenze trifft, wie oft genug betont ist, nicht mit der Grenze zwischen öffentlich und privat zusammen, und innerhalb jeder einzelnen Verfahrensart besteht nirgends ein Unterschied zwischen der Behandlung öffentlicher und privater Forderungen.

3. Gillmann 53. Die Entscheidung darüber, ob ein vermögensrechtlicher Anspruch öffentlichen Rechtes ein privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher ist, muß davon abhängig gemacht werden, ob im Verhältnisse zwischen Staat und Privatperson letztere diesem völlig untergeordnet gegenübersteht oder aber, ob beide hinsichtlich des geltend gemachten Anspruchs als gleichberechtigte Faktoren anzusehen sind (z. B. Steueransprüche einerseits, Entschädigungsansprüche aus der Enteignung und nach dem Fluchtliniengesetz andererseits).

4. Neukamp 805 (in Verteidigung der Rechtsprechung des RG.). Für die Frage, ob ein vermögensrechtlicher Anspruch öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist, fällt auch ins Gewicht, wer der Träger, das Subjekt des Anspruchs ist. Steht ein auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhender Anspruch dem Staate zu, z. B. das Recht auf Zahlung von Steuern, so ist dieser Anspruch zweifellos öffentlich-rechtlicher Natur und darum dem Rechtsweg entzogen. Handelt es sich dagegen um einen Entschädigungs- oder sonstigen

vermögensrechtlichen Anspruch, der dem einzelnen kraft öffentlich-rechtlicher Vorschrift gebührt, so kann er die Natur eines Privatrechts haben, und es muß deshalb auch der Rechtsweg für zulässig erachtet werden, sofern nicht das Gesetz diesen ausdrücklich ausschließt (**RG.** 57, 350; 68, 26; 76, 121; 77, 229; 78, 418; 79, 427; JW. 12, 647). Vgl. hierzu einerseits a) Hartmann, PrVerwBl. 37, 620. Neukamp verwechselt offenbar subjektive Rechte mit Privatrechtsansprüchen; er übersieht, daß ein Anspruch, der einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis entspringt, seiner Natur nach niemals ein privatrechtlicher, sondern ein öffentlich-rechtlicher ist.

Andererseits b) Beer 981. Zu prüfen ist (im Anschluß an Wachs grundlegende Untersuchung, Handbuch des ZP. I, 86 ff., die von Meyer, Deutsches Verwaltungsrecht [2] 178, Schmidt, Lehrbuch des deutschen ZPrechts [2] 177 und Stein [10] 7 ausgebaut ist), der durch die Klage bestimmte Streitgegenstand, d. h. das durch die Natur der geltend gemachten Rechtsfolge bestimmte Rechtsverhältnis. **RG.** (6. 2. 15, JW. 14, 594) und Neukamp haben nur sagen wollen, daß ein rein privatrechtlicher Vermögensanspruch seinen privatrechtlichen Charakter nicht verliert, weil seine causa dem öffentlichen Rechte angehört, nicht aber hat gesagt sein sollen, daß jeder einer Privatperson zustehende vermögensrechtliche Anspruch ein privatrechtlicher ist. Die Auffassung Hartmanns, PrVerwBl. 36, 421 ➡ vgl. auch JDR. 14 A 1 ⬅, wiederholt nur den vom **RG.** 5. 3. 12, JW. 12, 647, ausgesprochenen Satz (vgl. schon 76, 121): Bildet den Gegenstand des Streites im Grunde ein Anspruch auf Leistung aus einem nur dem öffentlichen Rechte angehörenden Verhältnisse, so ist der Rechtsweg ausgeschlossen, mag auch nach der äußeren prozessualen Gestaltung des Streites der von der Privatperson gestellte Klagantrag auf Leistung eines Vermögenswerts an sie oder auf Feststellung der Berechtigung des Anspruchs auf einen solchen gerichtet sein. Vgl. auch BayObLG. 5. 6. 15, OLG. 33, 61. Maßgebend für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtswegs ist die Natur des Klaganspruchs.

II. Aus der Rechtsprechung. 1. Abbürdungsklage (OVG. 47, 271). Friedrichs, ABürgR. 42, 79. (Streitigkeiten zwischen Beteiligten über ihre in dem öffentlichen Rechte begründete Berechtigung oder Verpflichtung. — Kontribuentenklage (OVG. 46, 192). Wir haben (nach der neueren Rechtsprechung des OVG.) eine Führung von Geschäften des öffentlichen Rechtes und eine Bereicherung in bezug auf öffentliche Pflichten und Rechte, die den sachlichen Vorschriften des BGB. unterliegen, mit der Wirkung, daß die Streitigkeiten trotzdem zu den „Streitigkeiten über die in dem öffentlichen Rechte begründete Berechtigung oder Verpflichtung" gehören (**RG.** 70, 398; 76, 121; 83, 304).

2. Baupolizeiliche Angelegenheiten. Vertrag. Dresden 14. 7. 15, SächsOLG. 37, 67. Für Verpflichtungen im Sinne des § 2 SächsAllgBauG. v. 1. 7. 00 ist nach § 3 a. a. O. der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen. (Es war geltend gemacht, daß durch die vom Bauherrn abgegebenen Verpflichtungserklärungen und durch deren Annahme seitens der beklagten Stadtgemeinde privatrechtliche Verträge über die Überlassung des Grund und Bodens an die Beklagte abgeschlossen worden seien.) Durch die vom Bauherrn in baupolizeilichen Angelegenheiten abgegebene Erklärung, insbesondere auch über die unentgeltliche Landabtretung, kommt rechtsgrundsätzlich kein „Vertrag" zwischen ihm und der Gemeinde zustande, sondern es wird lediglich eine einseitige baurechtliche Verpflichtung im Sinne von § 2 a. a. O. begründet. Dieser baurechtliche Grundsatz wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich die Behörde in der oder jener Form mit der Erklärung einverstanden erklärt und daß auf diese Weise der äußeren Erscheinung nach ein privatrechtliches Vertragsverhältnis entsteht. Denn einseitig bindende Verpflichtungserklärungen des öffentlichen Rechtes können nicht dadurch zu privatrechtlichen werden, daß sie nach außen im Gewand eines Vertrags erscheinen.

3. Beamtenrecht. a) Im allgemeinen. **RG.** 7. 3. 16, R. 16, 423. Die sämtlichen aus dem Beamtenverhältnis und aus den darüber bestehenden Vorschriften, einschließlich der Vorschriften über Prüfungen und Vorbereitungen, ableitbaren Ansprüche sind nicht bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im Sinne des § 13 GVG.; sie haben ihre Wurzel und ihren

Bestand nicht im bürgerlichen Rechte, sie gehören demnach nicht vor die ordentlichen Gerichte, soweit für sie nicht ausnahmsweise der Rechtsweg ausdrücklich eröffnet ist; dies ist jedoch im preußischen Rechte durch das G. v. 24. 5. 61 geschehen nur für Ansprüche aus einem bestehenden Beamtendienstverhältnisse.

b) Reichsbeamtengesetz. RG. 19. 9. 16, R. 16 Nr. 1999, 2008. Nach § 155 RBG. sind die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden darüber, ob und von welchem Zeitpunkt ab ein Reichsbeamter in den Ruhestand zu versetzen sei ➠ vgl. über den Begriff der „Entscheidung" der obersten Reichsbehörde im Sinne des § 150 RBG. auch Kiel 25. 1. u. 18. 4. 16, SchlHolstAnz. 16, 134 ☚, für die Beurteilung der vor den Gerichten geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche (§§ 149 ff.) maßgebend. Schließt auch diese Vorschrift nicht jede Prüfung des Gerichts aus, so kann sich die Prüfung doch nur darauf erstrecken, ob eine solche Versetzung in den Ruhestand durch die Verwaltungsbehörde verfügt worden ist, nicht darauf, ob bei dem ihr vorausgegangenen Verfahren jede einzelne Verfahrensvorschrift beobachtet wurde. — Wenn der in den Ruhestand versetzte Beamte einen Gehaltsanspruch erhebt, so liegt darin in Wahrheit nichts anderes als ein Verlangen, daß das Gericht die Versetzung in den Ruhestand selbständig nachprüfe und wenigstens in finanzieller Beziehung außer Kraft setze. Für einen solchen Anspruch aber ist, auch wenn er in die äußeren Formen eines Gehaltsanspruchs gekleidet ist, der Rechtsweg im Sinne der §§ 149 ff. RBG. nicht gegeben.

c) Kommunalbeamtengesetz. RG. 7. 7. 16; 88, 381, JW. 16, 1341, R. 16, 563. Die Frage, ob der Pension fordernde Kläger zur Zeit seiner Zuruhesetzung ein nach seiner Art und seinem Umfange nur als Nebentätigkeit anzusehendes Kommunalamt führte, ist der Entscheidung im ordentlichen Rechtsweg unterworfen. — Der Zivilrichter hat über alle Voraussetzungen der Ansprüche zu entscheiden, ausgenommen allein die dem Verwaltungsstreitverfahren zugewiesene Frage, welcher Teil des Diensteinkommens bei Feststellung der Pensionsansprüche als Gehalt anzusehen ist (§ 7 KBG.). Die erste Voraussetzung solcher vermögensrechtlichen Ansprüche bildet immer das Bestehen eines Beamtenverhältnisses im Sinne des KBG. (Betraf das Ruhegehalt eines Nachtwächters.)

4. Bereicherungsklage. a) BayKompKonflGH. 25. 10. 16, BayRpflZ. 16, 394. Der Rechtstitel der ungerechtfertigten Bereicherung gehört ebenso dem öffentlichen wie dem bürgerlichen Rechte an. Entscheidend für die Zuständigkeit ist, daß der Tatbestand, aus dem der Bereicherungsanspruch abgeleitet wird, dem öffentlichen Rechte angehört.

b) RG. 29. 10. 15, HansGZ. 16 Beibl. 263, WarnE. 16, 39. (Betraf Zinsen von einer gezahlten Erbschaftssteuer, die nach Ablauf der im § 57 REStG. v. 3. 6. 06 bestimmten Ausschlußfrist eingeklagt wurden.) Das RG. hat die Versuche, öffentlich-rechtliche, dem Rechtsweg entzogene Ansprüche, als wenn sie nur Vorfragen für einen anderweiten privatrechtlichen Anspruch wären, sei es in der Form einer Schadensersatzforderung, sei es als Kondiktion, vor den Zivilrichter zu bringen, stets zurückgewiesen (RG. 70, 398; 76, 128 und viele andere). An der öffentlich-rechtlichen Natur des Klaganspruchs wird dadurch nichts geändert, daß dem an sich im öffentlichen Rechte beruhenden Klagegrunde noch der dem Privatrecht angehörende Umstand der Bereicherung hinzugetreten ist. — An Stelle des öffentlich-rechtlichen Klagegrundes des Anspruchs mittels seiner Einkleidung in ein privatrechtliches Gewand einen privatrechtlichen Klagegrund zu setzen, ist für den Rückfordernden nicht zulässig. Ungeachtet solcher Einkleidung bleibt die Ausschlußfrist des § 57 anwendbar.

5. Beschlagnahme. (Rechtsweg in Lübeck für den Streit der Parteien über die Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme beweglicher Sachen.) Hamburg 13. 7. 16, HansGZ. 16 Beibl. 289. Aus einer strafrechtlichen Beschlagnahme können auch privatrechtliche Ansprüche eines dadurch Verletzten erwachsen (RG. 51, 219). Wenn für solche die Zuständigkeit von Verwaltungsgerichten oder Behörden nicht begründet ist, wie nach § 10 LübVO. v. 12. 2. 79 u. § 8 LübG. v. 20. 6. 79, so sind sie vor den ordentlichen Gerichten abzuurteilen.

6. Betriebsunfälle. RG. 25. 2. 16, JW. 16, 849, SchlHolstAnz. 16, 94, WarnE.

180, verneint, unter Erörterung seiner früheren Rechtsprechung, insbesondere RG. 16. 10. 09; 72, 69 und 25. 10. 12, III. 265. 12, daß die Frage der völligen oder teilweisen Erwerbsunfähigkeit eines Beamten im Falle eines Betriebsunfalls bei einem auf § 5 Abs. 2 PrFürsorgeG. v. 2. 6. 02 gestützten Anspruche der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde unterstellt sei. Nur die Frage der dauernden Dienstunfähigkeit (Fall des § 1 Abs. 1; § 20 PrPensionsG. v. 27. 3. 72) gehöre zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde.

7. Brückenzoll. RG. 17. 9. 15, JDR. 14, II 9 auch RG. 87, 199.

8. Dienstbeschädigung. München 12. 1. 14, OLG. 33, 14. Darüber, ob eine Gesundheitsstörung, die infolge einer Dienstverrichtung verursacht oder verschlimmert ist, als eine Dienstbeschädigung anzusehen ist, entscheidet nach § 43 G. v. 31. 5. 06 (RGBl. 593) ein aus drei Offizieren oder Beamten der Heeresverwaltung gebildetes Kollegium; die Entscheidung ist für die Gerichte maßgebend.

9. Eisenbahnrecht. a) RG. 22. 12. 14, JDR. 14, II 11 a auch FrankfRundsch. 49, 97.

b) RG. 10. 11. 15, JW. 16, 143, WarnE. 16, 44. Beantragt war die Verurteilung des Eisenbahnfiskus, die dauernd geschlossen gehaltenen Schranken und das Gittertor eines Wegeüberganges offen zu halten und dort täglich höchstens 2 bis 3 Züge verkehren zu lassen. Dieser Antrag wurde wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen, weil der Betrieb auf polizeilicher Verfügung im Sinne des PrG. v. 11. 5. 42 beruhte. Die die Bedienung des Überganges betreffenden Betriebsfragen bedürfen auch nicht der landespolizeilichen Genehmigung, sondern können auch von den unteren, mit bahnpolizeilicher Gewalt bekleideten Eisenbahnbehörden, insbesondere der Eisenbahndirektion (deren Verfügungen im gegebenen Falle vorlagen) geregelt werden. Auch solche Anordnungen haben die Bedeutung polizeilicher Verfügungen im Sinne des G. v. 11. 5. 42 (RG. 55, 145; 84, 115, GruchotsBeitr. 54, 1080).

10. Enteignung. a) Eger, GruchotsBeitr. 60, 295, beantwortet die Frage, ob die Enteignungsentschädigung im Rechtswege klagbar ist, dahin, daß eine Klage auf Zahlung der Entschädigung zwar zulässig ist, aber erst, wenn die Entschädigung endgültig festgestellt ist und der Unternehmer mit der Zahlung zögert. Ob und wann eine Zögerung vorliegt, ist Tatfrage.

b) Hamburger Recht. Hamburg 16. 2. 16, HansGZ. 16 Beibl. 143. Die ordentlichen Gerichte haben nachzuprüfen, ob die Verweisung einer Präjudizialfrage an sie durch die Schätzungskommission in Enteignungssachen zu Recht erfolgt ist. Die Frage, ob die Werterhöhung anderweiter Grundstücke oder Grundstücksteile durch die mit der Enteignung bezweckte neue Anlage auf die zu gewährende Entschädigung anzurechnen ist, gehört zu den nach § 24 HambEnteignungsG. unter Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs zur alleinigen Entscheidung der Schätzungskommission stehenden Fragen der Entschädigungsfeststellung.

* c) Über elsaß-lothringisches Recht vgl. III.

d) RG. 20. 10. 15, JDR. 14, II 12 a auch LeipzZ. 16, 226.

11. Gemeindeanstalten. a) RG. 12. 1. 16, GruchotsBeitr. 60, 684, LeipzZ. 16, 610, WarnE. 16, 93. Wenn eine öffentlich-rechtliche Korporation, insbesondere eine Gemeinde, lediglich in der Verwaltung ihres Vermögens oder der zur Fürsorge für ihre Angehörigen und deren Wohlfahrt errichteten und betriebenen Anstalten handelt, wie das beim Betrieb eines Wasserwerkes, eines Elektrizitätswerkes, einer Bedürfnisanstalt u. dgl. der Fall ist, so ist sie dabei nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes zur Beachtung entgegenstehender Privatrechte verpflichtet und kann sich dem Anspruch auf Beseitigung widerrechtlicher Eingriffe in solche Privatrechte nicht durch Berufung auf ihre Stellung als öffentlich-rechtliche Korporation entziehen (JW. 00, 640, GruchotsBeitr. 54, 635; 70, 313).

b) BayObLG. 5. 6. 16, R. 16, 52. Die ordentlichen Gerichte sind zuständig für Ansprüche aus einem privatrechtlichen Mietvertrag über die Benutzung eines Teiles eines städtischen Lagerhauses, selbst wenn im allgemeinen für die Benutzung Gebühren erhoben werden und diese als Gemeindeabgaben erklärt sind.

12. Gottesschilling. Jena 13. 7. 14, ThürBl. 62, 300. Der sog. Gottesschilling in Saalfeld (eine Besitzwechselabgabe) ist eine öffentlich-rechtliche Abgabe. Bei Streitigkeiten über diese Abgabepflicht ist nach Artt. 4, 19, 49 VO. v. 16. 6. 29 unter entsprechender Anwendung über die Staatsabgaben der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen.

13. Gemeinderecht (bayerisches). BayObLG. 2. 10. 16, BayRpflZ. 16, 391. Die Gerichte sind zuständig, wenn Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung wegen eines aus dem öffentlichen Rechte abgeleiteten Anspruchs darauf gestützt werden, daß der Anspruch gegen den Schuldner wegen eines diesem zur Seite stehenden Anspruchs nicht durchgreife. Die Zuständigkeit der Gerichte wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner in Verbindung mit Einwendungen, die, für sich betrachtet, der Entscheidung der Gerichte unterliegen, nur im Sinne einer Rechtsverwahrung — nicht als Grundlage eines anfänglichen oder vorsorglichen Klagantrags — Einwendungen vorbringt, die zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden gehören (Art. 56 Rechtsrh. GemO., Art. 7 Abs. 2 AGZVO., Art. 8 Nr. 31, Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 VGHG.).

14. Grabenreinigungspflicht. (Ersatz von Aufwendungen für Räumung eines Grabens.) Breslau 16. 9. 16, BreslauAK. 16, 83. Durch das Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden v. 1. 8. 83 sind in Preußen dem Verwaltungsstreitverfahren überwiesen und damit der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte entzogen: Klagen von Personen, die auf Anordnung der zuständigen Verwaltungsbehörde Leistungen zur Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Schulbau- und Wegebaupflicht oder zur Bewirkung der im öffentlichen Interesse erforderlichen Räumung von Gräben, Bächen und Wasserläufen bewirkt haben, auf Erstattung des Geleisteten gegen Dritte, sofern die Klagen darauf gestützt sind, daß der Dritte aus Gründen des öffentlichen Rechtes zu der Leistung verpflichtet gewesen wäre (§§ 47 Abs. 3 u. 4, 56 Abs. 5 u. 6, 66 Abs. 3 u. 4 a. a. O.; **RG.** 27, 207, PrVerwBl. 28, 573, OVG. 25, 262; 40, 238; 49, 223; 54, 320; — vgl. jetzt § 130 Abs. 2 WasserG. v. 7. 4. 13).

15. Hinterlegungsordnung. Albrecht u. Löning, Kommentar zur HO. v. 21. 4. 13; 33, 84, 89. Das Verhältnis zwischen dem Hinterleger und dem Staate ist ausschließlich öffentlich-rechtlicher Natur. Die Klage gegen die Hinterlegungsstelle ist in jedem Falle ausgeschlossen, auch wenn die Anstaltsgewalt der Hinterlegungsstelle über die hinterlegten Gegenstände beendigt ist, und selbst wenn die Hinterlegungsstelle die Herausgabe ohne jeden Grund verweigert. Dagegen Lion, JW. 16, 1008.

16. Immissionen. a) **RG.** 4. 3. 16, GruchotsBeitr. 60, 858, LeipzZ. 16, 817, WarnE. 16, 400, versagt den Rechtsweg bei Störungen des Mietgebrauchs durch eine das Gemeinwohl fördernde öffentlich-rechtliche Tätigkeit, in die im Rechtswege nicht eingegriffen werden darf (im gegebenen Falle durch die Benutzung einer Maschine in einer staatlichen Maschinenbauschule — vgl. **RG.** 59, 7; 56, 25; 71, 44).

b) KG. 11. 1. 16, KGBl. 16, 16. Der Ansicht des Berufungsgerichts kann nicht beigetreten werden, daß die von der Antragstellerin beantragte einstweilige Verfügung in ein staatliches Hoheitsrecht deswegen eingreifen würde, weil die von der Antragsgegnerin betriebene Anfertigung von Geschossen auf einer militärischen Anordnung beruhe. Die Antragsgegnerin führt einen Privatbetrieb, und dieser Betrieb beruhte, soweit sein Gegenstand gegenwärtig in Herstellung der für das Deutsche Reich notwendigen Geschosse besteht, nicht auf militärischer Anordnung. — Ein staatlicher Hoheitsakt würde nur bestehen, wenn die zuständige Behörde von Amts wegen oder auf Antrag der Gegnerin der Antragstellerin die Abwehr der Eigentumsangriffe verboten oder der Gegnerin den Eigentumseingriff gestattet hätte.

17. Jagdrecht. Rostock 14. 10. 15, MecklZ. 34, 159, bejaht den Rechtsweg für die Klage der zur Jagdausübung befugten Bürger gegen die Stadtgemeinde wegen Beeinträchtigung ihres Rechtes durch das landesherrlich bestätigte Jagdregulativ v. 21. 12. 12, das die Jagdausübung von der Lösung einer Jagdkarte abhängig machte.

18. Knappschaftliche Pensionskassen. Hanow, PrVerwBl. 37, 350. Nach

§ 1544 RVO: gilt § 1531, der die Ersatzansprüche der Gemeinde- und Armenverbände regelt, auch für knappschaftliche Krankenkassen, d. h. diejenigen Einrichtungen der Knappschaftsvereine, welche die Krankenfürsorge betreffen, nicht auch für die der Gewährung von Pensionen dienenden Einrichtungen dieser Vereine. Streit über Ersatzansprüche der Gemeinden und Armenverbände aus Pensionen wird nicht im Verfahren nach der RVO. entschieden. Nach § 70 Abs. 2 PrKnappschaftsG. aber sind Ansprüche auf die aus den Pensionskassen der Knappschaftsvereine zu gewährenden Unterstützungen unter Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs ausnahmslos der Entscheidung im knappschaftsschiedsgerichtlichen Verfahren überwiesen, also auch die Entscheidung über Erstattungsansprüche der Armenverbände gegen die Knappschaftsvereine nach § 12 UWG. Vgl. auch nächste Nummer.

19. Krankenkassenleistungen. Hoffmann. a) Die Beschränkung des Rechtswegs durch § 224 Nr. 2 RVO. reicht nicht weiter, als es der Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift zuläßt, es muß sich daher immer um die Gewährung einer Unterstützung im Rahmen der Krankenversicherung handeln. Ist also die unterstützte Person weder versicherungspflichtig noch versicherungsberechtigt, so handelt es sich nicht um die Gewährung einer Krankenunterstützung, so daß die Spruchbehörden der Arbeiterversicherung nicht zuständig sind. b) Die Zuständigkeit der Spruchbehörden der RVO. für die Entscheidung der Streitigkeiten wegen Rückforderung zu Unrecht gewährter Kassenleistungen von dem Unterstützten selbst ist nicht auf § 1636 RVO. zu gründen. Der dort bezeichnete Streit setzt einen Antrag im Sinne des § 1551 vom Anspruchsberechtigten voraus, die Krankenkasse kann daher nur die Rolle des Beklagten übernehmen (RVA. 23. 11. 14, AmtlNachr. d. RVA. 15, 764). — Hoffmann fordert die Überweisung der Rückforderungsstreitigkeiten zwischen Krankenkassen und Versicherten an die Versicherungsbehörden im Spruchverfahren. — Vgl. überhaupt Hoffmann, Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte im Bereiche der RVO., DJZ. 16, 941.

20. Kriegsbesoldung der preußischen Offiziere. Karlsruhe 10. 5. 16, DJZ. 16, 190. Durch die Kriegsverpflegungsvorschrift v. 28. 7. 09 in Verb. mit der Kriegsbesoldungsvorschrift v. 29. 12. 57 und der Kabinettsorder v. 22. 4. 15 über die Höhe der Offiziersbezüge ist an der (auch durch § 23 RGes. v. 15. 6. 09 nicht aufgehobenen) Zulässigkeit des Rechtswegs für die Ansprüche der preußischen Offiziere gegen den Reichsmilitärfiskus hinsichtlich ihrer Gebührnisse (JW. 07, 343) nichts geändert worden, da hierfür nur entscheidend ist, daß die Offiziere Staatsbeamte im Sinne des G. v. 24. 5. 61 betr. die Erweiterung des Rechtswegs sind, und nicht auf welcher Rechtsgrundlage ihnen die beanspruchten Gebührnisse zustehen. (Friedens- oder Kriegsbesoldungsvorschrift, Gesetz i. e. S. der Kgl. Verordnung.)

21. **Kriegsleistungen.** A. Zum Begriffe der Kriegsleistungen und Kriegsschäden überhaupt. a) **RG.** 27. 3. 16, GruchotsBeitr. 60, 681, LeipzZ. 16, 755, WarnE. 16, 195. Unter Kriegsleistungen im Sinne des KLG. v. 1. 6. 73 (RGBl. 129) sind nur die in §§ 3ff. aufgeführten Leistungen der Gemeinden, die Landlieferungen (§§ 16ff.) zur Füllung der Kriegsmagazine sowie die Beschaffung von Schiffen, Fahrzeugen, Pferden und Eisenbahnmaterial nach §§ 23ff. zu verstehen. Die „Leistungen", die das KLG. auferlegt, sind in dem Gesetz ausdrücklich und genau bezeichnet; andere als diese „Kriegsleistungen" können aus diesem Gesetze nicht verlangt werden. Demgegenüber sind die im § 35 gedachten „Kriegsschäden" überhaupt keine Leistungen, sondern Vermögenseinbußen an beweglichem und unbeweglichem Eigentume, die durch den Krieg verursacht sind. (Daher der Einwand der Unzulässigkeit des Rechtswegs verworfen gegenüber einer Schadensersatzklage einer Person, die von einem — Mannschaftskleidungsstücke innerhalb der armierten Festung Cöln befördernden — Kraftwagen überfahren worden war. Vgl. auch Militärhoheit und v. Loßberg, Die Verpflichtungen der Gemeinden zu Kriegsleistungen, JW. 16, 803.)

b) Zulässig ist der Rechtsweg daher schlechthin für Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung. α. Marienwerder 2. 3. 16, OLG. 32, 298. Zulässig ist der Rechtsweg für Vertragsansprüche aus Kriegsleistungen. (Der Kläger hatte sich der

Festungsverwaltung gegenüber verpflichtet, den laut Dampferverteilung des Generalkommandos für 1914/15 zugewiesenen Dampfer im Falle einer Armierung der Festung gegen eine tägliche Vergütung von 120 M. mit dem erforderlichen Betriebspersonal zur Verfügung zu stellen und das erforderliche Heiz- und sonstige Betriebsmaterial zu liefern.) Der Klaganspruch findet seine Stütze nicht in dem Gesetz über die Kriegsleistungen v. 13. 6. 73. Nach § 2 sind die Leistungen aus dem Gesetze nur insoweit in Anspruch zu nehmen, als für die Beschaffung der Bedürfnisse nicht anderweitig, insbesondere nicht durch freien Ankauf oder Barzahlung gesorgt werden kann. Der vom Gesetz in erster Linie gewiesene Weg ist hier beschritten worden; im Eingange des Vertrags heißt es ausdrücklich, daß er „freihändig" abgeschlossen sei. Überdies sind gemäß § 23 a. a. O. die Besitzer von Schiffen nur verpflichtet, diese zur Benutzung für Kriegszwecke der Militärverwaltung auf Erfordern zur Verfügung zu stellen. Zu weiteren Leistungen sind sie nach dem Gesetze nicht verbunden, besonders nicht zur Ausführung von Transporten und zur Stellung von Schiffsleuten.

β. Posen 17. 12. 15, PosMSchr. 16, 14. Kläger behauptete, daß ihm die beklagte Gemeinde Gebrauchsgegenstände für die Einquartierung zur Aufbewahrung übergeben habe mit der Zusage, daß er vom 1. 11. 14 ab andere 70 Mann zur Einquartierung erhalten würde. Diese Einquartierung hatte nicht stattgefunden, und der Kläger verlangte Entschädigung für Naturalquartier, weil er seine Räume eine Zeitlang bereitgestellt habe. Der ordentliche Rechtsweg wurde für zulässig erachtet, soweit der Anspruch auf Vertrag oder Amtspflichtsverletzung des Beamten gestützt wurde, aber auch soweit die gesetzlich von vornherein festgelegte Vergütung für die Quartierleistung nach dem KLG. gefordert wurde. Anders sei die Frage zu beurteilen, soweit die Höhe der Vergütung für Kriegsleistungen gesetzlich nicht von vornherein feststehe. — Vgl. auch zu B.

c) Zulässig ist der Rechtsweg, falls nur mittelbare Heranziehung zu Kriegsleistungen vorliegt oder Ausgleich für unmittelbare Leistungen gefordert wird. α. Dresden 25. 5. 16, DJZ. 16, 999, SächsRpflA. 16, 356. Das im § 33 KLG. vorgesehene Verfahren ist nur für das Verhältnis zwischen dem Reichsmilitärfiskus (a. a. O. § 2 Abs. 2) und den Gemeinden, Lieferungsverbänden und einzelnen (a. a. O. §§ 3, 16, 4 Abs. 3, 23 bis 25, 28) bestimmt, die von den Militärbehörden unmittelbar, nicht nur mittelbar (a. a. O. §§ 6, 18 Abs. 1) zu Kriegsleistungen herangezogen worden sind. Daher wurde der Rechtsweg zugelassen für den Schadensanspruch auf Grund der Anforderung eines Wagens nebst Geschirr seitens einer Militärbehörde, die nicht an den Kläger, sondern an die Gemeinde ergangen war, worauf diese den Kläger zur Erfüllung der Leistung in Anspruch genommen hatte.

β. Kann eine Gemeinde die von ihr auf Grund des KLG. gemachten Aufwendungen im Rechtswege von den einzelnen Gemeindemitgliedern wieder einfordern? LG. Kiel 16. 3. 16, SchlHolstAnz. 16, 89. Der Rechtsweg wurde verneint, da es sich im gegebenen Falle nicht um die Heranziehung der Mitglieder zu den Naturalleistungen des § 6 Abs. 1 KLG., sondern um eine in ihrer Rechtsnatur dadurch völlig geänderte Leistung handelte, daß die Barkosten der Gemeinde selbst entstanden waren und lediglich, wie auch andere Gemeindelasten, auf die Gemeindemitglieder umgelegt wurden. Dies geschieht auf Grund des allgemeinen Besteuerungsrechts der Gemeinde und unterliegt den Grundsätzen, nach denen dieses Recht ausgeübt wird.

γ. OVG. 12. 2. 16, R. 16, 565. (Kläger forderte Erstattung der ihm durch die Unterbringung eines einquartierten Soldaten entstandenen Kosten.) Bei den Kriegsleistungen macht die Gemeinde nicht von ihrer im Gemeinderechte liegenden Finanzhoheit Gebrauch, sondern lediglich von der ihr durch das KLG. im § 6 eingeräumten Befugnis der Heranziehung der dort bezeichneten einzelnen Pflichtigen, die nicht alle der Finanzhoheit der Gemeinde zu unterliegen brauchen. Der § 49 ZustG. v. 26. 7. 76 ist beseitigt, es fehlt daher an einer das Verwaltungsstreitverfahren zulassenden Vorschrift.

B. Verhältnis des KLG., insbesondere des § 34 a. a. O. zum Landesrechte. Herrschende und in der Rechtsanwendung ausschließlich vertretene Ansicht, daß zwar ein Streit über die Höhe des Übernahmepreises nach dem KLG. vom

Rechtsweg ausgeschlossen ist, im übrigen aber der Rechtsweg für den Vergütungsanspruch in vollem Umfang offen steht. a) Beyer 800. § 34 KLG. verweist in bezug auf die Zulässigkeit des Rechtswegs auf die landesrechtlichen Bestimmungen. Die preußische Kabinettsorder v. 4. 12. 31 spricht den Grundsatz aus, daß die Entscheidung über Kriegsbeschädigungen den ordentlichen Gerichten entzogen sei. Ebenso wird durch die Kabinettsorder v. 8. 9. 41 der Rechtsweg in bezug auf die Kriegsleistungsentschädigungen ausdrücklich ausgeschlossen. Dies Landesrecht ist durch späteres Reichsrecht nicht gebrochen worden. § 13 GVG. kommt nicht in Betracht; der Vergütungsanspruch für gewisse besondere Leistungen und Opfer, die der einzelne dem Staate bringt, ist nicht privatrechtlicher Natur. In Wahrheit handelt es sich lediglich um Pflichten der Staatsorgane zur Gewährung von bestimmten Vergütungen, also um Pflichten des öffentlichen Rechtes, über die die ordentlichen Gerichte im allgemeinen nicht zu entscheiden haben. — Daß § 13 GVG. die Streitfrage über Vergütungen und Entschädigungen für Kriegsleistungen zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten hat rechnen wollen, läßt sich nicht nachweisen. § 13 scheidet aber auch deshalb aus, weil in der Frage der Kriegsentschädigungen durch § 20 KLG. und die reichsrechtlichen Ausführungsverordnungen eben die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden begründet wird. — Den gleichen Standpunkt vertritt Hartmann, PrVerwBl. 37, 619 (vgl. auch PrVerwBl. 15, 422).

b) Dagegen Neukamp 805. Nach § 13 GVG. ist die Landesgesetzgebung in der Lage, auch Streitigkeiten über solche Ansprüche, die an sich dem öffentlichen Rechte angehören, den ordentlichen Gerichten zur Entscheidung als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zuzuweisen. Das preuß. G. v. 11. 5. 51 schließt lediglich für die im § 18 erwähnten Streitigkeiten den Rechtsweg aus. Daraus folgt, daß in allen anderen Streitigkeiten, in denen auf Grund jenes Gesetzes eine Vergütung aus der Staatskasse gefordert wird, der Rechtsweg zulässig ist. (So preuß. Kompetenzkonfliktsgerichtshof 11. 5. 61, PrJMBl. 64, 441, und 13. 10. 73, PrJMBl. 73, 325, vgl. auch ObTrib. 14. 1. 64; 52, 363.) Der Vorwurf Hartmanns, der Kompetenzkonfliktsgerichtshof habe in der Entsch. 11. 5. 61 die Kabinettsorder v. 8. 9. 41 nicht berücksichtigt, wird zurückgewiesen. Diese Order sei nicht in der preußischen Gesetzsammlung, sondern lediglich in den Kamptzschen Jahrbüchern für die preuß. Gesetzgebung 58, 119 veröffentlicht und könne überdies für die Auslegung des G. v. 1851 nicht in Frage kommen.

Gegen Neukamp Hartmann, PrVerwBl. 37, 620: Erst das G. v. 3. 4. 46 habe bestimmt, daß landesherrliche Erlasse, die Gesetzeskraft erhalten sollen, in die Gesetzsammlung aufgenommen werden müssen. Dagegen habe die Kabinettsorder v. 24. 7. 26 (GS. 73) ausdrücklich darauf hingewiesen, daß Voraussetzung der Gültigkeit eines Gesetzes nicht die Bekanntmachung in der Gesetzsammlung sei.

c) Schäffer, JW. 16, 648. Die Nachprüfung der zugebilligten Vergütung der Höhe nach ist vom Gesetze selbst ausgeschlossen, dagegen der Rechtsweg zulässig bezüglich der anderen hinsichtlich der Vergütung möglichen Fragen, Grund des Anspruchs, Aktivlegitimation. Vgl. die Entsch. zu d; ferner Militärhoheit, Mobilmachung.

d) (Betraf Vergütung für ausgehobene Pferde.) PrGH. für KompKonflikte 30. 10. 15, FrankfRundsch. 49, 262, LeipzZ. 16, 336, NaumburgAK. 16, 60. Es handelt sich um die Frage, ob in Preußen der ordentliche Rechtsweg dazu dienen kann, die — wegen eines untergelaufenen Irrtums oder aus einem anderen Grunde — der Sachlage und dem Gesetze nicht entsprechende Festsetzung der Aushebungskommission durch eine anderweite Feststellung zu ersetzen. Die Feststellung des Wertes der ausgehobenen Pferde nach § 26 Abs. 3 KLG. v. 13. 6. 73 und § 20 Abs. 3 Satz 2 PferdeAushVorschr. v. 1. 5. 02 bildet nicht eine bloß prozessuale Voraussetzung der Durchführung des Anspruchs des Pferdebesitzers, sondern deren nach Grund und Umfang maßgebende materiellrechtliche Grundlage. Dem Pferdebesitzer stehen gegen das Reich privatrechtliche Ansprüche überhaupt nicht zu. Sein Anspruch beruht ausschließlich auf den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des KLG. und den dazu ergangenen AusfVorschr. — Es ist nicht Aufgabe der ordentlichen Gerichte, Entscheidungen einer Verwaltungsbehörde, hier der Aushebungskommission,

denen das Gesetz die Bedeutung eines anspruchsbegründenden Rechtsakts beilegt, im Prozeß aufzuheben oder zu ändern. Insoweit ist im Sinne des § 13 GVG. die den ordentlichen Rechtsweg ausschließende Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde gegeben. Eine Änderung ihrer anspruchsbegründenden Entscheidung ist lediglich im Beschwerdeverfahren bei der vorgeordneten Verwaltungsbehörde zu erzielen.

Anders **RG.** 6. 12. 15; 87, 357, JW. 16, 430, LeipzZ. 16, 1103 (vgl. **RG.** 11. 1. 16, WarnE. 16, 621). Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß durch den allgemein geltenden § 13 GVG. die Bestimmung des § 34 KLG. aufgehoben ist, durch die nicht eine besondere Rechtsnorm für die Ansprüche aus dem KLG. geschaffen, sondern allgemein auf das geltende Landesrecht verwiesen war, bis eine anderweitige (reichs-) gesetzliche Regelung erfolgen würde. Diese ist nicht erfolgt. Die allgemeine Norm dafür, welche Ansprüche auf dem Wege des bürgerlichen Rechtsstreits von den ordentlichen Gerichten verfolgt werden können, gibt jetzt § 13 GVG., der indessen einen allgemein gültigen Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit" auch nicht aufstellt und aufzustellen beabsichtigt, sondern nur eine einheitliche prozeßrechtliche Regelung herbeiführen will und für das materielle Recht auf die maßgebenden Reichs- oder Landesgesetze verweist. Grundlage einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit ist hiernach ein jeder Anspruch, der seinem Rechtsstoffe nach auf Grund der geltenden Reichs- oder Landesgesetze als privatrechtlicher Natur anzusprechen ist. — Ob für die Erhebung des Anspruchs auf Vergütung nach Maßgabe des KLG. die §§ 74, 75 Einl. zum PrALR. und § 11 I. 11 ALR. anzuwenden sind, kann unerörtert bleiben. Denn jedenfalls ist ein im Rechtswege verfolgbarer Anspruch nur insoweit gegeben, als das Reichsgesetz, das den Anspruch selbst begründet, ihn als im Rechtswege verfolgbar anerkennt. Nun ergibt zwar § 34 KLG., daß dieses Gesetz keineswegs beabsichtigt hat, für die Ansprüche gegen das Reich, die aus den Leistungen nach Maßgabe dieses Gesetzes entstehen, den Rechtsweg überhaupt auszuschließen; diese können die verschiedensten Streitigkeiten erzeugen, insbesondere ob ein Fall der Vergütung überhaupt vorliegt und ob (§ 7 Abs. 1 Satz 1) deren Fälligkeit eingetreten ist. Auf der anderen Seite ist aber aus den §§ 25, 33 KLG. zu entnehmen, daß für die Festsetzung der Höhe der Vergütung der Rechtsweg ausgeschlossen sein soll; sie ist ausschließlich und endgültig den Verwaltungsbehörden zugewiesen. (Wird näher ausgeführt. — Ferner wird dargelegt, die Annahme **RG.** 16. 12. 85; 15, 37, das G. v. 13. 2. 75 über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden habe den Rechtsweg für die Festsetzung der Vergütung nicht ausschließen wollen, sei nachträglich durch G. v. 21. 6. 87 widerlegt worden, das im § 7 ausdrücklich bestimme, daß über die Feststellung der Vergütungen die eingesetzte Kommission endgültig unter Ausschluß des Rechtswegs auf Grund sachverständiger Schätzung entscheide.) Vgl. hierzu Plum, JW. 16, 430. Die Entscheidung verneine mit Recht die Frage, ob im Rechtsweg über den Betrag der im gesetzlichen Verfahren festgesetzten Vergütung verhandelt werden kann. Die andere Frage, ob die im gesetzlichen Verfahren festgesetzte Vergütung im Rechtswege geltend gemacht werden kann, sei zu bejahen. Vgl. auch Heilberg-Schäffer, KLG. S. 156 (gegen Hirsch, KGBl. 218).

Gegen RG. Hartmann, PrVerwBl. 37, 620. Die öffentlich-rechtliche Natur der Vergütungsansprüche kann, namentlich wenn man die Rechtsentwicklung in Preußen in Betracht zieht, nicht zweifelhaft sein, weil sie einem durch einen Verwaltungsakt begründeten öffentlich-rechtlichen Verhältnis entspringen und schon wegen ihres inneren Zusammenhanges mit der öffentlich-rechtlichen Leistungspflicht des einzelnen ausschließlich nach öffentlichem Rechte zu beurteilen sind.

22. Lagerhausgebühren siehe unter Gemeindeanstalten.

23. Lehrerbesoldung, Posen 20. 9. 15, PosMSchr. 16, 44. Nach § 37 Nr. 2 LehrerbesoldungsG. v. 26. 5. 09 findet auf Volksschulen das G. betr. Erw. d. Rechtsw. v. 24. 5. 61 mit der Maßgabe Anwendung, daß im Falle des § 2 G. der Oberpräsident an die Stelle des Verwaltungschefs tritt.

24. Militärhoheit. In dem zu Nr. 21a erörterten Falle, **RG.** 27. 3. 16, wurde

der Einwand der Unzulässigkeit des Rechtswegs auch insoweit zurückgewiesen, als er auf die Behauptung gestützt war, die Klage richte sich gegen die Ausübung des Militärhoheitsrechts. „Eine solche Ausübung ist grundsätzlich (**RG.** 55, 171) nur dann anzunehmen, wenn die Handlung auf die militärische Ausbildung der Truppen abzielt, eine Betätigung der Fürsorge für die Kriegstüchtigkeit des Heeres darstellt. — Die Verwahrung, Untersuchung, Beischaffung oder Wegschaffung der zu fiskalischen Beständen gehörigen Materialien und Gebrauchsgegenstände sind dagegen zunächst und regelmäßig bloß militärfiskalische Anordnungen oder Handlungen, die zwar aus Anlaß der Ausübung des Militärhoheitsrechts erfolgen, deren Interessen dienen, ihrer Natur und Zweckbestimmung nach aber der staatlichen Vermögensverwaltung angehören und denen gegenüber grundsätzlich der Rechtsweg unbeschränkt eröffnet ist."

25. Mobilmachung. Neukamp 626. Die Anordnung der Mobilmachung mit allen daraus sich ergebenden Folgen, und zwar sowohl für die Gestellungspflicht der einer Militärdienstpflicht unterliegenden Personen wie für die Kriegsleistungspflichten, stellt die Ausübung eines Staatshoheitsrechts dar, dessen Gültigkeit der Anfechtung im Rechtswege schlechthin entzogen ist. Demnach entbehren auch alle diejenigen landesrechtlichen Vorschriften der Rechtsgültigkeit, die entgegen diesem reichsrechtlichen Grundsatze den Rechtsweg darüber zulassen würden, ob etwa eine Behörde, die nach erfolgter Mobilmachung in Ausführung des KLG. Anordnungen getroffen, hierbei ihre Befugnisse überschritten hat. (Vgl. Heilberg-Schäffer, Kommentar 148 § 2 nur für preuß. Recht unter Hinweis auf § 10 I 11 und **RG.** 15, 40; nach Neukamp allgemeingültiger Rechtsgrundsatz.)

26. Patronat, **RG.** 11. 10. 15, R. 16, 46. Der Rechtsweg für die Feststellungsklage ist zulässig, wenn es sich nicht um den Patronatsbeitrag zu den Kosten bestimmter Bauarbeiten handelt, deren Notwendigkeit gemäß § 707 II. 11 ALR. durch die Regierung zu prüfen gewesen wäre, sondern lediglich um die streitige Frage, ob der Beklagte überhaupt verpflichtet ist, als Patron zu den Kosten der Instandsetzung der Kaplanswohnung beizutragen. Nur die Entscheidung über die Frage der Notwendigkeit kirchlicher Bauten ist in eine Hand, und zwar in diejenige der Verwaltungsbehörde, unter Ausschluß der Nachprüfung im ordentlichen Rechtswege gelegt (vgl. JDR. 14 II 20).

27. Pferdeaushebungsvorschrift für Lübeck v. 19. 8. 02 (§ 11) in Verb. mit § 27 KLG. und §§ 7, 15 LübG. v. 16. 6. 79 betr. die Strafbefugnisse der Polizei- und Verwaltungsbehörden. **RG.** 28. 2. 16, HansGZ. 16 Beibl. 296, R. 16 Nr. 1777, WarnE. 16, 196. Nach § 10 LübAGGVG. v. 12. 2. 79 kann, wer sich durch eine Verwaltungsbehörde in seinem Rechte verletzt glaubt, das ordentliche Gericht anrufen. Der Kläger hatte sich geweigert, seine 16 Pferde der Aushebungskommission vorzuführen. Er wurde durch Vf. v. 25. 11. 14 auf Grund des § 11 a. a. O. in eine Geldstrafe von 150 M. genommen und unter der Androhung, daß er im Ungehorsamsfalle für jedes einzelne nicht vorgeführte Pferd in die gleiche Geldstrafe genommen werden würde, angehalten, die Pferde anderweit vorzuführen. Da die Vorführung nicht erfolgte, so wurde die Strafe in Höhe von 16 × 150 M. festgesetzt. Beschwerde und Antrag auf Aufhebung der Polizeiverfügung blieben erfolglos. Der Klage auf Rechtsunwirksamkeitserklärung des Strafbescheids setzte der Staat Lübeck die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs entgegen, die vom LG. und OLG. verworfen wurde. RG. hob auf und wies zurück. Die Bestimmung des § 10 darf auch auf solche Fälle bezogen werden, in denen jemand die Beschwerde gegen einen polizeilichen Strafbescheid darauf stützt, daß die Polizeibehörde für den Erlaß des Bescheids nicht zuständig gewesen sei. Es mag eine eigentümliche Rechtsgestaltung sein, daß bei solcher Auslegung des lübeckischen Gesetzes die Vorfrage der Zulässigkeit des Rechtswegs zugleich zur Entscheidung in der Sache selbst ihrer Hauptgrundlage nach zwingt. Die Zulässigkeit einer solchen einzelstaatlichen Bestimmung ist aber vom Standpunkte der Reichsgesetzgebung aus, für welche § 13 **GVG.** und §§ 3, 14 EGGVG. in Frage kommen, nicht zu beanstanden. Eine solche in die Entscheidung der Hauptsache selbst eingreifende Vorentscheidung findet auch in den Fällen der zivilrechtlichen Verfolgung eines öffentlichen Beamten wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der

Ausübung seines Amtes vorgenommenen Handlungen nach Maßgabe der Reichsgesetze in den Grenzen des § 11 EGGVG. statt. Ferner wird hervorgehoben, die Ausführungen des Berufungsgerichts ließen es zweifelhaft erscheinen, ob die Entscheidung auf dem nicht revisiblen lübeckischen Staatsrechte beruhten oder auf der Anwendung des § 27 KLG., indem angenommen worden, daß diese Bestimmung auch die Androhung und Festsetzung einer als polizeiliche Zwangsmaßregel gedachten Verwaltungsstrafe hindere, eine Auslegung, die der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterworfen und erheblichen rechtlichen Bedenken unterliegen würde.

28. Reichsentschädigungskommission auf Grund der Bek. v. 25. 4. 15. a) KG. 16. 5. 16, LeipzZ. 16, 1332. Die Kommission ist kein besonderes Gericht im Sinne des § 13 GVG. Es ist damit auch nicht die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde begründet. Denn die REK. ist nicht eingerichtet auf Grund einer Reichsverordnung, zu deren Erlaß der Reichskanzler ermächtigt war, sondern sie ist auf Grund einer bloßen Anordnung im Verwaltungsweg eingesetzt und daher auch nicht, wie es für Reichsvorschriften nach Art. 2 RV. erforderlich wäre, im RGBl. veröffentlicht, sondern nur im RAnz. mitgeteilt worden. — Somit ist zu prüfen, ob im Sinne des § 13 eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vorliegt. Das entscheidet sich nach der Natur des verfolgten Anspruchs (JW. 15, 1024). Es kommt darauf an, ob der Anspruch auf einem privatrechtlichen Titel oder einer privatrechtlichen Grundlage beruht. — Der Akt, durch den in das Eigentum der Klägerin eingegriffen worden ist, war ein solcher des Militärhoheitsrechts. Da die Betätigung der obrigkeitlichen Gewalt in das Gebiet des öffentlichen Rechtes gehört, so unterliegt es nicht der Beurteilung der ordentlichen Gerichte, ob die Ausübung dieses Hoheitsrechts statthaft war (**RG.** 24, 36; 79, 429). Aber auch der Anspruch auf Vergütung wegen eines solchen Eingriffs in das Privateigentum kann nicht auf einen privatrechtlichen Titel gestützt werden. Die Behörde trifft kein Verschulden. — Die durch einen Hoheitsakt hervorgerufene Vermögensverschiebung ist nicht ohne Rechtsgrund bewirkt worden.

b) (Zur Frage des Rechtswegs bei Requisitionen im Feindeslande.) Beer 981. Eine reichsgesetzliche Zuständigkeitsbestimmung ist nicht vorhanden. Die Anordnung des Reichsk. v. 25. 4. 15 betr. das Verfahren vor der Reichsentschädigungskommission ist eine innere Anweisung des Reichsk., nicht eine gesetzliche Zuständigkeitsbestimmung im Sinne des § 13 GVG. — Im gegebenen Falle steht dem Eigentum als Privatrechtstitel die Kriegsführung als völkerrechtlicher Akt gegenüber. Die Beurteilung seiner rechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen kann nur nach Völkerrecht erfolgen. Dann aber ist das entstandene Rechtsverhältnis auch nur ein völkerrechtliches, ein Verhältnis von Staat zu Staat, und jede Rechtsstreitigkeit, die aus ihm erwächst, ist eine völkerrechtlich-öffentlich-rechtliche, die als solche dem ordentlichen Rechtsweg entzogen ist.

29. Schleusenunterhaltungspflicht. Breslau 20. 11. 15, BreslauAK. 16, 53. Das vom Beklagten nicht bestrittene Recht des jeweiligen Eigentümers von Bl. Nr. 48 auf Bestehen und Benutzung der streitigen Schleuse stellt sich als Recht auf Benutzung eines fremden Grundstücks, also als Grunddienstbarkeit dar; die vom Kläger behauptete Pflicht des Beklagten, diese Schleuse zu unterhalten, ist eine dem Eigentümer des belasteten Grundstücks als solchem obliegende positive Leistungspflicht im Interesse der Ausübung der Grunddienstbarkeit. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch berührt mithin nur die Rechtskreise des Klägers und des Beklagten in seiner Eigenschaft als Eigentümer des hier in Frage kommenden Wassers. — Es wird ferner ausgeführt, daß Vorschriften, nach welchen der Streit über die Unterhaltspflicht einer Schleuse, also einer Stauanlage, etwa wegen der öffentlich-rechtlichen Natur dieser Unterhaltspflicht, nicht Gegenstand eines bürgerlichen Rechtsstreits sein könnte, weder nach früherem Rechte noch nach dem PrWasserG. v. 1913 gegeben seien.

30. Staatshoheitliche Eingriffe im allgemeinen. Kraft 279. Der Rechtsweg ist ausgeschlossen für den Anspruch auf Beseitigung staatshoheitlicher Einrichtungen oder Aufhebung, bzw. Unterlassung staatshoheitlicher Maßnahmen, die in Privatrechte eingreifen. Der Rechtsweg ist zulässig für den Anspruch auf Abbestellung oder tunlichste Einschränkung der durch die Ausübung des betreffenden Staatshoheitsrechts nicht notwendig bedingten

Begleit- und Folgeerscheinungen, die in Privatrechte eingreifen. Der Rechtsweg ist in vollem Umfange zulässig für den Anspruch auf Entschädigung, soweit nicht Sondergesetze Abweichendes bestimmen.

31. Stempelrecht. a) Automatenstempelabgabe. Darmstadt 8. 7. 14, HessRspr. 16, 269. Für Ansprüche auf Rückerstattung von Steuerbeträgen sind nach hessischem Landesrechte die ordentlichen Gerichte auch dann nicht zuständig, wenn eine privatrechtliche Begründung herangezogen wird. (Im gegebenen Falle die rechtlose Bereicherung. — Als anerkanntes Recht wird bezeichnet, daß als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten nur diejenigen anzusehen sind, die nach dem Landesrecht als solche zu gelten haben, daß insbesondere die Vorschrift des § 13 GVG. in die landesgesetzlichen Bestimmungen, welche die Zuständigkeit von Justiz und Verwaltung regeln, nicht eingreifen will.)

b) Vergleich wegen Zahlung von Reichsstempel. **RG.** 19. 10. 15, Gruchots Beitr. 60, 698. Da das Reichsstempelgesetz (§ 110 G. v. 3. 7. 13, § 94 G. v. 15. 7. 09) in Beziehung auf die Verpflichtung zur Entrichtung der in ihm festgestellten Abgaben den Rechtsweg für zulässig erklärt, so gehört auch der vorliegende Rechtsstreit über einen zwischen dem Reichsschatzamt und der Klägerin geschlossenen Vergleich zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Der Vergleich kommt hier nur als ein bei der Entscheidung beachtlicher Vorgang in Betracht.

32. Steuerrecht. a) Umsatzsteuer. **RG.** 12. 11. 15, LeipzZ. 16, 1493, R. 16, 48. Die beklagte Stadtgemeinde hatte das Grundstück der Kläger durch Enteignung erworben und erhob von dem Eigentumswechsel Umsatzsteuer. Der Rechtsweg wurde für zulässig erachtet. In Wahrheit forderten die Kläger nicht die Steuer als solche zurück, sondern verlangten Ersatz des Aufgewendeten gemäß § 449 BGB. von der Stadtgemeinde als Unternehmerin, die insoweit einem Käufer gleichstände; übrigens auch gemäß § 43 EEG., da die Umsatzsteuer zu den Kosten der Enteignung gehörte, die der Unternehmer zu tragen habe. Endlich wurzelt die aus § 426 BGB. hergeleitete Ausgleichungspflicht ebenfalls im bürgerlichen Rechte, und die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs kann insoweit nicht dadurch ausgeschlossen werden, als dabei gegebenenfalls die öffentlich-rechtliche Frage der gesamtschuldnerischen Haftung für die Umsatzsteuer zwischendurch mitzuerörtern ist.

b) **RG.** 6. 7. 15, JDR. 14, 36 IIa, über die Zulässigkeit des Rechtswegs bei überhobenen Steuern auch DNotV. 16, 601, GesuR. 17, 596, R. 16, 54.

33. Straßenanlieger. a) Kraft, RheinZ. 8, 70. Der Entschädigungsanspruch des Straßenanliegers wurzelt in den Beziehungen des Staates als Trägers der obrigkeitlichen Herrschaftsgewalt zu den Untertanen als Objekten dieser Herrschaftsgewalt. Er gehört deshalb dem öffentlichen Rechte an und ist ein subjektives öffentliches Recht. Die natürliche Instanz für das Entschädigungsverlangen bilden deshalb die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte. Die rechtsgeschichtliche Entwicklung in Deutschland spricht jedoch für die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Die Begründung von **RG.** 2. 12. 08; 70, 77 u. 19. 9. 08, GruchotsBeitr. 53, 719 ist eine unzulängliche; denn der Schluß von der Vermögensrechtlichkeit des Anspruchs auf seine privatrechtliche Natur ist nicht schlüssig. — Es bleibt nichts übrig als eine historische Erklärung des Ergebnisses, die wohl zum Teil auf die ausdrückliche Bestimmung des § 79 Einl. z. ALR. zurückführt, wonach die Entscheidung dieser Streitigkeiten ausdrücklich den ordentlichen Gerichten zugewiesen ist (81/82). — Über die besonderen Bestimmungen für die Ansprüche aus straßenbaulichen Maßnahmen der Fluchtlinienfestsetzung nach Maßgabe der §§ 12—14 G. v. 2. 7. 75 vgl. 83 ff.

b) **RG.** 15. 2. 16, R. 16, 255. Als Gegenleistung für die Verlegung eines Kraftfahrbataillons nach L. verpflichtete sich die Gemeinde u. a., zwei bestimmte Straßen, einschließlich der Wasser- und Leuchtstoffleitungen, auszubauen. Das Recht der Gemeinde auf die Anschlußgebühr wurde verneint, weil § 3 des in Betracht kommenden Vertrags alle Teile des Straßenbaues umfasse, also auch die Kosten der Gebäudeanschlüsse. Der Streit über die Erstattungspflicht habe eine privatrechtliche Grundlage und sei eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 GVG.

34. Theaterkaution RG. 29. 9. 16; 88, 417, PrVerwBl. 38, 133. Der Polizeipräsident, der gemäß § 32 GO. auf Grund der §§ 115, 161 ZustG. v. 1. 8. 83, § 2 Nr. 4 G. v. 13. 6. 00 die Erteilung der Erlaubnis von der Hinterlegung einer Theaterkaution abhängig macht, handelt nur in Ausübung der Polizeihoheit; es liegt lediglich ein öffentlich-rechtliches Verhältnis vor. Die Anordnungen der Zahlungen aus der Theaterkaution sowie die (mit Rücksicht auf noch unerledigte Ansprüche Berechtigter erfolgte) Versagung der Genehmigung zur Rückzahlung des Restbetrags sind polizeiliche Verfügungen im Sinne des G. v. 11. 5. 42. Daher der Rechtsweg ausgeschlossen.

35. Überfahrtsrechte. Seeger, WürttZ. 16, 20. Nach Art. 43 Abs. 2 württ. Feldwege G. ist der Zivilrichter nur zuständig, wenn es sich um Streitigkeiten über den Bestand oder die Ausübung von Überfahrten handelt, für die ein besonderer privatrechtlicher Titel (einschließlich der unvordenklichen Verjährung) in Anspruch genommen wird. — Die Streitigkeiten über den Bestand und die Ausübung eines auf dem örtlichen Herkommen beruhenden Überfahrtsrechts nach Art. 43 Abs. 1 a. a. O. in Verb. mit Art. 10 Ziff. 22 VerwRpflG. sind im Wege der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu erledigen.

36. Unfallversicherung. RG. 8. 7. 15, JDR. 14, 39a, auch GruchotsBeitr. 60, 339.

37. Wasserrecht. a) RG. 15. 12. 15, R. 16, 223. Klage auf Einräumung des Besitzes und der Nutzung an einer Anlandung. Der Kläger hat nach den wasserrechtlichen Vorschriften keinen Anspruch auf den Besitz, solange er den dort aufgestellten Voraussetzungen nicht genügt, insbesondere die Feststellung des dem Staate zu erstattenden Betrags (§ 6 StrombauG., § 146 Abs. 3 WasserG.) herbeiführt und diese Entschädigung zahlt. Die Feststellung der Entschädigung erfolgt nach §§ 148, 76 WasserG. durch den Bezirksausschuß mit Vorbehalt des Rechtswegs. — Die Feststellung der Voraussetzungen für die Besitzeinweisung und die Besitzeinweisung selbst ist unter Ausschluß des Rechtswegs den Strompolizeibehörden übertragen (§ 13 Abs. 1—3 StrombauG.; RG. 33, 331). Die Klage auf Besitzeinräumung war daher unzulässig. Auch die Verurteilung zur Besitzeinräumung gegen Erstattung der aufgewendeten Strombaukosten konnte, da über die Entschädigungsfrage nicht von dem Gerichte zu erkennen war, nicht ausgesprochen werden (RG. 22, 3; 40, 271).

b) Verfügungen des Wasserbauamts als polizeiliche Vf. im Sinne des Pr G. v. 11. 5. 42. Tragweite des § 12 Pr Wasser G. RG. 25. 3. 16, WarnE. 16, 238. (Kläger nahm als Ufereigentümer das Eigentum eines von ihm als natürliche Anlandung bezeichneten Geländes in Anspruch, nachdem das Wasserbauamt und der Regierungspräsident die Errichtung eines Bollwerkes darauf versagt hatten, da das beanspruchte Vorland keine natürliche Anlandung, sondern Bestandteil des öffentlichen Gewässers sei, an dem weder eine Privatperson noch der beklagte Fiskus Eigentum erwerben könne.) Mit Recht hat das Berufungsgericht die von dem Beklagten der Klage entgegengesetzte Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs, soweit sie auf das G. v. 11. 5. 42 gestützt war, mit der Begründung verworfen, daß die lediglich auf Feststellung des Eigentums des Klägers am streitigen Vorgelände gerichtete Klage nicht die Rechtmäßigkeit jener polizeilichen Verfügung zum Gegenstande habe und deren Beseitigung bezwecke, daß die begehrte Feststellung auch die Rechtmäßigkeit der Verfügungen nicht berühre, und daß der Umstand, daß die Verfügungen Anlaß zur Klage gegeben haben, den Rechtsweg nach dem in Rede stehenden Gesetze nicht ausschließe. (Der vom Berufungsgericht eingenommene Standpunkt entspricht der Rechtsprechung des Kompetenzkonfliktsgerichtshofs und des RG. — vgl. auch JW. 03, 70.) — § 12 PrG. v. 7. 4. 13 bestimmt die Grenze zwischen dem Wasserlauf und dem Ufergrundstücke, die sogenannte Uferlinie, und sieht eine durch Klage im Verwaltungsstreitverfahren anfechtbare Festlegung dieser Uferlinie durch die Wasserpolizeibehörde vor. Keineswegs aber verweist er die Streitigkeiten zwischen dem Eigentümer des Wasserlaufs und den Eigentümern der Ufergrundstücke über die Grenzen ihres Eigentums vor die Wasserpolizeibehörden und vor die Verwaltungsgerichte.

38. Wegerecht. a) Über den Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen und

den Rechtweg bei Beeinträchtigung des privaten Eigentums am Wege Germershausen, GesuR. 17, 505.

b) Breslau 27. 5. 16, BreslauAK. 16, 66. Dadurch, daß die Klägerin ihren Antrag darauf beschränkt, nur die Folgerungen aus der angeblichen Öffentlichkeit des Weges zu ziehen, erhält die Klage noch keinen privatrechtlichen Grundzug. Der Rechtsweg bleibt ausgeschlossen (**RG.** 76, 326). (Im gegebenen Falle verlangte die Gemeinde eine Entscheidung über die Benutzungsbefugnis an einem öffentlichen Wege.)

III. Die Rechtsgültigkeit der elsaß-lothringischen Geschworenenbank in Enteignungssachen. 1. **RG.** 9. 11. 15, ElsLothJZ. 16, 60, JW. 16, 326. Die Geschworenenbank, die auf Grund des französischen G. v. 3. 5. 41 (Art. 21—52) betreffend die Zwangsenteignung in Verbindung mit dem ElsLothG. betreffend die Feststellung der Entschädigungen im Falle der Zwangsenteignung v. 20. 6. 87 die Enteignungsentschädigung festzusetzen hat, ist eine außerhalb der ordentlichen Gerichte stehende, mit den Landgerichten nur äußerlich verknüpfte besondere und selbständige rechtsprechende Behörde. Über die Entschädigung haben in sachlicher Beziehung die Geschworenen (die Bildung der Bank erfolgt durch die Zivilkammer des Landgerichts aus der durch den Bezirkstag zusammengestellten Geschworenenliste, §§ 3, 4 G. v. 20. 6. 87) ganz selbständig und, abgesehen von der Möglichkeit der Einlegung des formalen Rechtsmittels des (der ZPO. unbekannten) Kassationsrekurses, unwiderruflich zu befinden. Die richterliche Einwirkung beschränkt sich hierbei darauf, daß ein Richter als Vorsitzender die Beratung und Abstimmung leitet und nur bei Stimmengleichheit in die Lage kommt, in der Sache selbst seine Stimme abzugeben. Der Spruch der Geschworenen selbst stellt die Entscheidung dar. — Die Geschworenenbank ist kein Verwaltungsgericht, sondern ein „besonderes Gericht" im Sinne des § 13 GVG., das nach keiner Richtung mit Streitsachen befaßt ist, die man als Verwaltungsstreitsachen bezeichnen könnte. Sie ist aber als solches unzulässig, da sie reichsgesetzlich weder bestellt noch zugelassen ist. Ihre Tätigkeit als erkennende Behörde entbehrt der gesetzlichen Grundlage. Die ihr seinerzeit landesgesetzlich eingeräumten Befugnisse dürfen seit dem Inkrafttreten des GVG. nur noch durch die ordentlichen Gerichte, und zwar nach Maßgabe der Verfahrensvorschriften der ZPO., ausgeübt werden. (Unter Aufhebung von Colmar 9. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 54, RheinZ. 8, 169.)

Vgl. hierzu 1. Koffka, JW. 16, 362 Anm. Mann kann sehr wohl in der Geschworenenbank eine dem LG. angegliederte besondere Abteilung des LG. finden, dessen Bestandteil sie bildet. — Will man verneinen, daß es das ordentliche Gericht ist, welches sich mit der Sache befaßt, so muß man auch bestreiten, daß der ordentliche Richter in dieser seiner Eigenschaft mit der Sache befaßt ist. Daraus würde aber folgen, daß das Gesetz dem Richter Obliegenheiten der allgemeinen Staatsverwaltung übertragen hat und dieser daher als Verwaltungsbeamter tätig wird, und daraus würde die Eigenschaft der Geschworenenbank als Verwaltungsgericht herzuleiten sein. (Die Frage ist für Elsaß-Lothringen von einschneidender Bedeutung, da dort die Feststellung und Leistung der Entschädigung der Enteignung nachfolgt, durch die Entscheidung des RG. das besondere schleunige Verfahren der Feststellung durch die Geschworenenbank für unzulässig erklärt und der Enteignete auf die Beschreitung des ordentlichen Rechtswegs verwiesen wird, in dem sich Enteignungsprozesse jahrelang hinzuziehen pflegen.)

2. Hartmann, ElsLothJZ. 16, 214, weist auf die Ähnlichkeiten in der Stellung der Geschworenenbank mit der hamburgischen Schätzungskommission in Enteignungssachen hin, die vom RG. 10. 3. 11; 75, 428 für eine Verwaltungsbehörde erklärt worden sei, weil ihr außer der eigentlichen richterlichen Tätigkeit auch Verwaltungsakte übertragen worden seien. Es wird gezeigt, daß in Elsaß-Lothringen, wie in Preußen und Hamburg, die Entscheidung über den Anspruch auf Übernahme des Restgrundstücks ein richterlicher und kein Verwaltungsakt sei, ebenso die Einweisung in den Besitz des enteigneten Grundstücks nach Art. 51, 65 ff. ElsLothG. v. 3. 5. 71. Die Geschworenenbank wäre nichts anderes als ein Sondergericht, wenn der Streit über die Höhe der Entschädigung eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne

des § 13 GVG. wäre. Die Auffassung des RG., daß ein solcher Streit unter allen Umständen eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit sei, beruhe auf einem Irrtum und werde durch § 15 Nr. 2 EGZPO. nicht gestützt. Die letztere Bestimmung wolle nur sagen, daß das Verfahren in Enteignungssachen auch dann, wenn die betreffenden Ansprüche nach dem einschlägigen Landesrechte bürgerliche sein sollten, abweichend von den reichsgesetzlichen Vorschriften geregelt werden könne. Ob der Anspruch auf Entschädigung ein bürgerlicher oder öffentlichrechtlicher sei, hänge davon ab, wie der Landesgesetzgeber das Rechtsinstitut der Enteignung juristisch konstruiert habe (Art. 109 EGBGB.). Nach französischem Rechte sei die Grundlage der Entschädigungspflicht des Staates oder des Unternehmers nicht irgendein zivilrechtlicher Gesichtspunkt, sondern der Gedanke der aequitas, der billigen Ausgleichung. Da die öffentlichrechtliche Eigenschaft der Entschädigungsansprüche nach wie vor außer jedem Zweifel stehe, so habe der Gesetzgeber nicht allein das Verfahren, sondern auch die Zuständigkeit der Behörden nach Belieben regeln können.

§ 14.

Schrifttum: Auerswald, Recht der Minderjährigen in Arbeit und Dienst, GewuKfmG. 22, 32. — Bovensiepen, Prisengerichtssprüche, NiemeyersZ. 26, 305. — Buresch, Prisenrecht und Prisengerichtsbarkeit, DJZ. 16, 471. — v. Dassel, Die Rechtsprechung des Prisengerichts Hamburg, DJZ. 16, 574. — Görres, Kalirecht und Kaliprozesse, JW. 16, 1072. — Jaffé, Die 5000-Mark-Grenze für die Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte, GewuKfmG. 22, 58. — Kallee, Das Kriegsprozeßrecht und das Verfahren vor den Gewerbegerichten und Kaufmannsgerichten, GewuKfmG. 21, 161, 282, 305. — Kamps, Das internationale Privat- und Prozeßrecht in den besetzten Gebieten, DJZ. 16, 775. — Kiesow, Die deutsche Rechtspflege im Gebiete der östlichen Etappenverwaltungen, DJZ. 16, 486. — Kleeis, Lehrlingsstreitigkeiten, GesuR. 17, 361. — Landsberger, Berufung in Zeugnisprozessen, GewuKfmG. 21, 330. — Paulick, Gebühren- und Kostenverfahren bei den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten, GewuKfmG. 21, 282.

I. Generalkommissionen. Breslau (ohne Zeitangabe), BreslauAK. 16, 74. Gehört ein Rechtsstreit wegen Zusammenhanges mit der Auseinandersetzung vor die Generalkommission, so ist die Sache nach § 9 VO. v. 20. 6. 17 (GS. 161), der auch nach Erlaß der ZPO. in Geltung geblieben ist, durch einfachen Gerichtsbeschluß an die Generalkommission zu verweisen. (Im Anschluß an **RG.** 30. 5. 91, GruchotsBeitr. 36, 128; vgl. daselbst Delius 267, 579.)

II. Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. A. Persönliche Zuständigkeit. 1. Auerswald 32. Hat der Gewalthaber des Minderjährigen den Dienst- oder Arbeitsvertrag selbst geschlossen, so hat er die Wahl, ob er als gesetzlicher Vertreter im Prozesse den Lohnanspruch im Namen des Kindes verfolgt oder aber ob er ihn im eigenen Namen und zu eigenem Rechte auf Grund des ihm kraft Gesetzes zustehenden Verwaltungsrechts als des Ausflusses der Sorge für die Person des Kindes (§§ 1627, 1630) geltend macht. Im ersteren Falle ist für gewerbliche und kaufmännische Angestellte die Zuständigkeit des GewG. oder KfmG., für Dienstboten die des AG., im letzteren Falle stets die der ordentlichen Gerichte gegeben.

2. Einzelfragen. a) Gemeindeanstalten. Hafenverwaltung. GG. Offenbach a. M. 2. 8. 16, GewuKfmG. 22, 16. Der 7. Titel der Gewerbeordnung ist anwendbar auf Arbeiter, die in Gewerbebetrieben beschäftigt sind, d. h. in solchen Betrieben, die auf Erwerb gerichtet sind und eine Einnahmequelle verschaffen sollen. Es gibt gemeindliche Betriebe, auf welche dieses Merkmal unzweifelhaft zutrifft; hierher gehören z. B. Elektrizitätswerke und Gasanstalten. Die Erwerbsabsicht fehlt dagegen bei Gemeindeanstalten, die in erster Linie dem öffentlichen Interesse dienen und bei denen von vornherein feststeht, es sei Sache der öffentlichen Verwaltung, dafür zu sorgen, daß die durch die Anstalt erzeugten Leistungen allen Bürgern gleichmäßig zu gleichen, billigen Bedingungen zuteil werden. Diese Anstalten sind keine Gewerbebetriebe. (Unter diese Gruppe wurde die Hafenverwaltung der Stadt Offenbach a. M. gerechnet.)

b) Keine Zuständigkeit für den Verband öffentlicher Lebensversicherungs-

anstalten in Deutschland. KfmG. München 19. 9. 14, GewuKfmG. 21, 177. Die notwendige Voraussetzung, daß ein Handelsgewerbe vorliegen muß, trifft auf den Verband nicht zu. Dieser ist, wie die Statuten ergeben, eine gemeinnützige Körperschaft des öffentlichen Rechtes und verfolgt den Zweck, das öffentliche Lebensversicherungswesen zu fördern, insbesondere durch Rückversicherung der ihm angeschlossenen Anstalten.

Anders für die Preußische Zentralgenossenschaftskasse. LG. I Berlin 29. 1. 16, GewuKfmG. 21, 207. Zum Begriffe des Gewerbebetriebs genügt es, wenn der Unternehmer durch Geschäfte in fortgesetzt gleichartiger Tätigkeit eine dauernde Einnahmequelle eröffnen, also Gewinn erzielen will. Gewerbsmäßigkeit ist auch vorhanden, wenn die erhofften Gewinne anderen als gewinnsüchtigen Zwecken, etwa wissenschaftlichen, religiösen oder politischen Zwecken dienen sollen. Die Zentralgenossenschaftskasse will, genau so wie eine Sparkasse, durch den Betrieb der Bankgeschäfte Gewinn erzielen, über dessen Verwendung im Gesetze bestimmt ist, es solle zu vier Fünftel der Verzinsung des Grundkapitals, im übrigen zur Bildung eines Reservefonds dienen. Wenn auch die Anstalt nur zu gemeinnützigen Zwecken besteht, so muß sie doch gerade zur Erreichung dieser Zwecke auf die Erzielung von Gewinn bedacht sein.

c) Maurerpoliere. München 12. 2. 16, OLG. 33, 12. Ein Maurerpolier bezog 50 M. wöchentlich und während eines Baues noch Zulage. Die Zuständigkeit des Gewerbegerichts wurde bejaht. Die Maurerpoliere im Baugewerbe zählen nur dann zu den höheren Angestellten nach § 133 a GewO., wenn dies durch eine außergewöhnliche Stellung bei einem Betriebe gerechtfertigt wird. (Im gegebenen Falle verneint, da Kläger keinen Anteil an der Bauleitung und Bauausführung hatte.)

d) Fragen des Kriegsrechts. α. Militärpersonen in gewerblichen Arbeitsverhältnissen. GG. Berlin 2. 11. 15. Wenn ein Soldat bei einer Firma, die im Interesse des Heeres arbeitet, tätig ist, so leistet er Militärdienst. Der Rechtsgrund seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung ist dann nicht der Arbeitsvertrag, sondern der militärische Befehl.

β. Zuständigkeit des Gewerbegerichts für im feindlichen Ausland angeworbene Arbeiter. aa. Schalhorn, GewuKfmG. 21, 150. Die Aufenthaltsbeschränkungen, Meldepflichten usw., denen die Angeworbenen unterworfen sind, sind für die Frage, ob ein Zwangs- oder freies Arbeitsverhältnis vorliegt, unerheblich. Ein Zwang zur Aufnahme der Arbeit oder auch nur zur Fortsetzung des einmal eingegangenen Arbeitsverhältnisses wird auf sie nicht ausgeübt. Sie werden nicht zwangsweise nach Deutschland gebracht. Ihre Überführung geschieht nicht durch staatliche Behörden, sondern durch den Arbeitgeber, der sie angeworben hat. Die Anwerbung vollzieht sich in derselben Weise wie die der Mehrzahl der heimischen Arbeiter, durch Arbeitsnachweis. — Ist hiernach festzustellen, daß die Arbeitsbedingungen von beiden Teilen freiwillig und ohne Zwang vereinbart worden sind, so folgt daraus, daß gültige Arbeitsverträge vorliegen und die Zuständigkeit des GewG. gegeben ist, sofern nur die Arbeitgeber Gewerbetreibende sind. Sie würde übrigens auch dann gegeben sein, wenn man einen gültigen Vertrag verneinen wollte. Denn Arbeitsverhältnisse haben tatsächlich bestanden.

bb. GG. Hamborn 14. 4. 16, GewuKfmG. 21, 232. Bei Prüfung der sachlichen Zuständigkeit war festzustellen, ob die Kl. als freie Arbeiter anzusehen sind. Da feststeht, daß Bekl. die Kl. angeworben hat, der Begriff des Anwerbens aber eine vertragliche Vereinbarung und damit die freie Willensentschließung der vertragschließenden Teile zur Voraussetzung hat, ergibt sich, daß die Kl. als freie Arbeiter einen Arbeitsvertrag geschlossen haben.

B. Sachliche Zuständigkeit. 1. Angaben der Klage. KfmG. Berlin 31. 7. 15, GewuKfmG. 21, 120. Wenn nach der Behauptung des Klägers das Gehalt einschließlich einer Weihnachtsgratifikation 5000 M. überschreitet, so ist die Zuständigkeit des KfmG. gemäß § 4 KfmGG. ohne weiteres zu verneinen. Es kann dahingestellt bleiben, ob (**RG.** 29, 373) sonst, wenn die kompetenzbegründenden mit den Anspruch begründenden Tatsachen völlig zusammenfallen, eine besondere Beweiserhebung über die Zuständigkeitsvoraus-

setzungen nicht erforderlich ist, vielmehr die bloße Behauptung derselben zur Begründung der Zuständigkeit genügt.

2. Schadensersatzansprüche. a) GG. Leipzig 4. 12. 15, GewuKfmG. 21, 81. Für Schadensersatzansprüche wegen Körperverletzung und Sachbeschädigung gelegentlich übermäßiger Züchtigung des Lehrlinges sind die ordentlichen Gerichte zuständig. Die Pflicht, Gesundheit und Eigentum im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. nicht zu verletzen, folgt nicht etwa aus dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Lehrvertrage, sondern aus der allgemeinen Pflicht, rechtswidrige Verletzung von Individualgütern der Mitmenschen zu unterlassen. Es liegt keiner der Fälle des § 4 GewGG., insbesondere nicht von Ziff. 2 u. 4 vor.

Vgl. dagegen ÖstObGH. 9. 3. 15, AÖstGZ. 16, 296. Zur Zuständigkeit der Gewerbegerichte gehören alle aus dem Arbeitsverhältnisse, nicht bloß aus dem Arbeitsvertrag entspringende Streitigkeiten. Das GewG. ist demnach auch für die wegen Nichtbeobachtung gesetzlicher Schutzmaßnahmen erhobenen Entschädigungsansprüche des Dienstnehmers zuständig. §§ 3, 4 ÖstGewGG.

b) Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für Ansprüche eines Handlungsgehilfen, der wegen eines durch Verschulden des Dienstherrn im Dienste erlittenen Unfalls auf Entschädigung klagt. **RG.** 18. 6. 15; 87, 82, GewuKfmG. 22, 56. Die Vorschriften der §§ 5 Nr. 4, 2 KfmGG. sind mit gewissen Abweichungen dem § 4 Nr. 2 u. 4 GewGG. nachgebildet und beruhen demnach, wie diese, auf dem Gedanken, daß das Sondergericht über die Ansprüche entscheiden soll, die sich unmittelbar aus dem Dienstverhältnis ergeben und Gegenstand des eigentlichen Arbeitsvertrags sind. Die im § 62 HGB. geregelten Pflichten des Dienstherrn sind jedoch nicht lediglich vertraglicher Natur, sondern ebenso wie die im § 618 BGB. aufgeführten Pflichten zugleich im öffentlichen Interesse festgesetzt und beruhen daher nur mittelbar auf dem Dienstvertrage.

c) KfmG. Hamburg 1. 12. 15, GewuKfmG. 21, 86. Das KfmG. ist nicht zuständig für Ansprüche, die aus der Nichtanmeldung zur Angestelltenversicherung entstehen. Die Leistung der Beiträge zur Angestelltenversicherung seitens des Prinzipals ist keine Leistung, die unmittelbar auf dem Dienstverhältnisse beruht (Ziff. 2), und ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Gehilfen wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung der Verpflichtung zu solcher Leistung fällt deshalb nicht unter Ziff. 4. Die Verpflichtung zur Leistung der Beiträge beruht auf dem öffentlichen Rechte, dem Reichsversicherungsrechte, sie entsteht nicht aus dem Abschlusse des Dienstvertrags, sondern nur in Anlaß dieses Abschlusses.

d) KG. 10. 4. 15, OLG. 33, 13. Hat ein Handlungsgehilfe, der die Geschäftskasse führt, Gelder aus der Kasse an sich genommen, so fällt der Schadensersatzanspruch des Geschäftsherrn unter § 5 Nr. 4 KfmGG. Unerheblich ist, ob der Anspruch eine Rechtsgrundlage außerdem noch in den §§ 823 ff. oder § 812 BGB. finden kann. Das ordentliche Gericht hat sich der Entscheidung zu enthalten, auch wenn auf den Sachverhalt noch ein anderes Gesetz angewendet werden könnte, dessen Tatbestand, wenn er allein vorläge, nicht zur Zuständigkeit des Sondergerichts gehörte.

3. Ist das Urteil eines sachlich nicht zuständigen Gewerbe- oder Kaufmannsgerichts nichtig und kann diese Nichtigkeit durch Klage vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden? LG. Essen 7. 1. 16, GewuKfmG. 21, 147. Die Unterscheidung zwischen Scheinurteilen oder „nichtigen Urteilen" und Urteilen findet im Gesetze keine Grundlage. Man kann den Urteilen nur Nichturteile entgegenstellen, d. h. solche Urteile, die unter Außerachtlassung derart wichtiger Formalien zustande gekommen sind, daß sie sich nur äußerlich als Urteile kennzeichnen. Die sachliche Unzuständigkeit des Gewerbegerichts ist lediglich ein materieller Mangel. Zur Beseitigung solcher Mängel sind die vorgesehenen Rechtsmittel gegeben. — Es kann nicht zweifelhaft sein, daß, wenn ein OLG. mit Unrecht seine Zuständigkeit angenommen hat, dieses Urteil lediglich durch Einlegung der Revision, nicht aber durch eine negative Feststellungsklage

beseitigt werden kann. Das gleiche muß für die Gewerbegerichte gelten, die auch Gerichte sind, d. h. Behörden, die die Befugnis haben, Recht zu sprechen, derart, daß das, was sie sagen, rechtskräftig ist, mithin als richtig nicht nur von den Parteien anerkannt werden muß, sondern auch von der Staatsgewalt durchzusetzen ist. (Im Anschluß auch an Stein [11] II, 153: Die Rechtskraft deckt und heilt das mangelhafte Verfahren. Das gilt insbesondere von der Überschreitung der Zuständigkeit, auch gegenüber den besonderen Gerichten.)

4. Berechnung der Berufungssumme. Landsberger 330 wendet sich dagegen, den Wert des Streitgegenstandes in jedem Prozeß um die Arbeitspapiere als unschätzbar anzusehen. Die Prüfung des Streitwerts habe für jeden Fall besonders zu erfolgen. Wenn man auch den Wert des Zeugnisses für den Gehilfen namentlich im Hinblick auf die Erlangung weiterer Arbeitsgelegenheiten keineswegs unterschätzen dürfe, müsse man sich doch vor Überschätzung des Wertes der Arbeitsbescheinigungen und Dienstzeugnisse hüten.

III. Kaliverteilungsstelle. Görres, JW. 16, 1072, über die Organisation der Verteilungsstelle und der Berufungskommission nach § 30 RKaliG. und das dort zu beobachtende Verfahren.

IV. Prisengerichte. 1. Hamburg 25. 9. 15, LeipzZ. 16, 76. § 2 PrisGO. bestimmt, daß Prise im Sinne dieser VO. feindliche oder neutrale Kauffahrteischiffe sind, sowie auf solchen Schiffen befindliche feindliche oder neutrale Güter, sofern sie in Ausübung des Prisenrechts in Beschlag genommen werden. Hiernach sind deutsche Güter niemals Prisen im Sinne der PrisGO., und daraus ergibt sich, daß Ansprüche auf Schadensersatz gegen das Deutsche Reich wegen Vernichtung deutscher Güter auf feindlichen oder neutralen Schiffen nicht zur Zuständigkeit des Prisengerichts gehören.

2. Hamburg 30. 10. 15, LeipzZ. 16, 76. Die Briefpostsendungen unterliegen, wie aus der ihre Unverletzlichkeit aussprechenden Nr. 7 PrisGO. zu entnehmen ist, nicht der Aburteilung seitens des Prisengerichts. Vgl. dagegen Schaps a. a. O. 77.

3. Oberprisengericht Hamburg 14. 4. 16, HansGZ. Hptbl. 109, LeipzZ. 16, 886, über die Beweiskraft englischer Affidavits.

4. Oberprisengericht Hamburg 17. 4. 16, LeipzZ. 16, 965, über die konstitutive Wirkung des prisengerichtlichen Urteils.

5. Übersichten über die Rechtsprechung der Prisengerichte von Bovensiepen, NiemeyersZ. 26, 305, Buresch (Berlin), DJZ. 16, 477, 636, 731, 819; v. Dassel (Hamburg), DJZ. 16, 574.

V. Rheinschiffahrtsgerichte. **RG.** 27. 10. 15; 87, 251, JW. 16, 142, R. 16 Nr. 700. Die Zuständigkeit der Rheinschiffahrtsgerichte zur Entscheidung über Schadensersatzansprüche auf Grund Art. 34 II c der revidierten Rheinschiffahrtsakte v. 17. 10. 68 ist keine ausschließliche. (Herrschende Rechtslehre und Rechtsprechung, JW. 82, 132; 02, 232; Karlsruhe 7. 11. 02, BadRpr. 03, 29; Celle 18. 6. 07, OLG. 15, 255.) — Es wird gezeigt, daß zunächst die geschichtliche Entwicklung der über die Rheinschiffahrt getroffenen Vereinbarungen (Oktroivertrag zwischen dem Deutschen Reiche und Frankreich v. 15. 8. 04, Anlage XVI zur Wiener Konkreßakte und die Rheinschiffahrtsakte v. 3. 1. 31) keinen Anhalt dafür ergeben, daß eine Vereinbarung auf die ordentlichen Gerichte unzulässig sei. Der Zweck, den Beteiligten eine rasche und sachkundige Rechtsprechung zu bieten, erfordere nicht mehr, als den Beteiligten die Möglichkeit zu bieten, das einzurichtende besondere Gericht anzurufen. Im Zweifel (§ 14 „zugelassen") werde man es als gestattet ansehen müssen, daß die Beteiligten die Gerichtsgewalt der ordentlichen Gerichte durch Vereinbarung wiederherstellen.

Dritter Titel. Amtsgerichte.

§ 22.

Die Stellung des dienstaufsichtführenden Amtsrichters in Preußen. G., DRZ. 16, 42, erörtert im Anschluß an Colmar (Disziplinarhof, DJZ. 15, 156, vgl. JDR. 14) zunächst die allgemeine Stellung des § 22 innerhalb der Gerichtsverfassung. Das GVG. bezieht sich ganz ausschließlich auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit (§ 12) — den

„fragmentarischen Charakter" des GVG. hebt § 4 EGGVG. noch besonders hervor —. Der § 22 ist so zu lesen, als wenn er lautete: „Ist ein Amtsgericht mit mehreren Straf- oder Zivilrichtern besetzt, so wird einem derselben von der Landesjustizverwaltung die allgemeine Dienstaufsicht für das Gebiet der Straf- und Zivilrechtspflege übertragen." Es wird ferner darauf hingewiesen, daß nach der Begründung zum GVG. der § 22 nur die gemeinsamen Angelegenheiten in eine Hand gelegt wissen wollte, und gezeigt, daß aus den Kommissionsberatungen ein Einverständnis über den Begriff der allgemeinen Dienstaufsicht nicht herzuleiten sei. Die Bedeutung des Begriffs wird wie folgt bestimmt: Nach dem allgemeinen Sprachgebrauche, nach dem in den Motiven ausgesprochenen Zwecke, die Regelung der gemeinsamen Angelegenheiten in eine Hand zu legen, und nach der Stellung des Amtsrichters im Systeme des GVG. ist darunter die Anbahnung und Überwachung aller Einrichtungen, Maßnahmen und Anstalten zu begreifen, wodurch die Richter instand gesetzt werden, die Rechtspflege bei den zuständigen Gerichten in der gesetzlichen Weise mit Erfolg auszuüben. Sie umfaßt also, kurz gesagt, den allgemeinen, geschäftlichen Mechanismus, im Gegensatze zu der gegen alle Antastungen geschützten Betätigung der Rechtspflege: der richterlichen Gewalt (45). Endlich wird ausgeführt, daß die allgemeine Dienstaufsicht an die Person des Amtsrichters nicht heranreiche, nach § 78 PrAGGVG. mit dem Landgerichtspräsidenten die Stufenreihe der Träger der persönlichen Dienstaufsicht über die Richter schließe und nach § 79 a. a. O. nur die Aufsicht über die nichtrichterlichen Beamten einem der mehreren Amtsrichter desselben Gerichts übertragen werden könne. Dies Ergebnis sei auch beabsichtigt, die in den §§ 73—75 Entw. vorgesehene Dienstaufsicht eines Amtsrichters gegenüber den richterlichen Beamten ausdrücklich gestrichen, überdies der § 75 Entw. mit seinem gegen die Richter gerichteten Rüge- und Strafrecht als systemwidrig in das Disziplinargesetz verwiesen worden (§ 23 Abs. 2 PrG. v. 9. 4. 79). Vgl. hierzu auch W., DRZ. 16, 657.

§ 23.

Zuständigkeit bei Streitigkeiten wegen Viehmängel, wenn ein besonderer Garantievertrag abgeschlossen ist. Königsberg 14. 12. 15, OLG. 33, 71, PosMSchr. 16, 38. Der Beklagte hatte erklärt, er garantiere dafür, daß die Tiere noch mindestens zwei Monate tragend seinen und leicht den Transport aushielten. Damit hat der Beklagte nicht die Garantie für die wirklich gesunde Ankunft der Tiere übernommen, vielmehr nur dafür, daß sie ihrer gesundheitlichen Beschaffenheit nach imstande wären, den Transport zu überstehen. — Die „Transportfähigkeit" ist aber kein Erfolg, sondern das Vorhandensein bestimmter körperlicher Eigenschaften, die ein Tier nach den allgemeinen Erfahrungen befähigen, einen Transport wie den in Frage kommenden zu überstehen. Handelt es sich aber um die Zusicherung gewisser Eigenschaften im Sinne des § 492 BGB., die tatsächlich nicht vorgelegen haben, so dreht sich der Streit um Viehmängel im Sinne des § 23 Abs. 2 GVG., und das AG. ist ausschließlich zuständig.

Fünfter Titel. Landgerichte.

§ 65.

1. **RG.** (Straff.) 5. 11. 15, SächsRpflA. 16, 18. Es ist zulässig, daß der Direktor einer Strafkammer wegen Geschäftsüberlastung den Vorsitz dem dienstältesten Kammermitglied abgibt und in der Sitzung als Beisitzer tätig ist. Der Begriff der Verhinderung ist da, wo er in dem GVG. — §§ 54, 62, 65, 66, 94 — und in der StPO. — §§ 15, 227, 271, 275 — vorkommt, vom Gesetze nirgends näher bestimmt und daher in keinem anderen, insbesondere nicht in einem eingeschränkteren als dem verkehrsüblichen, Sinne gebraucht, wonach jede tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit, in der gegebenenfalls erforderlichen Weise tätig zu werden, ausreicht.

2. **RG.** (Straff.) 17. 11. 15, LeipzZ. 16, 405. Nur ein ordentliches Mitglied der Kammer kann den Vorsitz führen. (Daher für unzulässig erachtet, daß an Stelle des dienstältesten Mitglieds der Kammer ein Amtsgerichtsrat, der zur Sitzung hinzugezogen worden war, weil ein Richter des LG. nicht mehr zur Verfügung stand, den Vorsitz führte.)

§ 70. (§ 39 PrAGGVG.)

Unanwendbarkeit der Bestimmung, wenn der Beamte nur auf privatrechtlichem Gebiet als Vertreter des Fiskus tätig geworden ist. **RG.** 13. 1. 16, JW. 16, 750, LeipzZ. 16, 880, PosMSchr. 16, 39. Wie der erkennende Senat bereits JW. 09, 394 ausgesprochen hat, stehen die Nr. 2 und 3 des § 39 AGGVG. in einem engen und organischen Zusammenhange, so daß es sich bei der in Nr. 2 erwähnten „Verschuldung von Staatsbeamten" um ein solches Tun des Staatsbeamten handelt, das mit seiner amtlichen Tätigkeit in unmittelbarem Zusammenhange steht, also entweder eine Überschreitung seiner amtlichen Befugnisse oder eine pflichtwidrige Unterlassung von Amtshandlungen darstellt, mithin das Gebiet seiner öffentlich-rechtlichen Tätigkeit betrifft. Ist der Beamte dagegen nur auf privatrechtlichem Gebiete als Vertreter des Fiskus tätig, so entfällt die Anwendung der Nr. 2 des § 39 AGGVG. genau so, wie sie nach der ständigen Rechtsprechung des RG. in allen den Fällen als unanwendbar bezeichnet worden ist, in denen es sich nur um die privatrechtlichen Beziehungen des Fiskus zu dritten Personen handelte (**RG.** 18, 166; 29, 420; 40, 398; 50, 396; 78, 325, JW. 87, 92; 89, 478; 96, 300, SeuffBl. 74, 384, DJZ. 05, 699). — Zu dem gleichen Ergebnisse würde man übrigens auch gelangen, wenn man annimmt, es liege hier ein eigenes Verschulden des beklagten Fiskus vor; denn daß auf solche Fälle der § 39 Nr. 2 a. a. O. keine Anwendung findet, steht in der Praxis des RG. fest. **RG.** 42, 415, JW. 01, 394. (Es handelte sich um eine Beschädigung, die der Kläger in einem Gerichtsgebäude dadurch erlitten hatte, daß er bei dem Suchen nach dem Briefkasten von einer nicht beleuchteten Treppe herabgefallen war.) Die Entscheidung wird gebilligt von v. Seuffert, JW. 16, 899: Ein Gebäudeaufseher ist als solcher nicht Staatsbeamter, auch wenn er sonst die Stellung eines Staatsbeamten hat.

Siebenter Titel. Kammer für Handelssachen.

§§ 106, 107.

KG. 29. 11. 15, KGBl. 16, 25. Indem die Zivilkammer über den Antrag des Beklagten auf Verweisung des Rechtsstreits an die Kammer f. H. ohne vorherige mündliche Verhandlung entschied, hat sie gegen eine gesetzliche Verfahrensvorschrift verstoßen. KG. hielt aber den Beschluß für unanfechtbar und lehnte eine entsprechende Anwendung des von **RG.** GruchotsBeitr. 52, 1142 zu §§ 707, 719 ausgesprochenen Grundsatzes ab, daß die Beschwerde dann zulässig, wenn das bei Erlaß der angefochtenen Anordnung beobachtete Verfahren ungesetzlich gewesen.

Neunter Titel. Reichsgericht.

§ 136.

Ebermayer, Die Zuständigkeit bei Hoch- und Landesverrat und bei Verrat militärischer Geheimnisse, LeipzZ. 16, 97, empfiehlt u. a., die Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen, die sich gegen den Kaiser oder das Reich richten, und solchen, die sich gegen einen anderen Bundesfürsten oder Bundesstaat richten, aufzuheben, da die Unterscheidung durchaus nicht immer ohne Schwierigkeiten durchzuführen sei und dem Reichsgedanken nicht entspreche, ganz abgesehen davon, daß Schwurgerichte sich zur leidenschaftslosen Aburteilung politischer Delikte wenig eignen.

Dreizehnter Titel. Rechtshilfe.

Vorbemerkungen.

1. Schultzenstein, DJZ. 16, 669. Die Auskunftserteilung ist zwar zur Rechtshilfe im weiteren Sinne, aber nicht zur eigentlichen Rechtshilfe zu rechnen.

2. Über unnötige Rechtshilfeersuchen. Kößler, BayRpflZ. 16, 8 (betrifft die Vernehmung der Vermächtnisnehmer und der nicht bedachten gesetzlichen Erben in dem Verfahren, das die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen und die Erbenermittlung zum Gegenstande hat).

3. LG. Leipzig 8. 9. 15, SächsRpflA. 16, 305. Keine Anwendung des Rechtshilfe G. v. 21. 6. 09 im Verkehre zwischen Disziplinargerichten und den ordentlichen Gerichten.

4. Über die entsprechende Anwendung der Vorschriften des 13. Titels nach § 8 der Bek. über die Errichtung von Preisprüfungsstellen und die Versorgungsregelung v. 25. 9. 15 vgl. zu § 387 ZPO.

§ 159.

1. Anerkennung der Vaterschaft. a) **RG.** 23. 12. 15; 87, 426, JW. 16, 428, LeipzZ. 16, 1472. Ein Minderjähriger kann eine rechtswirksame Erklärung über Anerkennung der Vaterschaft (§ 1718 BGB.) und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (§ 794 Ziff. 5 ZPO.) nicht abgeben, wenn nicht sein gesetzlicher Vertreter zu der Erklärung vorher seine Zustimmung erteilt hat (§§ 111 Abs. 1, 183 BGB.). Ersucht in einem solchen Falle das Vormundschaftsgericht ein auswärtiges Gericht um die Entgegennahme dieser Erklärung von dem als Erzeuger in Anspruch genommenen Minderjährigen, so hat das letztere nach § 159 Abs. 2 GVG. in Verb. mit Art. 40 Abs. 2 FGG. das Ersuchen abzulehnen, solange ihm nicht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nachgewiesen ist. **RG.** 27. 4. 14 (nicht 28. 3. 14); 84, 31. Jene Vorschriften stehen aber, wie bereits in der letzteren Entscheidung angedeutet, der Beurkundung rein tatsächlicher Angaben des minderjährigen Erzeugers über die Abstammung des Kindes durch den ersuchten Richter nicht entgegen. Insoweit darf das Ersuchen nicht abgelehnt werden.

b) Josef, HessRspr. 16, 78. Dem Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt niemals die Ermittlung des Sachverhalts ob, der zur Vorbereitung eines Rechtsstreits dienen soll; gegenteils ergeben Vorschriften, wie die §§ 485, 488 ZPO., die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts der streitigen Gerichtsbarkeit für derartige Feststellungen. Daher kann das Vormundschaftsgericht, dem die Unterstützung des Vormundes bei Ermittlung und Geltendmachung von Mündelansprüchen, insbesondere des Unterhaltsanspruchs gegen den Erzeuger zusteht, nicht förmliche Beweisaufnahme zu diesem Zwecke anordnen; es kann hierzu auch nicht die Rechtshilfe anderer Gerichte beanspruchen. Die Zulassung derartiger Beweisaufnahmen würde eine Verwirrung des Unterschieds zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit herbeiführen.

c) Colmar 9. 2. 16, ElsLothJZ. 16, 208. Nach den Vorschriften des ElsLothLG. (§§ 44 ff. AGFGG.) ist den Amtsgerichten eine Beurkundung gemäß § 129 Abs. 2 BGB. verboten. Dagegen ist nach § 47 AGFGG. in Durchbrechung des im § 44 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes das Vormundschaftsgericht zur gerichtlichen Beurkundung von Erklärungen zuständig, welche ihm gegenüber in öffentlich beglaubigter Form abzugeben sind. Diese Vorschrift ist entsprechend anzuwenden, wenn (wie im gegebenen Falle) das Vormundschaftsgericht im Wege der Rechtshilfe um Entgegennahme der vom Vormund abzugebenden Erklärung der Einwilligung zur Namenerteilung (§ 1706 BGB.) angegangen wird.

2. Vernehmung von Sachverständigen in anderen Bundesstaaten. [Die §§ 157—160, 165 GVG. in der Theorie und preußischen Praxis], DRZ. 16, 332, bespricht die Erlasse des preuß. Justizministers v. 10. 7. 84 (JMBl. 161), wiederholt 16. 7. 00 (JMBl. 525), 27. 9. 04 (JMBl. 255), die zur Vermeidung einer Belastung der Gerichtskassen empfehlen, sich mit Sachverständigen aus anderen Bundesstaaten unmittelbar in Verbindung zu setzen und sie ihre Gutachten schriftlich abstatten zu lassen, hingegen das AG. ihres Wohnsitzes um förmliche Vernehmung nur da anzugehen, wo besondere Umstände die mündliche Abgabe des Gutachtens oder dessen mündliche Erläuterung erheischen. Dementsprechend hat ein Erlaß des Oberlandesgerichtspräsidenten in Hamm v. 26. 2. 09 ausgesprochen, es werde in der Regel genügen, wenn das ersuchte Gericht in Fällen, in denen es nach seiner Ansicht ohne zureichenden Grund um die Vernehmung von Sachverständigen angegangen wird, sofort nach Eingang des Ersuchens das ersuchende Gericht auf das unter den Bundesstaaten getroffene Abkommen über das Verfahren bei Zuziehung von in anderen Bundesstaaten wohnhaften Sachverständigen hinweist. Sollte dieser Hinweis den erhofften

Erfolg nicht haben, so sei an ihn zu berichten, damit er beim Justizminister beantragen könne, wegen Erstattung der Kosten mit den beteiligten Regierungen in Verbindung zu treten. G. hält diesen Erlaß für bedenklich, da er eine Abänderung und Abschwächung des § 159 im Verwaltungsweg enthalte. Auch die Belehrung sei unzulässig. ➡ Es kann nicht als unzulässig erachtet werden, wenn die Dienstaufsichtsstellen im Verwaltungswege die Anwendung eines zweckmäßigen Verfahrens erstreben, das einem Abkommen der Bundesregierungen entspricht. Die gesetzlichen Befugnisse der Gerichte aus §§ 158, 159 GVG. bleiben unberührt. ⬅

3. Darmstadt 29. 11. 15, DJZ. 16, 544. Der Rechtshilfezwang betrifft ausschließlich richterliche Handlungen. Dahin gehört nicht die Bereitstellung der Gerichtsschreibereien des ersuchten Gerichts zur Entgegennahme von Anträgen und Erklärungen. (Betraf das Ersuchen um Aufnahme einer formrichtigen Klage durch die Gerichtsschreiber.)

4. Rechtshilfe im Felde. a) Kaufmann, JW. 16, 108, hat beobachtet, daß Ersuchen um Zeugenvernehmungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Felde durch den Gerichtsoffizier erledigt werden. Dies sei ungesetzlich, da nach § 12 EGMilStGO. die zur Ausübung der Militärstrafgerichtsbarkeit berufenen Stellen den bürgerlichen Gerichten in Strafsachen Rechtshilfe zu leisten haben; die Rechtshilfe in anderen Sachen, insbesondere in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, regele ausdrücklich das RGes. v. 28. 5. 01, das sie den Kriegs- und Oberkriegsgerichtsräten übertrage.

Delius, LeipzZ. 16, 377, macht demgegenüber darauf aufmerksam, daß nach § 98 MilStGO. die Oberkriegsgerichtsräte und die Kriegsgerichtsräte im Felde und am Bord, soweit die Umstände dies erfordern, durch Offiziere ersetzt werden können. Ein bestimmter Dienstgrad wird für diese Offiziere nicht erfordert. Ein Vernehmungsprotokoll ist also sogar gültig, wenn es von einem Offiziere, der nicht einmal Gerichtsoffizier ist, aufgenommen ist.

b) Friese, JW. 16, 1675, empfiehlt, Rechtshilfeersuchen, denen die Akten nicht beigefügt werden, so klar und ausführlich wie nur möglich abzufassen. — Vgl. im übrigen zu § 375 ZPO.

§ 167.

X., DRZ. 16, 510, erörtert die Frage, welcher Rechtsbehelf gegeben ist, wenn die im § 167 vorausgesetzte Zustimmung verweigert wird. Bekämpft wird die herrschende Ansicht, wonach es sich um einen Justizverwaltungsakt handle und die Aufsichtsbeschwerde gegeben sei. Grundsätzlich sei von § 1 auszugehen. Es komme eine besonders geartete Rechtshilfe (Kiel 7. 7. 02, OLG. 5, 263) in Frage, daher sei § 160 GVG. entsprechend anzuwenden.

Ebenso Dresden 20. 3. 16, LeipzZ. 16, 1068. Ob die Tätigkeit des AG. nach § 167 als eine Rechtshilfe im weiteren Sinne anzusehen sei (vgl. auch OLG. 17, 43), kann dahingestellt bleiben. Zu einer entsprechenden Anwendung des § 160 genügt, daß das Gesetz die Bestimmung des § 167 in den Rahmen der gesetzlichen Anordnungen über die Rechtshilfe eingestellt hat.

Vierzehnter Titel. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei.

§ 170.

Verschließung des Sitzungssaals. **RG.** 9. 10. 16, LeipzZ. 16, 1433. Öffentlich ist dann verhandelt, wenn regelmäßig jede Person die Möglichkeit des Zutritts zu den Gerichtssälen hat, in denen Recht gesprochen wird. Diese Möglichkeit wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß beim Beginne der Verhandlung die vom Flure zum Zuhörerraume führende Tür versehentlich kurze Zeit verschlossen geblieben ist, wenn ersichtlich der Zutritt zum Sitzungssaale jedermann durch die anderen Türen des Saales freistand.

§ 177.

Räumung des Saales wegen Unruhe. **RG.** (Strafs.) 23. 12. 15, LeipzZ. 16, 309. Die völlige Räumung des Zuhörerraums ist an sich eine Maßnahme, die auf Grund des § 177 GVG. von dem Vorsitzenden bei erheblicher Unruhe im Zuhörerraume zur Aufrecht-

erhaltung der Ordnung getroffen werden kann, ohne daß dadurch die Öffentlichkeit der Verhandlung unzulässig beeinträchtigt würde. Zu einer solchen Beeinträchtigung wird eine derartige Anordnung erst dann, wenn dadurch auch für die Zukunft der Zutritt von neuen Zuhörern, z. B. durch Schließen der zum Zuhörerraume führenden Türen, verhindert wird.

§ 179.

1. Ungebührstrafe gegen Militärpersonen. Posen 4. 12. 15, DJZ. 16, 352. Das GVG. ist einheitlich mit den Prozeßgesetzen erlassen worden. Schon das Fehlen einer entsprechenden Vorschrift im § 179, obwohl der Erlaß nahegelegen hätte, weil es sich um eine unmittelbar mit der Verhandlung vor dem Gericht in Zusammenhang stehende Maßnahme der Sitzungspolizei handelt, spricht für die ausnahmslose Zulässigkeit der Verhängung der Strafe. Wenn ferner nach § 290 MilStPO. die Militärgerichte auch gegen Zivilpersonen Ungebührstrafen festsetzen und sofort vollstrecken können, muß der Gesetzgeber umgekehrt gewollt haben, daß die Maßnahmen des § 179 GVG. auch den Zivilgerichten gegen Militärpersonen zustehen sollen. Vor allem betrifft die Ungebühr gerade den Geschäftsbetrieb des Gerichts und einen Verstoß gegen die Ruhe und die Achtung, die bei der Verhandlung vor Gericht bestehen müssen, um in würdigen Formen eine sachgemäße Entscheidung zu ermöglichen. Eine Ausnahme zugunsten irgendeines Personenkreises würde die gesetzlich eingeräumte Sitzungspolizei in Frage stellen. Vgl. aber OLG. 1, 352 und Levin, Richterliche Prozeßleitung 228.

2. Nürnberg 30. 11. 15, BayRpflZ. 16, 75. Die Haftstrafe auch an zweiter Stelle zu verhängen, ist nach dem GVG. nicht verboten, also gestattet. (Im Anschluß an Löwe, Schlegelberger, OLG. 1, 219; anders SeuffA. 50, 339; 52, 339, OLG. 11, 337. — Vgl. auch Levin a. a. O. 254.)

§ 183.

1. Anwaltszwang. Darmstadt 29. 3. 16, HessRspr. 17, 106. Die Beschwerde des § 183 steht unter den allgemeinen Vorschriften der Prozeßordnungen, sofern sie im Zivilprozeß eingelegt wird, unter den allgemeinen Vorschriften der ZPO. Daher gilt für sie gemäß § 78 Abs. 1 im Verfahren vor den Kollegialgerichten auch der Anwaltszwang.

2. Stelle der Einlegung der Beschwerde. Nürnberg 23. 11. 15, BayRpflZ. 16, 75. Da der § 183 besondere Vorschriften nicht enthält, haben die allgemeinen Bestimmungen des einschlägigen Prozeßgesetzes Platz zu greifen. Nach den hier maßgebenden Vorschriften der §§ 569, 577 ZPO. wird die Beschwerde regelmäßig bei dem Gericht eingelegt, von dem die angefochtene Entscheidung erlassen ist. (Die von der Verkündung des Strafbeschlusses des LG. v. 10. 11. 15 ab laufende Frist wurde daher schon durch die am 11. 11. 15 erfolgte Einlegung der Beschwerde beim LG. gewahrt.)

3. Die Beschwerde gegen eine von einem beauftragten Richter des OLG. erlassene Ungebührstrafe ist nach KG. 6. 1. 16, OLG. 33, 26 unzulässig. Der beauftragte Richter des OLG. wird damit, daß er mit der Beweisaufnahme beauftragt wird, nicht dem ersuchten Richter gleichgestellt; er ist und bleibt ein Teil des OLG. Aus Abs. 3 ergibt sich, daß bei einer Straffestsetzung eines Reichsgerichtsrats die Entscheidung eines OLG. nicht in Betracht kommt, da es ein OLG., welches eine solche Entscheidung erlassen könnte, nicht gibt. Sind aber bei Beschwerden dieser Art RG. und OLG. einander gleichgestellt, so ist dies auch bei einzelnen Richtern dieser Gerichte der Fall. (AA. Delius, DJZ. 13, 678 und Levin a. a. O. 259. Die Beschwerde geht an den sonst zuständigen Senat des RG. oder OLG.)

§ 184.

Der eine Ordnungsstrafe aussprechende Beschluß braucht nicht notwendig in das Protokoll aufgenommen zu werden und kann auch nach der Sitzung erlassen werden. Colmar 13. 8. 15, ElsLothJZ. 16, 326. Der Amtsrichter hatte mangels Zustellungsnachweises dem Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils nicht stattgegeben. Auf den Einwand des beschwerdeführenden Anwalts, daß das Gericht den Versuch hätte

machen müssen, die Ladung dem Beklagten anstatt unter der nicht zutreffenden militärischen Adresse unter der von ihm in der Klageschrift angegebenen Adresse zuzustellen, entgegnete der Richter: „Das Gericht tut seine Pflicht!" Hierauf erwiderte der Beschwerdeführer: „Manchmal auch nicht!" Nachdem alsdann dem Beschwerdeführer von dem Richter Gelegenheit gegeben, sich zu äußern, erklärte derselbe lediglich: „Seine Äußerung beziehe sich nicht auf das anwesende Gericht; der Vorsitzende könne ja das weitere veranlassen." Daraufhin bemerkte dieser, „daß das Gericht sich weitere Maßnahmen und Schritte vorbehalte", und bestimmte Termin zur Entscheidung in der Sache selbst auf den 27. 7. 15. Noch am selben Tage erließ sodann der Richter außerhalb der Sitzung einen Beschluß, in dem er gegen den Beschwerdeführer wegen seiner angegebenen Äußerung wegen Ungebühr eine Ordnungsstrafe von 50 M. festsetzte. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen. 1. In der Vorschrift des § 184 kann in Wirklichkeit nichts weiter als eine bloße, aus Zweckmäßigkeitsgründen ergangene Sollvorschrift erblickt werden, deren Außerachtlassung an sich noch nicht zur Aufhebung eines unter Verletzung derselben gefaßten Beschlusses zwingt. (Im Anschluß an v. Staff, DStrafrechtsZ. 14, 40/206; Delius a. a. O. 424; Levin, Richterliche Prozeßleitung 261.) 2. Der Zweck der Ordnungsstrafen der §§ 178—180 GVG. ist auf der einen Seite allerdings der, die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung zu ermöglichen. Allein gleichzeitig haben dieselben auf der anderen Seite auch noch den weiteren Zweck der Ahndung und Sühne einer in einer Gerichtssitzung begangenen Handlung, die durch Ungebühr oder Ungehorsam die dem Gerichte geschuldete Achtung verletzt. Beiden Zwecken wird in den meisten Fällen allerdings am besten entsprochen werden, wenn die Strafe der Ungebühr oder dem Ungehorsame möglichst auf dem Fuße folgt. Daraus folgt aber nicht, daß eine nachträglich verfügte Strafe unter allen Umständen rechtsunwirksam sein muß. (Es wird ausgeführt, daß unter den vorliegenden Umständen die nachträgliche Festsetzung der Ordnungsstrafe den unmittelbaren Zusammenhang mit der Sitzung nicht verloren habe.)

Fünfzehnter Titel. Gerichtssprache.

§§ 186, 187.

1. Rasch, R. 16, 7, über das Verhandeln vor Gericht mit fremdsprachigen Personen.

2. Ritter, Über Beurkundung von materiellen Verhandlungen bei Beteiligung Sprachfremder, insbesondere von Beschlüssen der Generalversammlungen einer Aktiengesellschaft, SchlHolstAnz. 16, 65. (Für die Befugnis des Amtsrichters, wenn ein Sprachfremder beteiligt ist und alle Beteiligten der fremden Sprache mächtig sind, die Verhandlung vor dem AG. in der fremden Sprache zu führen. Vgl. **RG.** 8. 10. 14, JDR. 14.)

3. Über die Rechtswirksamkeit einer in nichtdeutscher Sprache abgefaßten Rechtsmittelerklärung, der eine Übersetzung ins Deutsche beigefügt ist, **RMG.** 12. 7. 16, DJZ. 16. 1170.

Sechzehnter Titel. Beratung und Abstimmung.

§ 198.

Zeiler, Unbestimmtheit der Rechtsanwendung, salomonische Entscheidung und Mehrheitsregel, DRZ. 15, 14, 94, 151, 351, 391, 465 (auch besonders Hannover 1915), erörtert eingehend die bei Meinungsverschiedenheit der Richter über die Höhe des streitigen Anspruchs sich ergebenden Abstimmungsfragen und tritt unter sorgfältiger Würdigung des Schrifttums für wirkliche Durchschnittsberechnung ein. Vgl. hierzu Seyffarth, Gruchots Beitr. 60, 889.

Ferner zeigt Zeiler, wie sowohl beim Einzelrichter wie beim Kollegialgerichte die Unsicherheit der Rechtssatzung, oder die Unsicherheit darüber, welcher Tatbestand als bewiesen zu gelten habe, oder Zweifel über die inhaltliche Deutung der festgestellten Tatsachen zu Gewissensnöten des Richters führen und in die Rechtsprechung einen bedenklichen Zug von Zufälligkeiten bringen müssen. Als Abhilfe hiergegen empfiehlt er im Anschluß an Hartzfeld „die vermittelnde Entscheidung". Vgl. ferner zu § 287 ZPO. und Zeiler, DRZ. 16, 651.

Siebenzehnter Titel. Gerichtsferien.

§ 204.

Karlsruhe 23. 8. 15, BadRpr. 16, 70, OLG. 33, 44. Das Verfahren nach § 109 ZPO. gehört, wie sich sowohl aus dem Inhalte dieser Bestimmung als auch aus ihrer Stellung im Gesetz ergibt, nicht zum Zwangsvollstreckungsverfahren, auf das nach § 204 GVG. die Gerichtsferien ohne Einfluß sind.

Gesetz, betreffend die Einführung der ZPO.

§ 12.

Nußbaum, ABürgR. 42, 161. Auch wenn man die Verkehrsbräuche dem Gewohnheitsrechte nicht gleichstellt, kann man dazu gelangen, die Verkehrsbräuche als Rechtsnormen im Sinne des § 12 EGZPO. anzusehen, und die Entscheidung hierüber sollte weniger aus allgemeinen theoretischen Gesichtspunkten heraus getroffen werden als im Hinblick auf die Zwecke der Revision. — Vgl. zu §§ 293, 549 ZPO.

§ 14.

Abs. 2 Nr. 1. Binding, Staatsrechtliche Wirkungen des rechtskräftigen Strafurteils, Rechtsgang 2, 29, verteidigt für alle Gerichte den Grundsatz: Gebundenheit der Gerichte an das rechtskräftige Strafurteil, sofern sie nicht einen Grund zur Wiederaufnahme als wahrscheinlich vorliegend erachten. — Es steht nicht das geringste im Wege, daß die später arbeitenden Gerichte das Maß ihrer Gebundenheit nach jenem Grundgedanken bestimmen, und sie müssen . . . stets berechtigt sein, die Frage, ob jemand eine strafbare Tat begangen hat, als durch das rechtskräftige Strafurteil erledigt zu betrachten (33). — Das Urteil, welches einem anderen rechtskräftigen Urteile die Achtung verweigert, hat in seinen Gründen dieses Abgehen zu rechtfertigen (34). — Die Vorschriften, die § 14 EGZPO. allein aufhebt, sind die des französischen Rechtes. Die hier und da sehr ungerechten Wirkungen und die Brutalität des den Zivilrichter unbedingt bindenden Satzes „Le criminel importe le civil" machten ihn nach unserer Rechtsauffassung für uns unerträglich. Deshalb war er mit Recht zu beseitigen. Mit dem staatsrechtlichen Verhältnisse der Zivilgerichte zu den Strafgerichten hat die Vorschrift nichts zu tun. Und so gibt es auch heute noch für den Zivilrichter unbedingt bindende Strafurteile, wie für den Strafrichter unbedingt bindende Zivilurteile: nämlich die konstitutiven Straf- und Zivilurteile, wie das Urteil, das den Angeklagten der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt und andererseits etwa das Ehescheidungsurteil. Aber weit darüber hinaus erklärt die ZPO. die Gründung von Zivilurteilen auf Strafurteile für zulässig, wie ja unsere Strafprozeßordnungen sogar das Umgekehrte gestatten. Ja man wird doch kaum umhin können, das Zivilgericht, wenn es nach § 149 die Erledigung des Strafverfahrens über einen kriminellen Inzidentpunkt abwartet, und das Strafgericht, wenn es nach § 261 StPO. einen zivilen Inzidentpunkt ad separatum verwiesen hat, als an das dann ergehende rechtskräftige Straf- bzw. Zivilurteil gebunden anzusehen. Im übrigen fehlt es an jedem Grunde, dem Zivilgericht eine andere Stellung zu den rechtskräftigen Strafurteilen anzuweisen, als sie staatsrechtlich allen anderen Gerichten zukommt. (Es wird ferner **RG.** 29. 1. 06; 62, 340 bekämpft und ausgeführt: Falls eine Zivilklage oder -einrede auf einen Verbrechenstatbestand gestützt werde, bezüglich dessen eine rechtskräftige Verurteilung vorliege, so werde durch Beibringung des Urteils die tatsächliche Grundlage der Klage oder Einrede festgestellt, der Gegenbeweis sei unzulässig. Sei eine Freisprechung wegen Mangels an Beweisen erfolgt, so könne dies die klage- oder einredeweise Behauptung der strafbaren Handlung im Zivilverfahren nicht entkräften, weil die Freisprechung insoweit eine Negation sei. Werde die Freisprechung aber auf Unzurechnungsfähigkeit oder Notwehr gestützt, so werde dadurch die auf Schuld gegründete Zivilklage zurückgeschlagen.)

Neugestaltung des bürgerlichen Rechtsstreits.

Inhaltsübersicht.

I. Allgemeine Gesichtspunkte. 1. Für die Aufrechterhaltung der Grundlagen der geltenden ZPO. a) Hartung, Der richterliche Eid (1916) 29—35. Bei der Ausgestaltung, die die Dispositionsmaxime durch die dem Gerichte gewährten „Initiativrechte" (vgl. zu § 139 ZPO.) erfahren hat, erfüllt die geltende ZPO. ihre Aufgabe. Auch der Mündlichkeitsgrundsatz ist nicht schrankenlos im Gesetz aufgenommen, sondern durchaus brauchbar ausgestaltet. (Nach richtiger Auslegung des Gesetzes können auch die in Schriftsätzen enthaltenen Angaben im Urteile verwertet werden, auf die in der Verhandlung mit Zustimmung des Gerichts nur Bezug genommen ist. Die mündliche Verhandlung ist zur Erläuterung des schriftlichen Materials und zur Aufklärung von Mißverständnissen und Widersprüchen da.)

b) Roth, LeipzZ. 16, 1002. Die maßvolle Form, in welcher unser Prozeßrecht dem subjektiven Grundcharakter des Rechtes und der Selbsthilfe Rechnung trägt, nämlich der Parteibetrieb, unterliegt gegenwärtig heftigen Anfeindungen. — Die Parteien wollen durchsetzen, was sie nach Gewissen und ehrlicher, rechtskundiger Beratung als ihr Recht ansehen. Die richterliche Wahrheitsforschung und Rechtsfindung ist nicht Selbstzweck. Die Unvollkommenheit jeder Tatsachenrekonstruktion und Rechtsfindung ist auch im Amtsbetriebe nicht ausgeschaltet und mindestens so groß, als wenn es den Parteien überlassen bleibt, das Für und Gegen des Tatsachenmaterials vorzutragen. — Die Inkongruenz zwischen Wahrheit und Tatbestand beseitigt kein richterliches Können. Darum lasse man den Parteien das dem subjektiven Grundzuge des Rechtes sich anpassende Gefühl, bestimmend mitzuwirken beim Kampfe um ihr Recht. Daß dieses Selbstbestimmungsrecht nicht ausarte, müssen andere Hemmungen bewirken.

2. Für grundlegende Änderungen. a) K. Meyer, Vereinfachung und Verbilligung der Staatsverwaltung, RuW. 5, 133. Je mehr wir die Amtsbefugnisse des Richters insbesondere im Zivilstreitverfahren erweitern, um so billiger wird die Rechtspflege sein. — Rechtsbehelfe und Bedeutung des Streitgegenstandes müssen in einem Wechselverhältnisse stehen. — Der Staat ist nicht gehalten, für geringwertige Streitsachen, wenn der Sühneversuch mißlungen ist und eine Instanz gesprochen hat, noch weitere Instanzen zur Verfügung zu stellen. Vgl. auch unten.

b) Deinhardt (zu Bovensiepen, Erneuerung der deutschen Zivilrechtspflege, JLBl. 16, 49). Für weitgehendes richterliches Prozeßleitungsrecht, nicht abstrakte Einteilung des Verfahrens in einzelne Abschnitte, in denen Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden müssen. — Das Gebiet des Anwaltszwanges muß festgelegt werden.

c) Die „Unwirtschaftlichkeit der Rechtspflege", Denkschrift des Deutschen Handwerks- und Gewerbekammertags, Hannover 1916. (Hierzu Bovensiepen, ThürBl. 63, 86, und Rechtspflege und gewerblicher Mittelstand, DRZ. 16, 609). Vgl.

d) Über die Gefahren des Schriftsatzwesens für Mündlichkeit und Unmittelbarkeit Coulon, AÖstGZ. 16, 9.

e) Marcus, Warum ist unsere Rechtspflege so wenig volkstümlich? GesuR. 17, 337, bespricht erhebliche Mißgriffe bei der Geschäftsverteilung besonders der größeren Amtsgerichte in sachlicher und persönlicher Beziehung, auch bei nichtrichterlichen Beamten.

f) Verwaltungsstreitverfahren. Schultzenstein, PrVerwBl. 37, 621. Es ist sachgemäß, bei der Besserung der ZPO. auch das Verwaltungsstreitverfahren heranzuziehen. Nachahmenswert ist die Kürze statt des Bestrebens, möglichst alles bis ins kleinste hinein zu regeln; die Verbindung von Schriftlichkeit und Mündlichkeit; die letztere ist trotz der Verbindung mit der Schriftlichkeit kein bloßer Aufputz, sondern gerade das, was das große Vertrauen zu der Verwaltungsgerichtsbarkeit begründet hat. — Drei Richter für ein Versäumnisurteil und die Vertagungen grenzen an Verschwendung. Jedenfalls ist in Zukunft die größte Sparsamkeit geboten.

II. Rechtsunterricht und Ausbildung der Juristen. A. Im allgemeinen. 1. Grundsätzliche Forderungen. a) Eberhard, Von der Liebe zur Rechtswissenschaft, ThürBl. 62, 211. Der Idealismus der deutschen Philosophie, wie er in Fichte seinen erhabensten Ausdruck gefunden hat, muß fortan auch unsere Rechtspflege durchleuchten und durchsonnen, und ein heller Strahl dieses Lichtes muß gleich beim Beginne des Rechtsstudiums ins Herz des Rechtsschülers hineinleuchten.

b) Ernst Fuchs, Ein Markstein sozialer Rechtsprechung, RuW. 5, 95. Die juristischen Fakultäten müssen das werden, was Friedrich Naumann (Mitteleuropa 110) Hochschulen mit Verwirklichungszweck nennt, für die das Wissen mehr ein zweckbewußtes Können als ein feines Spiel ist; Hochschulen, wie es unsere technischen und landwirtschaftlichen Hochschulen sind, und wie die medizinische Fakultät eine ist. — RuW. 5, 137 (Bovigus, Bovigismus und echte Rechtswissenschaft) tritt Fuchs gegen die deduktive, konstruktive Begriffsjurisprudenz für eine auf methodischer Beobachtung ruhende induktive Wissenschaft ein.

c) Heinsheimer, Erziehung zum Richter (1916, Aus der Neujahrsgabe der Universität Heidelberg für ihre im Felde stehenden Studenten 19—30) über die Bedeutung der Rechtswissenschaft (die mehr als bloße Kenntnis der geltenden Rechtssätze).

d) Nußbaum, Theoreme und Wirklichkeit in den Allgemeinen Lehren des bürgerl. Rechtes, ABürgR. 42, 136, verlangt, daß die Rechtswissenschaft, ohne längst Erworbenes aufzugeben, auch die neuen Bildungselemente in sich aufnehme und gleichfalls realistischer werden müsse. Er empfiehlt im Anschluß an seine Schrift „Die Rechtstatsachenforschung" (1914), daß die tatsächlichen Erscheinungen des Rechtslebens erforscht und beim Rechtsunterricht gebührend berücksichtigt werden. — Auf die begrenzte Bedeutung der Rechtstatsachenforschung für den Rechtsunterricht und die bleibende Bedeutung der begrifflichen Rechtssystematik für die Entscheidung der außerordentlich großen Zahl „atypischer" Einzelfälle weist Heinsheimer hin, RuW. 5, 198, der im übrigen Nußbaums Forderung nach einer Vermittlungsstelle für rechtswissenschaftliche Materialsammlung unterstützt. — Vgl. ferner die von Salinger, BuschsZ. 46, 259, geäußerten Bedenken; der induktive Apparat und die Wirklichkeitsforschung habe für den Rechtsunterricht gar nicht die Bedeutung, die der Verf. ihm zuspreche. Endlich Vierhaus, JW. 13, 666.

e) Über die Bedeutung der Realausbildung. Gerland, Rechtsgang 1, 171. Weder der Universitätsunterricht noch die Referendarausbildung noch die spätere Fortbildung hat sich auf technisch-naturwissenschaftliche Gegenstände und kaufmännische Kenntnisse zu erstrecken. (Ausnahmen: Allgemeine Ausbildung im Lesen von Zeichnungen, Buchführungs- und Bilanzwesen.) Keine Betätigung im praktischen Erwerbsleben; dagegen soll jeder Jurist nach abgeschlossener Bildung gezwungen sein, sich bei einer nichtrichterlichen und nichtstaatsanwaltschaftlichen, aber streng juristischen Stellung zu betätigen. (Keiner soll als Richter herrschen, der nicht als Partei gedient hat.)

f) Ludwig, DRZ. 16, 52, bezeichnet als das wichtigste Ziel für die moderne Richtung unter den Juristen die Befreiung der Ausbildung von der theoretischen Ausbildung und dem auf ihr aufgebauten Referendarexamen und eine Erziehung, die an der Hand lebendiger Rechtsfälle auf das Suchen des Fehlerhaften und auf das Finden des Richtigen abgestellt ist. Die Ausbildung der Mediziner könne als Beispiel dienen. Vorgeschlagen werden vier Jahre praktischer Ausbildung auf den Gerichten, daran anschließend ein Jahr Studium der Rechtsphilosophie und deutscher Rechtsgeschichte, nach Beendigung eines jeden Abschnitts eine besondere Prüfung.

g) Wende, Aus der Praxis des juristischen Studiums, GruchotsBeitr. 60, 645, empfiehlt eine Beschränkung des Vortragsstoffs im Kirchen- und Völkerrechte sowie Familienrechte, ferner insbesondere im Hinblick auf die stark gehäufte Arbeit, welche die Lösung der schriftlichen Aufgaben für die praktischen Übungen beanspruche, eine Verlängerung des juristischen Studiums um mindestens ein Semester und eine teilweise, zweckmäßig durchgeführte Kürzung des Vorbereitungsdienstes der Referendare.

h) Klein, Rechtsunterricht und vorbeugende Rechtspflege, LeipzZ. 16, 1280, verlangt für die Gesamtheit der Maßnahmen und Bestrebungen, die vorzüglich die Gesundung des Rechtslebens bewirken und das Vorkommen von Störungen im Rechtsleben verhüten wollen, eingehendere Berücksichtigung im Rechtsunterricht, und zwar bereits zu Beginn des Studiums, in der Vorlesung über die „Einführung in die Rechtswissenschaft", ferner die Mitwirkung der Presse, der die praktischen Juristen in größerem Umfang ihre Erfahrungen zur Verfügung stellen sollten, endlich der Schulen durch Staatsbürgerkunde und im Religionsunterrichte.

i) Weber, Die Breslauer Fachkurse für Wirtschaft und Verwaltung in Anlehnung an die Universität, RuW. 5, 220; ferner „Unser Wirtschaftsleben als Gegenstand des Universitätsunterrichts", 916.

k) Marbe, DJZ. 16, 302, über die Bedeutung der Psychologie für die Rechtswissenschaft, soweit sie sich ausschließlich des Experiments und der Statistik bedient.

2. Gemischte Vorpraxis und Begleitpraxis empfiehlt Krückmann, Rechtsgang 2, 443; insbesondere a) einen juristisch-wirtschaftlichen Einführungskursus zur Vermittlung des praktischen Anschauungsstoffs, der als Anfängerunterricht am besten vollständig vom Justizministerium und dem Ministerium des Innern übernommen werde; das ganze Unglück bestehe darin, daß der Wissenschaftslehre die Aufgabe des Elementarunterrichts zugemutet werde; b) den Besuch von Gerichtsverhandlungen der ordentlichen Gerichte, Verwaltungsgerichte und Versicherungsämter.

3. Verbesserung des Referendarexamens. a) Neumann, DRZ. 16, 125, verteidigt gegen Genest, JW. 15, 1054, den von ihm DRZ. 15, 628 empfohlenen Vorschlag des Wegfalls der häuslichen Arbeiten und der Vermehrung der Klausuren unter Hinweis auf die bayerischen 18 Klausuren. Wer nach einem vierjährigen praktischen Vorbereitungsdienste der Aufgabe nicht gewachsen sei, mit dem Gesetzestext in der Hand sich binnen fünf Stunden über einen in tatsächlicher Hinsicht nicht allzu verwickelten Rechtsfall schlüssig zu machen, sei zu allem eher geeignet als zum Hüter des Rechtes.

b) Rhode, Römisches Recht und deutsche Volkswirtschaft, RuW. 5, 153, empfiehlt als Prüfungsarbeiten für Assessoren legislative Fragen, deren Beantwortung volkswirtschaftlich von großer Bedeutung sei. Zustimmend Holz, RuW. 5, 203, soweit Pflege der Volkswirtschaft in Frage kommt, im übrigen ablehnend, da rein legislative Fragen nicht Gegenstand kurzfristiger Prüfungsarbeiten sein könnten, vielmehr statistisches Material, historische Kenntnisse und vor allem praktische Erfahrung erforderten.

4. Brockmann, Rechtsberatungs- und Schwindelbekämpfungsstellen, ThürBl. 63, 98, zeigt, daß jene Stellen ein vorzügliches Arbeitsgebiet für Juristen sind und solche, die es werden wollen.

B. Insbesondere die Ausbildung der Kriegsjuristen. 1. Auf der Universität. a) v. Hippel, LeipzZ. 16, 127, empfiehlt, sich den Kriegsteilnehmern gegenüber mit einer dreijährigen Ausbildungsfrist zu begnügen und die Kriegszeit auf die überschießende Zeit in Anrechnung zu bringen. Im übrigen bekämpft er den Vorschlag Pappenheims, DJZ. 15, 747, für die aus dem Felde heimkehrenden Studierenden eine besondere, von dem regelmäßigen Lehrplan abweichende juristische Ausbildung einzuführen. — Vgl. auch v. Thelemann, R. 16, 155. — (Über österreichische Verhältnisse Högel, Die Neugestaltung des Rechtsunterrichts, AÖstGZ. 16, 116, und Zehntbauer, JurBl. 16, 41.)

b) Krückmann, Rechtsstudium der Kriegsteilnehmer, LeipzZ. 16, 1526, für Abkürzung des Studiums um ein bis zwei Semester unter gewissen Voraussetzungen und fakultativer Nachprüfung über die erlassenen Rechtsgebiete, sowie für allgemeine Abkürzung der Vorbereitungszeit. Gerland, DJZ. 16, 671, für zweijähriges Studium der Kriegsteilnehmer, das Jahr in drei Studienabschnitte zerlegt.

2. Ausbildung der Kriegsreferendare. a) Oppler, DRZ. 16, 207. Es muß durch Abänderung des § 2 Abs. 3 GVG. den Kriegsteilnehmern die Möglichkeit eröffnet werden, den Vorbereitungsdienst in $2^1/_2$ Jahren abzumachen. O. schlägt vor: 6 Monate Ausbildung beim AG., 9 Monate einschließlich der Rechtsanwaltschaft, 6 Monate bei einem Rechtsanwalte, 9 Monate beim AG. oder 4 Monate beim OLG. und 5 Monate AG. — Für dreijähriges Referendariat grundsätzlich, jedenfalls für Kriegsteilnehmer Lucas, DJZ. 16, 372.

b) Meier, DRZ. 16, 520, empfiehlt besondere Nachhilfekurse bei den Gerichten mit geringer Teilnehmerzahl. Vgl. hierzu Oppler, DRZ. 16, 605, und Franke a. a. O. 653.

c) Karger, DRZ. 16, 557, tritt für regelmäßige Beurlaubung der im Felde stehenden Referendare zur Weiterbildung ein, wie solche den Medizinern gewährt werde. Vgl. hierzu Steffen, DRZ. 16, 604.

d) Ulrich, BayRpflZ. 16, 352. Gegenüber den Kriegsteilnehmern ist mit dem Grundsatze zu brechen, daß die Staatskonkursnote entscheidend ist für die juristische Laufbahn der Prüflinge.

III. Die Organe der Rechtspflege. 1. Laienrichter oder Berufsrichter? a) Kann, JW. 16, 28 (gegen Hellwigs, Psychologie der Laienrichter, 1915). Hellwig ver-

kennt, in welchem Umfange und zu welcher Bedeutung sich bei uns die Laiengerichtsbarkeit entwickelt hat (RVO., Schieds- und Oberschiedsgerichte der Angestellten, See- und Oberseeämter, Innungsschiedsgericht, Patentamt, Kreis- und Bezirksausschüsse, militärärztliche, Börsenehrengerichte, Konsular-, Kolonialgerichte, die gewillkürten Schiedsgerichte). Im übrigen beruht die Bedeutung des überwiegenden Teiles unseres Laienrichtertums gar nicht in dem dem Laienrichter innewohnenden Spezialwissen, sondern darin, daß sie kraft ihres Standes oder Berufs mit den Verhältnissen gewisser Lebenskreise vertraut sind.

b) Warschauer, Zur Frage der Sondergerichte, DRZ. 16, 440. Die Mängel, die den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten anhaften, rühren daher, daß sie Laien-, Klassen- und Sondergerichte sind. Als Laiengerichten fehlt es ihnen an der erforderlichen juristischen Fachkenntnis und Schulung; als Klassengerichte bieten sie keine hinreichende Gewähr für ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit; als Sondergerichte bewirken sie eine bedrohliche Zersplitterung der Rechtspflege und eine bedenkliche Rechtsunsicherheit (auf dem Gebiete des Arbeiterrechts). Es wird deshalb die Angliederung an die ordentlichen Gerichte gefordert. Vgl. auch Delius, R. 16 Nr. 21/22. Die gegen die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Sondergerichte erhobenen Bedenken sowie der Vorwurf, daß bei diesen Gerichten auf Herbeiführung von Vergleichen gepreßt würde, weist Kögel, GewuKfmG. 21, 108, zurück. Den Beisitzern sei im allgemeinen ein hohes Maß von Pflichtbewußtsein eigen. — Vgl. über die günstigen Erfahrungen beim GG. Solingen Wirtz, GewuKfmG. 21, 129.

c) Zur Schiedsgerichtsbewegung. α. W. Stein, Justizhoheit und Schiedsgerichte, DRZ. 16, 26, wendet sich gegen die grundsätzliche Ausschaltung der Justizhoheit des Staates, wie sie insbesondere Schneider in der Augustnummer 1916 der Deutschen Wirtschaftsztg. empfohlen hat. Es würde ein Stand entstehen, dem in erhöhtem Maße alle Mängel anhaften müßten, die man heute dem gelehrten Richter andichte, und dem obendrein die juristische Vorbildung völlig abgehe. Da sie ferner von einer Zentralstelle von Fall zu Fall bestellt und dafür besoldet werden müßten, so böten sie nicht die Gewähr der absoluten Unabhängigkeit und damit der Unparteilichkeit. Zu denken gebe die Tatsache, daß bei den sog. Tarifschiedsgerichten die Arbeitnehmerbeisitzer die Ansprüche der Arbeiter regelmäßig für berechtigt erklärten, die Arbeitgeber aber ebenso regelmäßig geschlossen dagegen stimmten.

β. Die Unentbehrlichkeit der Juristen in den privaten Schiedsgerichten verteidigt Bovensiepen, DRZ. 16, 508 (gegen Kollmann, Das Schiedsgericht, 1914) unter Hinweis auf Wedemeyer, Wirtschaft und Recht der Versicherung 350.

γ. Knöpfel, Das Schiedsverfahren nach deutschem Rechte und sein gegenwärtiger Stand, DRAZ. 16, 145. Der klare vernünftige Blick des zeitgemäßen Juristen muß die Notwendigkeit einer Gerichtsbarkeit unter Mitwirkung sachverständiger Richter billigen; — die richterliche Leitung des Verfahrens aber ist Sache der Juristen. Den Berufsrichter fesselt sein staatlicher Dienst, somit ist es der Anwalt, der als „Treuhänder", als Vertrauensmann zweier Parteien zum Vorsitzenden des Schiedsgerichts berufen und geeignet ist.

2. Die Stellung des Richters im allgemeinen. a) Nordhausen, Der Richter von morgen, DRZ. 16, 202. Im Lebensinteresse der Rechtspflege, die unter 3½ Millionen Urteilen jährlich zusammenbricht, liegt die Einführung des mit hohen Vollmachten begabten Einzelrichters für Bagatellen und Lappalien. — Gegen die „Mahnung" durch den Vorgesetzten (Kübel, DRZ. 14, 290). Nur Berufsgenossen dürfen darüber urteilen, ob der Richter die Pflichten des Berufs verletzt hat.

b) Volkmar, Anwaltsnotlage und Gerichtsverfassung, DJZ. 16, 387, empfiehlt: Es soll zulässig sein, bei den über die amtsgerichtliche Zuständigkeit hinausgehenden Objekten das AG. als zuständig mit der Maßgabe zu vereinbaren, daß der bisherige weitere Instanzenzug dadurch nicht berührt wird. — Besetzung der Oberlandesgerichte mit drei Richtern, denen allen, wie nach der Geschäftsordnung des Preuß. OVG., vor der Verhandlung die Akten zwecks Information zugehen sollen. — Anwaltszwang für die vereinbarten Sachen in der Weise, daß jeder deutsche Anwalt zu ihrer Vertretung beim AG. befugt wäre. — Erhöhung der Zuständigkeit auf 1200 M. (Übertragung der Ehesachen auf die Amtsgerichte, Berufung an

die Zivilkammer, keine Revision, es sei denn, wenn sie das LG. für zulässig erklärt.) — Pfeifer, JW. 16, 826, weist demgegenüber auf die außerordentliche Schädigung der Landgerichtsanwälte hin, die aus der vorgeschlagenen Umgestaltung erwachsen würde. Überdies würde ein Anschwellen der Berufungssachen und mithin eine Verteuerung und Verlangsamung der Rechtspflege die Folge sein.

c) Volkmar, Spezialrichter in Krieg und Frieden, DJZ. 16, 1118, tritt dafür ein, daß bei den größeren Amtsgerichten diejenigen Gebiete, auf denen die Prozesse regelmäßig streitig werden, insbesondere Viehprozesse, Klagen aus Auftrag, Darlehen, Bürgschaft, Verlags-, Agentur-, Dienst-, Werk- und Mäklerverträge, Schadensersatzansprüche, Anfechtungsprozesse, Patentsachen, Erbstreitigkeiten, Klagen von und gegen Versicherungsgesellschaften, Regreßansprüche der Armenverbände gegen die Alimentationspflichtigen und die sonstigen Ansprüche aus dem öffentlichen Rechte sowie die Berufungen gegen Entscheidungen der Innungsschiedsgerichte, in besonderen Abteilungen bearbeitet werden. Vorteile: Feste Rechtsprechung, Abnahme der Berufungen, Ersparnis der Richterkräfte. (Bittinger, DJZ. 16, 330, empfiehlt allgemein als zweckmäßig, nur diejenigen als Einzelrichter in Zivil- und Strafsachen urteilen zu lassen, die zuvor einige Jahre in beiderlei landgerichtlichen Kammern mitgeurteilt haben.)

d) Bürgel, DRZ. 16, 182, empfiehlt „Rechtskliniken" als Abteilungen von Gerichten, in denen ein erfahrener Richter, umgeben von Assessoren und Referendaren, wöchentlich einige Sprechstunden abhält.

3. Stellung zwischen Richter und Anwalt. a) Levin, Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Anwaltszwanges, 1916, 85 ff. Grundsätzliche Erörterungen über die natürliche Arbeitsgemeinschaft zwischen Richter und Anwalt zum Zwecke der Rechtsfindung (des sozialen Gedankens in der Rechtspflege). Vgl. hierzu Düringer, JW. 16, 459. Man muß erkennen und anerkennen, daß der Rechtsanwalt, so wie sich seine Stellung in Deutschland auf geschichtlicher und gesetzlicher Grundlage entwickelt hat, ein notwendiges und unentbehrliches Glied (Organ) unserer Rechtsprechung geworden ist. Er ist der Mitarbeiter des Gerichts an der Findung des Rechtes. Ferner Soldan, Arbeitsgemeinschaft, DRAZ. 16, 109.

b) Für eine organisatorische Brücke zwischen Richterstand und Anwaltschaft. Richard Schmidt, Die Arbeitsorganisation der deutschen Richter, Rechtsgang I 43, insbes. 49 u. Anm. 2.

c) Nordhausen, Die Mauer. Laienbemerkungen zur Frage der Richtermacht und des Anwaltszwanges, DRZ. 16, 67. „Jeder Umweg bedeutet Verzögerung und jeder Mittelsmann Verdunkelung." ➠ Ohne Berücksichtigung der geschichtlichen, prozeßtechnischen und psychologischen Grundlagen. ➠

d) Auf dem Kriegspfade? Riß, DRZ. 16, 168, einerseits und Auerbach, JW. 16, 554 andererseits. Riß, Die Bestrebungen der Richter und Rechtsanwälte auf dem Gebiete der Rechtspflege werden niemals zusammen stimmen, selbst wenn auf beiden Seiten in voller Sachlichkeit und Ehrlichkeit gearbeitet wird. Der Anwalt wird stets eine Gestaltung des Rechtes wünschen, die es ihm möglich macht, den Verlauf einer ihm anvertrauten Sache von vornherein mit Sicherheit zu überblicken und demgemäß auch in bestimmte Richtung zu lenken; er verlangt darum eine so genaue Fassung aller gesetzlichen Vorschriften, daß für das Ermessen des Richters kein Raum mehr bleibt. Ihren deutlichsten Ausdruck hat diese Auffassung in der Forderung gefunden, daß alle Sollvorschriften der Prozeßordnungen durch Mußvorschriften zu ersetzen seien. Damit können die Richter unter keinen Umständen einverstanden sein, nicht sowohl deswegen, weil durch eine solche Sachbehandlung die Bedeutung der richterlichen Arbeit herabgedrückt wird — sondern vor allem deswegen, weil sie dadurch in unerträglichem Maße gehindert werden, jedem Falle das Recht zuteil werden zu lassen, das ihm gebührt. — Nicht um herrschen zu können, sondern um helfen zu können, verlangen wir nach größerer Freiheit. —

Dagegen Auerbach. Mag der Anwalt im Einzelfall einen einseitigen Interessenstandpunkt vertreten; die Anwaltschaft als solche vertritt Interessen, die Gläubiger und

Schuldner, Kläger und Beklagte gemeinschaftlich verbinden. — Es ist ein unbegreiflicher Irrtum, daß das Berufsinteresse des Anwalts dem Ermessen des Richters keinen Raum lassen wolle. Wohl verlangt die Sicherheit der Berufstätigkeit des Anwalts auch eine gewisse Sicherheit im Rechtsleben. Sie erleichtert ihm Rat und Voraussicht. Im übrigen klagt man gerade in Anwaltskreisen darüber, daß die Grundsätze der ZPO. über freie Beweiswürdigung und die Bestimmungen des BGB. über die freie Schätzung viel zu wenig in Fleisch und Blut des deutschen Richters übergegangen seien.

4. Anwaltsfragen. a) Beschlüsse der Landgerichtsanwälte in Hirschberg i. Schl. zur Regelung des Verkehrs mit Rechtskonsulenten, DRAZ. 16, 104.

b) Zwangsausgleichsordnung und Rechtsanwaltschaft. Buhmann, LeipzZ. 16, 905, empfiehlt, die Rechtsanwälte zu Ausgleichsleitern im Zwangsausgleichsverfahren (Präventivakkord) zu bestellen, da sie hierfür vermöge ihrer Gesetzeskenntnis und Unabhängigkeit besonders geeignet seien. Es handle sich um ein Betätigungsgebiet, für das sie nach ihrer Ausbildung und öffentlichen Stellung besonders berufen erschienen.

Ebenso Seyferth, Präventivakkord und Anwalt, RuW. 5, 201. Durch den Präventivakkord würden Tausende von Prozessen vermieden, da die Vermögensmasse des Schuldners zu einer Zeit erfaßt werde, wo sie noch nicht durch prozeßfördernde Sicherstellungen und Schiebungen sowie durch fruchtlose und nutzlose Pfändungen herabgewirtschaftet sei. Die bedauerliche Mißstimmung zwischen Richter und Anwalt würde vielleicht gründlich behoben werden können, wenn den Anwälten erstmalig eine den Richterfunktionen ähnliche Aufgabe übertragen würde. — Vgl. auch die von Bondi, JW. 16, 1075, mitgeteilten und besprochenen Beschlüsse des beim Deutschen Anwaltvereine gebildeten Ausschusses für bürgerliches und Handelsrecht.

c) Zulassung der Anwälte vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten fordern Levin, Anwaltszwang 153, und Magnus, JW. 16, 1112.

d) Kostenfragen erörtern: Levin a. a. O. 102, 105 (Anwaltszwang und Anwaltseinkommen). Die Frage der Gebührenerhöhung bei Einschränkung des Anwaltszwanges; Stoeß, Zur Portoverteuerung, JW. 16, 464; Oppenheim, DRAZ. 16, 70; Soldan, Zur Kostengesetzgebung, DRAZ. 16, 160. (Gegen die Bevorzugung der nichtstreitigen vor den streitigen Sachen. Wer aus Leichtsinn oder Energielosigkeit die rechtzeitige Zahlung unterlasse, verdiene eher eine Prozeßstrafe. Wenn die Kosten der gesamten Justiz allein von der streitigen Gerichtsbarkeit getragen werden sollen, so muß die streitige Gerichtsbarkeit so teuer werden, daß die kleinen Prozesse und damit der gesamte Vermögensverkehr des kleinen Mannes in großem Umfange den Rechtsschutz verlieren.)

e) Österreichisch-ungarisches Recht. Fazikos, Die Organisation der ungarischen Rechtsanwaltschaft, JW. 16, 693. — v. Pay, Die ungarische Rechtsanwaltschaft, DJZ. 16, 523. — Pollak, Die ungarische Rechtsanwaltschaft, JW. 16, 780. — v. Bachrach, Korporationsverhältnisse der österreichischen Anwaltschaft, JW. 16, 782.

IV. Umgestaltungen und Änderungen des Verfahrens. A. Das Sühneverfahren.

Schrifttum: Bamberger, Die Aufgaben des Friedensrichters (in Bozi und Heinemann, Recht, Verwaltung und Politik im neuen Deutschland [1916] 92ff.). — Bovensiepen, Das prozeßvorbeugende obligatorische Sühneverfahren, RheinZ. 8, 240. — Cohn, Gerichtsentlastung und Güteverfahren (1916). — Deinhardt, Deutscher Rechtsfriede, Beiträge zur Neubelebung des Güteverfahrens 1916 (enthält folgende Beiträge: Derselbe, Das rechtliche Güteverfahren — eine sittliche Forderung aus den Ideen von 1914. — Wolzendorff, Staats- und rechtsgedankliche Grundlagen des Güteverfahrens [Güteverfahren, Rechtsempfinden und Staatsgesinnung]. — Lehmann, Die Rechtfertigung des Güteverfahrens aus dem Endziele der Rechtspflege. Grundzüge zu einem Entwurf einer Güteordnung. Richtlinien für eine Ausgleichsordnung. — Riß, Güteverfahren in Strafsachen. — Bartsch v. Sigsfeld, Gerechtigkeit, Moral, Volkswirtschaft. — Bovensiepen, Zahlen der Prozesse, der Richter und Anwälte. — Glaue, Prozeßsucht und Güte auf dem Lande. — Behrendt, Güteverfahren, Mietseinigungsämter und Prozeßverminderung. — Francke, Das Güteverfahren in der Sozialpolitik. — v. Schulz, Gewerbliche Einigungsämter, Schlich-

tungskommissionen, Tarifämter, Reichstarifämter, Schiedsgerichte. — Neumann, Das Güteverfahren vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten. — Nordhausen, Weshalb der erwerbstätige Mittelstand das Güteverfahren braucht. — Mangler, Mahnverfahren, Armenrecht und Güte; Vordruckbeilagen und Aushänge als Mittel zur Beeinflussung zur Güte. — Zeiler, Mäßigung und Kraft bei der Vollstreckung, ein wirtschaftliches Gebot. — Bovensiepen, Das Güteverfahren und die Beamtenvergeudung im heutigen Zivil- und Strafverfahren. — Eberhardt, Rechtsfriede und Gottesfriede. — Feldmann, Vereinfachung und Verbilligung der Rechtspflege, RuW. 5, 205. — Fränkel, Die Erweiterung der Rechtspflege, DRZ. 16, 164. — Levin, Das Sühneverfahren, GruchotsBeitr. 60, 37, und Die rechtliche Natur und zweckmäßige Gestaltung des Güteverfahrens, RheinZ. 8, 207; Zur Frage der Friedensgerichte, JW. 16, 1375. — Lindt, Güteverfahren im Fürstentum Lichtenstein, BuschsZ. 46, 263. — Mangler, Richter und Güteverfahren, DRZ. 16, 531. — Nagler, Der Vergleichsversuch eine soziale Pflicht des Prozeßrichters, DRZ. 16, 649. — Riß, Schlichten und Richten, DRZ. 16, 131. — Schneider, Die Unwirtschaftlichkeit der Zivilrechtspflege, DJZ. 16, 279. — Werner, Güteverfahren, Anwaltszwang und Anwaltschaft, SächsRpflA. 16, 329. — Denkschrift des deutschen Handwerks- und Gewerbekammertags über die Unwirtschaftlichkeit unserer Zivilrechtspflege, 1916.

1. Die rechtliche Natur des Güteverfahrens. a) Staats- und rechtsgedankliche Grundlagen von Wolzendorff, 45 (vgl. Schulzenstein, VerwA. 25, 87). Die Idee des Güteverfahrens beruht auf dem Gedanken, daß für das staatliche und rechtliche Leben die Verteidigung des subjektiven Rechtes ihre Bedeutung darin hat, daß sie zugleich Verteidigung der objektiven Rechtsordnung ist und eben deshalb in Form und Inhalt nach den Interessen dieser sich bestimmen lassen muß. — Das Problem des Güteverfahrens ist ein Problem staatsbürgerlicher Gesinnung und Bildung.

b) Riß 137. Die Erledigung von Rechtsstreitigkeiten ist eine staatliche Aufgabe, gleichviel, ob sie durch gütliche Beilegung oder durch Entscheidung erfolgt.

c) Lehmann 56 bezeichnet zwei Mängel als kennzeichnend für unsere Rechtspflege: 1. Die einseitige Berücksichtigung des ausgleichenden Rechtsschutzes, der erst einsetzt, wenn die Rechtsverletzung geschehen ist, und ihre nachteiligen Folgen auszugleichen sucht; 2. die Ausgestaltung dieses ausgleichenden Rechtsschutzes unter dem vorherrschenden Gesichtspunkte des Kampfes ums Recht, der Zwangsordnung. Demgegenüber werden u. a. folgende Sätze begründet: Rechtsfriedensbewahrung ist besser als Rechtsfriedenswiederherstellung. — Den Prozeß abwenden ist stets wertvoller als ihn beenden. — Schlichten ist wirtschaftlicher als Richten. — Freiwillige Rechtsgewährung ist besser als erzwungene. Ihre friedliche Ordnung muß um so erfolgreicher werden, je mehr sich das Schlichten auf der Linie der Rechtsgemäßheit hält, nicht im formellen Sinne strenger Gesetzesanwendung, sondern im materiellen Sinne einer billigen Abwägung und Ausgleichung der streitigen Parteiinteressen unter Berücksichtigung aller besonderen Umstände des einzelnen Falles. Gerade in dieser möglichen Rücksichtnahme liegt der Hauptunterschied zur richterlichen Tätigkeit, da der Richter die an typische Tatbestände geknüpfte Regel anzuwenden hat und auf die Besonderheiten des Einzelfalles, wie z. B. eine augenblickliche Notlage, Zahlungsschwäche, Zahlungsunfähigkeit u. dgl., nur soweit eingehen darf, als das Gesetz das zuläßt (66).

d) Levin, RheinZ. 8, 225, untersucht, worin die sachlichen Besonderheiten des Güteverfahrens liegen, und ob man es überhaupt aus dem ordentlichen Prozeßverfahren herausheben kann. Das Güteverfahren bezeichnet eine bestimmte Richtung des Verfahrens, die auf das Ziel freiwilliger Rechtsanerkennung gerichtet ist. — Es ist ein tatsächlicher, nicht begrifflicher Unterschied, wenn man für das Güteverfahren möglichste Freiheit von Formen oder Formlosigkeit fordert. Denn die Formen sind auch im ordentlichen Verfahren nichts mehr als das Mittel zum Zwecke. — Das Wesen der Dinge wird verkannt, wenn man unklare Begriffe wie „Erörterung der Sachlage" und „Feststellung der für die Schlichtung erheblichen Tatsachen" in einen künstlichen Gegensatz zur mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme bringt und damit ein besonderes Güteverfahren dem gerichtlichen Verfahren gegenüberstellt. In Wirklichkeit handelt es sich um ein summarisches Prozeßverfahren, das nur formloser und schleuniger sein soll als das amtsgerichtliche Verfahren. — Es wird ferner

gezeigt, daß die Forderung nach einer besonderen Friedens- und Schlichtungsjustiz abzulehnen, auch die ordentliche Gerichtsbarkeit zur Wahrung und Weiterbildung des ius aequum berufen ist, daß unser heutiges Recht zur Einheit strebt und eine künstliche Zweiteilung zu fördern, ein grober Verstoß gegen alle Forderungen der Rechtspflege wäre. (Vgl. dagegen Bamberger 101 über die Aufgabe des Friedensrichters, das „natürliche Recht zur Geltung zu bringen, Volksrecht zu geben an Stelle von Juristenrecht".)

2. Die Behörden des Sühneverfahrens. a) Grundsätzliche Erörterungen bei Cohn 13ff., Levin, RheinZ. 8, 209ff., Bovensiepen a. a. O. 240, 252ff., 264, Riß 131, Fränkel 167; alle diese für Angliederung des Verfahrens an die Amtsgerichte (Bovensiepen — vgl. auch DRZ. 16, 117 — unter Aufgabe der Ansicht, ThürBl. 62, 10). — Vgl. auch DNotV. 16, 439 und Schneider 279.

b) Bamberger 92 für besondere Friedensrichter nach schweizerischen und italienischen Vorbildern. Für Laienfriedensrichter auch Felsmann 205 (vgl. dagegen Levin, JW. 16, 1375).

c) Für die Angliederung an die Gemeindeverwaltungen die Denkschrift des Deutschen Handwerks- und Gewerbekammertags. „Die Tätigkeit des Richters ist in allererster Linie eine richtende, entscheidende, die schlichtende Tätigkeit ist weit mehr eine ordnende; sie hat neben den rechtlichen Erwägungen den praktischen Bedürfnissen Rechnung zu tragen und kann es daher bei der rein juristischen Behandlung nicht bewenden lassen; sie hat vielmehr in jedem einzelnen Falle möglichst auch den Grund des Streites zu untersuchen und für die Zukunft möglichst zu beheben. Diese Tätigkeit läßt sich in das Schema der staatlich gebotenen Justiz nicht wohl einfügen; sie muß von juristisch und praktisch bewährten Männern aus den verschiedenen Berufs- und Lebenskreisen unterstützt werden." Vgl. dagegen Riß a. a. O., Levin, RheinZ. 8, 231, Bovensiepen a. O. (für die Zuziehung von Zivilschöffen 271).

d) Selbstverwaltung und staatliche Schiedsämter. Lehmann-Deinhardt 76. Zuständig für das Güteverfahren sind die mit dieser Aufgabe betrauten Einrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften, ferner die Einrichtungen gemeinnütziger und berufsständischer Körperschaften, die die oberste Landesbehörde mit dieser Aufgabe betraut, sowie die staatlichen Schiedsämter. Die obersten Landesbehörden können für bestimmte Bezirke besondere staatliche Schiedsämter errichten und rechtskundige Personen, wie Notare, Rechtsanwälte, mit diesem Amte betrauen. Daneben walten die Amtsgerichte als staatliche Schiedsämter.

e) Zulassung der Anwälte. Vgl. Cahn 51 für die Mitwirkung der Anwälte im Sühneverfahren, ebenso Levin, RheinZ. 8, 216. Vgl. auch § 15 des Lehmann-Deinhardtschen Entwurfes 79.

3. Die Ausgestaltung des Verfahrens. Lehmann 68, 77 unterscheidet das Verfahren vor den nichtstaatlichen Gütestellen, für das er nur gewisse Richtlinien aufstellt, und vor den Schiedsämtern, das er eingehender geregelt wissen will. — Über Vereinfachung und Verbilligung des Verfahrens im Hinblick auf die Zwecke des Sühneverfahrens Levin, RheinZ. 8, 222, 229.

4. Grundsätzliche Bedenken gegen das Güteverfahren. Werner 329. Unsere heutige Prozeßordnung mit ihren hohen Kosten wirkt prozeßhindernd. — Das Güteverfahren wird am wenigsten denen schaden, die bisher Warenkredit selten in Anspruch genommen haben, also der Großindustrie und den Warenhäusern; bildet aber eine schwere Gefahr gerade für die kleineren Gewerbetreibenden und Handwerker. — Überall in Deutschland verwendet man, soweit möglich, den gelernten Arbeiter. Es erscheint wenig sachgemäß, in der Rechtsprechung zu dem ungelernten Arbeiter (Gütelaienrichter und Selbstvertretung der Parteien) zurückzukehren.

b) Gegen die Überschätzung des Güteverfahrens auf Grund langjähriger Praxis Fabrikbesitzer Kremer, RuW. 5, 222.

B. Das Mahnverfahren. 1. Rechtsanwaltschaft und Mahnverfahren. a) Schiffer, DJZ. 16, 157. Die Anwälte sollen wahlweise neben den Gerichten zum Erlasse

des Zahlungsbefehls befugt sein. Die Kosten sind durchweg auf den Satz der Gerichtskosten zu bringen. Bestritten wird, daß dadurch eine Durchbrechung der Organisation der Staatshoheit und eine Fälschung der freien Berufsstellung des Anwalts erfolge. „Nicht darum handelt es sich, ob die Rechtsanwälte Beamtenfunktion ausüben sollen, sondern darum, ob der Erlaß von Zahlungsbefehlen als Beamtenfunktion erfolgen soll. Es liegt kein Grund vor, warum letzteres unumgänglich notwendig wäre. Auch mag auf die Verpfändung aus § 845 ZPO. verwiesen werden, die eine ähnliche Anordnung in die Hand sogar jeder Privatperson legt. — Der Vorschlag liegt im Zuge derjenigen Veränderungen, die überhaupt zu treffen sind, um der Gesamtaufgabe zu genügen, eine Einschränkung des staatlichen Betriebs und eine Verminderung der staatlichen Behörden und Beamten zu erzielen. Von den Mitteln, die hierfür in Betracht kommen, ist eines der wichtigsten die Benutzung anderer als staatlicher Stellen und nicht zuletzt die Heranziehung freier Berufe für die Erledigung von Geschäften, die bisher diesen Stellen oblagen."

Zustimmend: Marcuse, Der anwaltliche Zahlungsbefehl, JW. 16, 471, Baum, Gerichtsentlastung nach wirtschaftlichen Grundsätzen unter Mitwirkung der Rechtsanwaltschaft, JW. 16, 568, Noest, 1. Entwurf zu einer Verordnung des Bundesrats zum Zwecke der Entlastung der Gerichte und der wirtschaftlichen Erhaltung des Anwaltstandes, JW. 16, 1059, 2. Entwurf, JW. 16, 1379 (dieser unter Berücksichtigung der Anregungen von Kaufmann, JW. 16, 1263, Kohlhaas, JW. 16, 1266, Harder, JW. 16, 1267).

Ablehnend: Zelter, Mahnverfahren und Anwaltschaft, JW. 16, 529 (unter eingehender Begründung); Lemme, R. 16, 205 (im Hinblick auf §§ 693 Abs. 3, 697 Abs. 2 ZPO.); Volkmar, DJZ. 16, 387 (der Zurückweisungsbeschluß kann den Anwälten als den begrifflichen Parteivertretern nicht überlassen werden; die Verweisung dieses Beschlusses an das Gericht würde eine Verzögerung bedeuten); Felsmann, RuW. 5, 207 (dieser und Volkmar für Übertragung auf den Gerichtsschreiber).

2. Obligatorisches Mahnverfahren empfehlen: Bovensiepen, ThürBl. 62, 181 (in allen vermögensrechtlichen Sachen vor dem AG. mit der Maßgabe, daß der Schuldner den Antrag auf Überweisung an das LG. bei Sachen über 600 M. bereits bei Erhebung des Widerspruchs zugleich mit diesem selbst stellen müßte); Reinhard, JW. 16, 381, sowie die Leitsätze des Vorstandes des preußischen Richtervereins, DRZ. 16, 264 (vor den Amts- und Landgerichten, jedoch unter Aufhebung des Anwaltszwanges im Falle des § 2 BRVO. v. 7. 8. 14 u. 20. 5. 15). Dagegen Heilberg, JW. 16, 878; Schäffer, RuW. 5, 153.

3. Insbesondere der Peterssche Vorschlag. Peters, Die BRVO. zur Entlastung der Gerichte v. 9. 9. 15 im Verhältnisse zum bisherigen Prozeßrecht und zur künftigen endgültigen Neugestaltung des bürgerlichen Streitverfahrens, DRZ. 16, 10, erhebt Bedenken gegen die Maßregel des landgerichtlichen Mahnverfahrens. Er empfiehlt als Einleitungshandlung jedenfalls die Einreichung einer vollständigen Klage oder die Erklärung einer solchen zu Protokoll des Gerichtsschreibers und tritt dafür ein, daß der Zahlungsbefehl nach dem Vorbilde des § 28 PrVO. v. 21. 7. 46 und des § 4 VO. v. 24. 6. 67 nach fruchtlosem Ablaufe der Widerspruchsfrist von selbst die Kraft eines vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteils erlangen soll. Die Gefahr eines Mißbrauchs durch den Gläubiger bestehe in der Theorie auch bei der gegenwärtigen Gestaltung, denn auch jetzt sei es denkbar, daß ein böswilliger Gläubiger trotz erfolgter Zahlung die Zwangsvollstreckung versuche, und der Vollstreckungsbefehl werde ohne vorgängige Anhörung des Schuldners erlassen.

4. Die Erhebung des Widerspruchs. a) Zelter, JW. 16, 529 (vgl. Zelter und Noest, JW. 15, 1232 u. 1412). Soll das schriftliche Beitreibungsverfahren durch die Beseitigung des nutzlosen Widerspruchs, d. h. desjenigen, der nur zum Versäumnisurteile führt, erreicht werden, bleibt eben nur die Verlegung des Widerspruchs in den Termin übrig, um sofort unwiderruflich das kontradiktorische Verfahren mit dem für die Landgerichtskompetenz organisch gegebenen Anwaltszwange erstehen zu lassen.

b) Für Begründungszwang Volkmar, DJZ. 16, 593; für die Aufforderung

wenigstens im Zahlungsbefehl, begründeten Widerspruch zu erheben, Jörrissen, DRZ. 16, 50.

C. Das Verfahren bis zum Urteile. 1. Allgemeine Grundsätze. a) Gegen die Einschränkung der mündlichen Verhandlung wendet sich Levin, GruchotsBeitr. 60, 51 (im Anschluß an Wachs Grundfragen und Reform des ZP. 72), Oppler, LeipzZ. 15, 1501 (vgl. auch AÖstGZ. 15, 442). Es ist schwer zu verstehen, wie angesichts der Schwierigkeiten, denen die Feststellung des Tatbestandes infolge der psychologischen Hemmungen und Irrtümer der Zeugen- und Parteiaussagen sogar in der mündlichen Verhandlung unterliegt, jene Verhandlung als tote Form so leichten Herzens selbst von denen preisgegeben wird, die sonst nicht scharf genug als das Ziel des bürgerlichen Rechtsstreits die Ermittlung der Wahrheit zu betonen gewöhnt sind. — Für die Vorteile der Mündlichkeit auch Bartsch v. Sigsfeld, DRZ. 16, 641, und Haberstumpf, DRZ. 16, 455. — Dagegen fordert

b) Volkmar, DJZ. 16, 594, eine Ausdehnung des Antragsrechts des § 23 EntlVO. v. 9. 9. 15 auch auf sonstige Parteivertreter und die Parteien selbst. Ferner: In Anlehnung an § 64 LVG. v. 30. 7. 83 soll das Gericht befugt sein, am Terminstage bei Schluß der Sitzung auch ohne mündliche Verhandlung und ohne Antrag auf Grund der Akten zu entscheiden, falls nicht seitens eines der Anwälte hiergegen Verwahrung eingelegt wird; jedoch soll bei nicht berufungsfähigen Sachen nur Beweisbeschluß ergehen können. In Fällen, wo nicht beide Parteien durch Anwälte vertreten sind, soll dies Verfahren nicht Platz greifen, weil dann die Sache vor dem Termin erledigt sein kann, ohne daß es die Parteien angezeigt haben. Ähnlich Liedtke, DRZ. 16, 607.

c) Die Petersschen Vorschläge. Peters, Die wälsche Art im deutschen Rechtsstreit und ihre Zukunft, 1916, bekämpft die französischen Prozeßgrundsätze des Prozeßbetriebs durch die Parteien und der sog. reinen Mündlichkeit (wonach nur das berücksichtigt werden kann, was die Parteien in mündlicher Form dem Gerichte vortragen, aber auch jedes spätere Vorbringen berücksichtigt werden muß). Als „Ersatz der unberechtigten wälschen Art" verteidigt er den „Grundsatz der Konzentrierung der Rechtsbehelfe (Eventualmaxime)", die Festlegung des Sach- und Streitstandes in verbindlichen Schriftsätzen unter Ausschlußzwang vor der mündlichen Verhandlung bedingend. (Unter eingehender Erörterung und Auseinandersetzung mit den Einwendungen und Vorschlägen Wachs, Grundfragen und Reform, Vierhaus, Verh. des 31. DJT. I 864, u. Volkmar, GruchotsBeitr. 55, 278, 575).

2. Vortermin. Die Einrichtung wird auch neuerdings von Anwalts- und Richterseite in gleicher Weise empfohlen. Vgl. einerseits Schäffer, RuW. 5, 153, andererseits Fischer a. a. O., Felsmann, RuW. 5, 207, Meyer, DJZ. 16, 45. Besondere Vorschläge machen:

a) Wolff, DJZ. 16, 721: Erster Verhandlungstermin (mit Anwaltszwang) vor dem beauftragten Richter, der Versäumnis- und Anerkenntnisurteile erlassen, Vergleiche beurkunden, Zahlungsfristen bewilligen, das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen kann. Bei widersprechenden Anträgen auf Antrag auch nur einer Partei oder von Amts wegen Verweisung des Rechtsstreits an das Prozeßgericht, sonst Erlaß der in den §§ 142—144 ZPO. bezeichneten Anordnungen, Anordnung und Erhebung von Beweisen, Abnahme des Parteieids mit Zustimmung beider Parteien. Das Verfahren vor dem beauftragten Richter ist Feriensache.

Vgl. hierzu b) Mangler, DRZ. 16, 492. Die wenigen Sachen, in denen Versäumnis- und Anerkenntnisurteile ergehen und in denen von vornherein ein Vergleich in Aussicht steht, rechtfertigen nicht die Belastung des Richters mit noch einem Terminstage. Empfehlenswert ist, daß der Richterkommissar sich sogleich nach Eingang der Sache mit dem Beklagten in Verbindung setzt, um womöglich die Sache im guten auszugleichen. Das ist zulässig, da § 296 ZPO. eine mündliche Verhandlung nicht voraussetzt. Überhaupt reicht das geltende Recht vollständig aus, um die Gerichte zu entlasten, wenn es praktisch angewendet und falscher Formalismus vermieden wird.

c) Einen erweiterten Entwurf über das landgerichtliche Vorverfahren stellt im Anschluß an Wolff auf Volkmar, LeipzZ. 16, 1344.

d) Peters, DRZ. 16, 14, weist auf die Vorteile des preußischen Verfahrens nach §§ 8, 12, 13, 25 VO. v. 1. 6. 33, §§ 1—4, 9 VO. v. 21. 7. 46, § 22 Abs. 2 VO. v. 2. 1. 49, §§ 6—11 VO. v. 24. 6. 67 hin, da sein erster Termin (zur Klagebeantwortung) der Sache nach die Zwecke des heutigen Vortermins erfüllte und beim Ausbleiben des Beklagten auch ohne Antrag das Versäumnisurteil erlassen wurde. (Vgl. auch Liedtke, DRZ. 16, 58, der allgemein statt des jetzigen Versäumnisverfahrens Entscheidung nach Lage der Akten vorschlägt.)

D. Erlaß und Inhalt der Urteile. 1. Koffka, Über die Ausdehnung der Möglichkeit, Zwischenurteile zu erlassen, JW. 16, 1233. Es genügt nicht, daß eine Entscheidung durch Zwischenurteil getroffen werden kann, wenn ein einzelnes selbständiges Angriffs- und Verteidigungsmittel zur Entscheidung reif ist, sondern das Institut muß so ausgebaut werden, daß durch den Erlaß eines solchen Urteils auch der Streitstoff auf die seither vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel beschränkt werden kann. Ist eine Klage an sich schlüssig begründet und stehen die zu ihrer Begründung vorgebrachten Tatsachen entweder von vornherein oder nach erhobenem Beweise fest und sind nur noch eine oder mehrere prozessuale Einreden streitig, so sollte z. B. durch Zwischenurteil festgestellt werden können, daß die Klage begründet ist, falls nicht die vom Beklagten erhobene Einrede der Zahlung durchgreifen sollte. Dadurch würde die Eventualmaxime überflüssig gemacht und die schrankenlose Freiheit der Parteien in der Geltendmachung der Angriffs- und Verteidigungsmittel beseitigt, auch die Zahl der Terminsvertagungen vermindert werden, da die Parteien in die mündliche Verhandlung eintreten würden, um ein Zwischenurteil nach Maßgabe des vorliegenden Streitstoffs zu erhalten.

2. Abgekürzte Urteile empfiehlt Volkmar, DJZ. 16, 594, auch für Versäumnisurteile, durch welche die Klage abgewiesen wird, Kostenverzichts- und Kostenanerkenntnisurteile gegen den Kläger, der die Klage zurücknimmt, ferner für die ein früheres Versäumnisurteil aufrechterhaltenden Urteile. Bei Urteilen, die nicht mit einem Rechtsmittel anfechtbar sind, sollen Tatbestand und Gründe wegfallen, wenn beide Anwälte darauf verzichten und das Gericht ein gegenteiliges Interesse nicht für vorliegend erachtet; in diesem Falle soll eine Ermäßigung der Entscheidungsgebühr eintreten. (Über die Abfassung von Zivilurteilen nach dem Grundsatze des § 24 VO. v. 9. 9. 15 Deinhardt, ThürBl. 62, 195.)

3. Eventualmaxime und Tatbestand. Peters, DRZ. 16, 91. Da das Gesetz vermöge der künstlichen Lehre von der Einheit der selbst durch eine ganze Reihe von Terminen fortgesetzten mündlichen Verhandlung keine festen Abschnitte im Rahmen der einzelnen Rechtszüge kennt, innerhalb deren sonst der von den Parteien geltend zu machende Prozeßstoff vorgebracht werden müßte, werden die Angriffs- und Verteidigungsmittel häufig nur stückweise geltend gemacht oder doch in tatsächlicher Hinsicht begründet. Es entsteht eine Unklarheit und Verzettelung des Streitstoffs, die in vielen Fällen einer scharfen, geordneten und übersichtlichen Darstellung des Sachverhältnisses im Tatbestande durch das Gericht große Schwierigkeiten bereitet, jedenfalls aber die Ersetzung des Tatbestandes durch einfache Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze unmöglich macht, wenn anders eine Prüfung der Entscheidungsgründe an fest umgrenzten tatsächlichen Unterlagen noch möglich sein soll. — Ein Rechtsgang, worin zunächst der Streitstoff unter Ausschlußzwang für das nicht fristzeitige, jeweilige Vorbringen tatsächlichen Inhalts in möglichster Vollständigkeit in einem vom Gerichte geleiteten Schriftwechsel festgelegt wird und in der erst dann stattfindenden mündlichen Verhandlung der Sach- und Streitstand den hiermit noch nicht bekannten Mitgliedern des Gerichts vorgeführt und in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht erörtert wird, bietet für einen Tatbestand im Sinne der deutschen ZPO., der den Inhalt des nach dem Dogma der sog. reinen Mündlichkeit erst den Streitstoff erzeugenden mündlichen Parteivorbringens zu beurkunden bestimmt wäre, überhaupt keinen Raum. Bei einem so gestalteten Verfahren liegt das Sachverhältnis fest und sicher gebettet in den zu den Akten eingereichten Schriftsätzen.

E. Beschränkung der Berufung. 1. Gegen die Beschränkung des Rechtsmittels. a) Gumbinner, DJZ. 16, 527, hält den Ausschluß der Berufung bei Werten

bis 50 M. für bedenklich, da Versehen bei den Richtern, namentlich den vielbeschäftigten der Großstädte, unvermeidlich sind, und es auch dem kleinen Manne nicht unmöglich gemacht werden sollte, solche Versehen gutmachen zu lassen. Er empfiehlt ein dem Rekurse des altpreußischen Rechtes entsprechendes Rechtsmittel, das prozessual so behandelt werden könnte wie die Beschwerde.

b) Hahn, JW. 16, 375. Einheitlichkeit der Rechtsprechung (vgl. hierzu auch Kamps, DJZ. 16, 333) und die §§ 279, 356, 374, 379 ZPO. machen die Berufungsinstanz, in der nach § 529 die Nachholung neuer Tatsachen und Beweismittel möglich ist, erforderlich.

Vgl. auch Kanzow (Abg.), JW. 16, 388, und Lemberg, DJZ. 16, 482 (soziale Rücksichten auf die unbemittelte rechtsuchende Bevölkerung); ferner Soldan, DRAZ. 16, 121.

2. Für Beibehaltung der Berufungssumme, bzw. Erhöhung auf 100 M. a) Levin, GruchotsBeitr. 60, 53. Die Beschränkung der Berufung aus wirtschaftlichen Gründen ist geboten, wo der Wert des Beschwerdegegenstandes außer Verhältnis steht zu dem mit dem Rechtsmittel verbundenen Aufwand an Arbeitskraft, Zeit und Geld.

b) v. Staff, RuW. 5, 5. Es ist ein gesunder Grundsatz, daß der Staat seine Gerichte für die Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung nur in einem Umfange zur Verfügung stellt, der in einem vernünftigen Verhältnisse zu dem allgemeinen Werte der streitigen Rechtsgüter steht.

Vgl. hierzu ferner: Bartsch v. Sigsfeld, DRZ. 16, 435; Bovensiepen, ThürBl. 62, 189; Meyer, DJZ. 16, 45 und die Leitsätze DRZ. 16, 264 e.

F. Stundung und Zwangsvollstreckung.

Schrifttum: Dittrich, Krediterleichterung und Schuldenabtragung nach dem Kriege (vgl. hierzu Stölzle, DRAZ. 16, 146), DRZ. 16, 95. — Derselbe, Der Kampf zwischen Gläubiger und Schuldner (1916). — Denkschrift des Deutschen Handwerks- und Gewerbskammertages 1916. 2. Abh. Das Borgunwesen und die Förderung des Einziehungswesens. — Liedtke, Soziales Zwangsvollstreckungsrecht, ZBlFG. 16, 483. — Mangler, Die Deutsche Richterzeitung und Hindenburg, DRZ. 16, 6. — Meyer, Reichsgesetzliche Schutzmaßregeln für Vermieter und Mieter, DNotV. 16, 384. — Soldan, Die Richterzeitung und der Gerichtsvollzieher, DRAZ. 16, 48.

1. Allgemeine Vorschläge. a) Die Leitsätze des Vorstandes des PrRV. zur Zwangsvollstreckung, DRZ. 16, 264, empfehlen: Beibehaltung des Mindestgebots nach § 3 BRVO. v. 8. 10. 14, sowie des § 4, der pfandfreien Summe der BRVO. v. 17. 5. 15, Aufhebung des § 752 ZPO. für die Kriegszeit oder doch Abschwächung dahin, daß nach dem Beginne der Zwangsvollstreckung der Militärbehörde Anzeige zu erstatten ist.

b) Liedtke 483 fordert: die Befugnis, von Amts wegen oder auf Antrag Zahlungsfristen zu bewilligen. — Das Gericht kann das Abarbeiten der Schuld bei öffentlichen Arbeiten oder beim Gläubiger anordnen. — Es kann Pfändungen und Überweisungen von Forderungen zur Tilgung von Forderungen vornehmen.

Für Bewilligung von Zahlungsfristen auch Bartsch v. Sigsfeld, DRZ. 16, 578; Meyer 384; Olafske, RuW. 5, 153; Jastrow, DRZ. 16, 560.

c) Zur Vermeidung nutzloser Pfändungen regt die Denkschrift des Deutschen Handwerks- und Gewerbekammertags an, die Justizverwaltung möge durch Gesetz oder Verordnung die Gerichtsvollzieher verpflichten, alle Fälle einer fruchtlosen Pfändung der Gerichtsvollzieherverteilungsstelle unter Angabe der genauen Personalien des Schuldners mitzuteilen. Die Verteilungsstelle müßte dann diese Personen in eine der Manifestantenliste ähnliche alphabetische Liste eintragen und sie Gläubigern, die ein berechtigtes Interesse nachweisen könnten, unentgeltlich zur Einsicht offenlegen. — Die Gerichtsvollzieher sollen durch Gesetz oder justizministerielle Anordnung verpflichtet werden, zwecklose Pfändungen zu unterlassen, bzw. die Gläubiger vor Erledigung des Auftrags auf die ihm amtlich bekannte Unpfändbarkeit des Schuldners hinzuweisen.

Vgl. andererseits Soldan 48, der sich gegen das von Mangler empfohlene Finholdsche Formular wendet, das den Gerichtsvollzieher in ungebührlicher Weise mit Mehrarbeit und Verantwortung belaste.

2. Insbesondere der Abbau der Prozeßverpflichtungen der Kriegsteilnehmer. a) Die Hindenburgsche Anregung v. 6. 9. 15, DRZ. 16, 6. Das Reich muß die Gefahr beseitigen, daß ein großer Teil seiner tüchtigen und wirtschaftlich selbständigen Söhne verarmt aus dem Kriege heimkehrt oder Gefahr läuft, sofort den Gläubigern in die Hände zu fallen und wirtschaftlich mit Frau und Kindern zusammenzubrechen.

b) Dittrich, DRZ. 16, 95, empfiehlt im besonderen Hinblick auf die schwierige Lage der aus dem Felde heimkehrenden Abzahlungskäufer eine Ausdehnung der Rechtsfolgenordnung v. 18. 8. 14/20. 5. 15 unter Einschaltung einer Bestimmung, die den Gerichsvollzieher ermächtigt, gegenüber dem sich auf die Verordnung berufenden Schuldner die Fortsetzung der Vollstreckung zunächst zu unterlassen und dem Schuldner eine angemessene Frist zur Beibringung einer weiteren Entscheidung des Gerichts zu bestimmen. Hervorgehoben wird, daß die Abzahlungsverkäufer gegen ihre Schuldner in der Regel nicht rücksichtslos vorgehen, daß sie daher zur Vermeidung des Konkurses ihren Gläubigern gegenüber geschützt werden und in jedem Falle bei einer massenhaften Veräußerung ihrer Außenstände gewisse vertragliche Bürgschaften für eine halbwegs rücksichtsvolle Behandlung der Schuldner geschaffen werden müßten. (Unzulässigkeit der zwangsweisen Einziehung nach Ablauf bestimmter Zeit oder weiterer zwangsweiser Einziehung nach Einbringung eines bestimmten Prozentsatzes.)

G. Rechtsannäherung. 1. Im allgemeinen: Adler, RuW. 5, 111. — Klein, DJZ. 16, 649, AÖstGZ. 16, 290. — Mayer, JBl. 15, 362. — Ofner, JW. 16, 780. — Schiffer, DJZ. 16, 457 u. JW. 16, 691. — Warneyer, SächsRpflA. 16, 341. — Vgl. weiter die Aufsätze zu III 4 c.

2. Hindernisse auf dem Wege der Rechtsvereinheitlichung: Adler, RuW. 5, 186. — Klein, RuW. 5, 234. — N. N., RuW. 5, 185.

3. Sonderfragen: Kastner, Rechtsannäherung und Gesetzestechnik, DJZ. 16, 497. — Meszlény, DJZ. 16, 714 (über Zuständigkeitsvorschriften, gerichtlichen Hilfs- und Vollstreckungsvertrag, Schiedsgerichte). — Sperl, Ein Rechtsbündnis zwischen Deutschland und Österreich über Vollstreckung und Konkurs, BankA. 16, 25. — Steinitz, JW. 16, 821 (Verteilung der Ausländermandate durch besondere Anwaltsausschüsse).

Vgl. auch Dittrich, Internationaler Gläubigerschutz, DRZ. 16, 180, und über kleine Mittel ÖstZBl. 34, 667.

Zivilprozeßordnung.

Über Auslegung im allgemeinen. Fuchs, Die soziologische Auslegung der ZPO., JW. 16, 1227 u. 1449. Die soziologische, offen an dem Zwecke und dem praktischen Ergebnis orientierte Rechtsfindung ist für die Auslegung der ZPO. in RG. 70, 291, JW. 09, 221, feierlich verkündet. Eine Reihe von früheren Entscheidungen, die unter der alten philologisch-formalistischen Rechtslehre mit deren Mitteln gefunden wurden, sind unter der Herrschaft des neuen juristischen Geistes nicht mehr haltbar. — Die bewußte Rechtsfortbildung gilt nicht nur für das materielle Recht; sie ist — wie die exceptio doli — ein gesamtjuristischer Hauptgrundsatz und gilt deshalb auch für die Auslegung und Fortbildung der ZPO. — Vgl. im einzelnen zu §§ 69, 233 Abs. 2, 302, 379, 709, 832 ZPO. und § 211 BGB.

Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt. Gerichte.

Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit der Gerichte.

§ 1.

Maßgeblichkeit der Klagangaben. 1. Hamburg 3. 12. 15, HansGZ. 16 Beibl. 106. Handelt es sich nur um die Frage der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts und sollen die Klagangaben sowohl den Anspruch selbst als auch die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts begründen, so kommt es für die letztere Frage nicht darauf an, ob die Klagangaben

wahr oder nicht wahr sind, sondern nur darauf, ob sie, wenn wahr, die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts begründen würden.

2. Kiel 13. 4. 16, OLG. 33, 72, SchlHolstAnz. 16, 126. In einem Falle, in dem sich die der Begründung der Zuständigkeit wie der sachlichen Rechtfertigung des Anspruchs dienenden tatsächlichen Angaben des Klägers decken, bedarf es zur Entscheidung über die Zuständigkeit keiner Beweiserhebung über die Richtigkeit der Angaben. (In Frage stand die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts gegenüber dem KfmG., ob, die Richtigkeit des Standpunkts des Klägers vorausgesetzt, sein Gesamtjahresverdienst 5000 M. überstieg.)

§ 3.

Schrifttum: Überschär, Die ZPO. und die dazu gehörigen Kostengesetze, DRZ. 16, 188. (Empfiehlt eine zweckdienliche, gerechtere und sozialere Lösung der Kostenfrage, insbesondere Vorschußpflicht mit Zahlungszwang beim Einspruche gegen ein Versäumnisurteil — die Feststellung des Streit- und Beschwerdewerts nach dem Geldinteresse (wirtschaftlichem Interesse des Klägers, also z. B. Berücksichtigung der Gegenleistung, der auf der Sache ruhenden Lasten) — doppelten Gebührenvorschuß bei Revision gegen Urteile, die als einstimmig gefaßt vom OLG. bezeichnet sind, und Erhöhung der Gebühren bei Zurückweisung der Revision gegen solche Urteile.)

I. Einzelne Fälle. 1. Arrest und einstweilige Verfügung. a) Colmar 28. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 325. Bei Streitigkeiten über Anordnung oder Aufhebung des Arrestes ist der Streitwert gemäß § 3 nach freiem Ermessen festzusetzen, wobei § 6 nur entsprechende Anwendung findet insofern, als der Wert des Hauptanspruchs, ähnlich wie beim Streite um ein Pfandrecht, nur als Höchstgrenze in Betracht kommt.

b) Rostock 13. 1. 16, MecklZ. 34, 313, OLG. 33, 135. Bei einer einstweiligen Verfügung entscheidet das Parteiinteresse an der angeordneten Maßregel, nicht der Wert des betroffenen Gegenstandes. (Im gegebenen Falle wurde nicht darum gestritten, ob die eine oder andere Partei den Besitz der Sachen behalten sollte, sondern darum, ob sie von einem Sequester einstweilen verwahrt oder dem Antragsgegner zur Verfügung und zur Weiterbeförderung überlassen werden sollten.)

2. Befreiung von einer Bürgschaftsschuld. Kiel 16. 12. 15, OLG. 33, 73, SchlHolstAnz. 16, 120. Streitgegenstand bildet nicht eine ziffernmäßig feststehende Leistung, sondern die Herbeiführung eines gewissen Erfolges. Das Interesse des Bürgen an der Herbeiführung dieses Erfolges wird sich regelmäßig nach dem Betrage der Schuld bestimmen, den der Schuldner aus eigenen Mitteln aufwenden muß. Es können indes Umstände vorliegen, die eine geringere Einschätzung rechtfertigen (wie im gegebenen Falle, wo der Bürge durch eine vollwertige Hypothek gedeckt war, daher 1000 M. bei Bürgschaftsschuld von 4000 M. geschätzt).

3. Ehesachen. a) Finger, DRAZ. 16, 95, wendet sich gegen einen Beschluß von Hamburg 25. 4. 14, wonach gemäß § 10 GKG. im Ehescheidungsprozesse regelmäßig der Streitwert auf 2000 M. anzunehmen sei. Die Fassung des § 10 GKG. sei allerdings nicht zu billigen und das Wort „ausnahmsweise" a. a. O. zu streichen. Aber bei wohlhabenden Eheleuten sei es unangebracht, wenn das OLG. Hamburg in der angeführten Entscheidung den Streitwert nur auf die Hälfte des Jahreseinkommens des Ehemanns festgesetzt habe. Vom Ausgang eines Eheprozesses hänge regelmäßig die Existenz der Ehegatten ab. Vgl. ferner Westrum, DRAZ. 16, 119, der für alle Familienprozesse, Scheidungen, Vaterschaftsklagen als geringste Wertstufe die 14. (3400—4300 M.) vorschlägt.

b) Braunschweig 7. 12. 15, OLG. 33, 18. Daß beiden Teilen das Armenrecht bewilligt ist, hat für sich allein keine Bedeutung. — Zu beachten ist (ohne Rücksicht auf den gleichgültigen oder nichtachtenden Standpunkt der Parteien) mindestens die Wertschätzung, die die allgemeine Moral und die Gesetzgebung dem Institute der Ehe angedeihen lassen. Diese gebietet, bei der Streitwertsbemessung in Ehescheidungssachen grundsätzlich nicht unter die vom § 10 GKG. vorgezeichnete mittlere Linie anders hinabzugehen, als wenn sehr gewichtige Gründe dafür sprechen. — Vgl. auch JDR. 14, 7.

4. Feststellungsklagen. a) Auf Feststellung eines längere Zeit dauernden Dienstverhältnisses. Colmar 29. 4. 14, BuschZ. 46, 6. Streitig war die Gültigkeit eines Vertrags vom 1. 4. 12 bis 19. 11. 16. Für eine solche Klage, auf welche § 8 ZPO. keine Anwendung findet, ist der Wert des Streitgegenstandes nach dem Interesse des Klägers an dem Bestehen des Vertrags und gemäß § 3 nach freiem Ermessen zu bestimmen. (Mehraufwand für den Fall, daß der Beklagte sich weigert, das Dienstverhältnis fortzusetzen.) Ebenso BauersZ. 23, 109 für die Feststellungsklage des Geschäftsführers wegen unberechtigter Aufhebung des Dienstverhältnisses.

b) Auf Feststellung eines ziffernmäßig nicht bestimmten Betrags. Colmar 17. 3. 15, ElsLothJZ. 16, 180. Handelt es sich um die Feststellung eines ziffernmäßig nicht bestimmten Anspruchs, dessen Umfang ungewiß ist und von den künftig wechselnden Bedürfnissen des Berechtigten abhängt, so ist der Wert des Streitgegenstandes nach § 3 festzusetzen. (Bei Anträgen auf Feststellung eines ziffernmäßig bestimmten Anspruchs deckt sich der Wert des Streitgegenstandes in der Regel mit dem Werte, der für die Leistungsklage in Betracht kommt.)

c) Negative Feststellung. Hamburg 12. 5. 16, HansGZ. 16 Beibl. 228, OLG. 33, 15. Bei einem Regreßanspruche gegen eins von mehreren Vorstandsmitgliedern in Höhe von 90 590 M. wurde der Streitwert in voller Höhe festgesetzt, weil, wenn der Anspruch begründet war, jeder der Kläger trotz eventueller Ausgleichspflicht nach § 426 BGB. Schuldner der Beklagten zur vollen Höhe gewesen wäre.

5. Gläubigerrecht an einer Hypothek. **RG.** 15. 12. 15, LeipzZ. 16, 953. Eine zweite Hypothek über 6000 M. hinter 4700 M. auf einem Grundstück im Werte von 8840 M. mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer erhebliche Kosten verursachenden Zwangsversteigerung unter 4000 M. geschätzt.

6. Lebensversicherungsvertrag. Colmar 9. 1. 15, ElsLothJZ. 16, 31. Bei der Klage auf Feststellung des Abschlusses eines Lebensversicherungsvertrags hat die Klägerin kein höheres Interesse an dem Fortbestande des Vertrags, als daran, daß ihr die Prämie für ein Jahr entrichtet werde.

7. Löschung des Nießbrauchsrechts. München 10. 7. 16, OLG. 33, 147. Das Nießbrauchsrecht ist ein Recht nicht auf wiederkehrende Nutzungen, sondern auf fortdauernde und ununterbrochene Nutzung. Für seine Wertschätzung ist lediglich das freie Ermessen des Gerichts nach § 3 auf der Grundlage der §§ 6, 4 maßgebend; § 9 findet keine Anwendung. (Nießbrauch stand hinter 235 000 M., Erträgnisse reichten zur Deckung der Hypothekenzinsen nicht aus. 500 M. festgesetzt.)

8. Rentenanspruch wegen Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung. Colmar 1. 4. 15, JDR. 14, zu § 9, 2 , auch ElsLothJZ. 16, 191.

9. Unterhaltsklagen. München 9. 5. 16, OLG. 33, 18. Der Anspruch auf Feststellung der Vaterschaft im Sinne des § 1717, d. h. als Grundlage für die Verfolgung des Unterhaltsanspruchs, ist vermögensrechtlicher Natur und hat nicht die Bedeutung der Feststellung eines Personenstandes.

10. Wandelungsklage. Rostock 13. 1. 16, MecklZ. 34, 132, OLG. 32, 245; 33, 15. a) Bei einer Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgewähr des Hundes ist eine Zusammenrechnung der Werte der beiderseits zu bewirkenden Leistungen nicht gerechtfertigt. b) Der Anspruch auf Ersatz der verauslagten Hundesteuer ist ebenso wie derjenige auf Ersatz der Futterkosten als Nebenforderung zu behandeln.

11. Zwischenstreit. Vgl. zu § 387.

II. Verfahren. 1. Abänderung des Festsetzungsbeschlusses. Colmar 23. 10. 15, R. 16 Nr. 118. Auch eine Wertfestsetzung des Beschwerdegerichts kann durch dieses von Amts wegen geändert werden (**RG.** 33, 377 und 37, 383). Die Anhängigkeit für das Gericht im Sinne des § 16 GKG. ist noch gegeben, solange über den Kostenfestsetzungsantrag einer Partei noch nicht entschieden ist.

2. Kostentragungspflicht des Rechtsanwalts, der für seine Partei im

Beschwerdewege die Erhöhung des festgesetzten Streitwerts verfolgt. Colmar 26. 5. 15, ElsLothJZ. 16, 263. Die Partei wird durch einen Festsetzungsbeschluß insofern, als der Wert nicht zu einem höheren Betrag als geschehen angenommen wird, nie beschwert (JW. 98, 576). Die Kosten sind nach § 102 ZPO. dem Rechtsanwalt aufzuerlegen, der die Beschwerde nicht für sich, sondern namens der von ihm vertretenen Partei eingelegt hat. Vgl. auch § 78, 2 b.

§ 4.

1. LG. Halle 31. 1. 16, NaumburgAK. 16, 22. Die Veränderung des Wertes des Streitgegenstandes ist grundsätzlich ohne Einfluß. Anders jedoch, wenn der Streitgegenstand selbst im Laufe des Rechtsstreits sich ändert, d. h. wenn der Anspruch vermindert oder erhöht wird. Eine solche Änderung ist in der Einschränkung des Klagantrags auf die Haftung mit dem Nachlasse gegeben, sie wirkt für den späteren Prozeßteil (**RG.** 67, 82).

2. Karlsruhe 29. 5. 15, BadRpr. 16, 85. Fall, in dem der Anspruch auf Vertragsstrafe als selbständiges Klagebegehren in Betracht kam, da sie neben der Rückforderung einer Anzahlung von 1200 M. geltend gemacht wurde, also in keinem Abhängigkeitsverhältnisse zu diesem Anspruche stand.

3. Streitwertberechnung im Generalgouvernement Warschau. KaisOG. Warschau 20. 3. 16, DJZ. 16, 904, R. 16, 364, hat auf Grund § 19 Abs. 2 VO. über die GV. v. 21. 3. 15 (wonach das OG. zur Beseitigung von Widersprüchen in den im Generalgouvernement geltenden Verordnungen und Gesetzen anzurufen ist) bestimmt, daß die §§ 3 ff. ZPO. bei der Streitwertberechnung maßgebend sind. (Die russische ZPO., die nach §§ 2, 3 VO. im Verfahren vor den Gemeinde- und Friedensgerichten gilt, läßt in Artt. 55 I und 273 die Höhe der Forderung zuzüglich der Zinsen bis zum Tage der Klagerhebung bestimmend sein, während nach §§ 6, 1 und 3 VO. vor den Bezirksgerichten § 4 ZPO. anzuwenden ist.)

§ 6.

1. Entgegennahme einer Auflassung beim Tausche. Karlsruhe 29. 9. 15, BadRpr. 16, 120, OLG. 33, 16. Bei Klagen auf Entgegennahme der Auflassung ist nicht der Wert des aufzulassenden Grundstücks maßgebend, sondern der Wert nach freiem Ermessen festzusetzen (vgl. JW. 01, 718; 02, 630, OLG. 21, 60; 31, 4. — JDR. 14, 4 zu § 3). Verlangt dagegen der Kläger Verurteilung des Beklagten zur Auflassung des Grundstücks auf Grund eines Tausch- oder Kaufvertrags, so ist der Wert dieses Anspruchs dem Werte des aufzulassenden Grundstücks gleichzusetzen (JW. 00, 10).

2. Dresden 28. 10. 15, SeuffA. 71, 167. Der Anspruch auf Herausgabe eines Gebäudeteils ist nach § 6 zu schätzen, wenn der Gegenstand des Streites nicht das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Mietverhältnisses, sondern der Besitz der Räume ist. (Im gegebenen Falle klagte der Eigentümer auf Grund des Eigentums, in zweiter Linie war behauptet, daß er die Räume dem Beklagten auf Grund eines nichtigen Kaufvertrags überlassen habe.)

3. Sicherungsübereignung. München 22. 1. 16, OLG. 33, 16. Erfolgt die Herausgabe einer Sache erkennbar nur zu dem Zwecke, um daraus Befriedigung für eine durch Sicherungsübereignung gesicherte Forderung zu erlangen, so bildet das an der S. begründete Pfandrecht den Gegenstand des Rechtsstreits, daher ist der geringere Betrag der Forderung maßgebend.

4. Konkursrecht. a) Karlsruhe 29. 9. 15, BadRpr. 16, 57. Für Streitigkeiten über Absonderungsrechte gilt nicht § 148 KO., sondern § 6 ZPO.

b) LG. Offenburg 12. 4. 16, BadRpr. 16, 155. Bei Anfechtungsklagen des Konkursverwalters ist der Streitwert nicht gemäß § 6 nach dem Werte der zurückzugewährenden Sache zu bemessen, sondern gemäß § 3 nach dem Interesse, das die Konkursmasse an der Beseitigung der aus der angefochtenen Handlung ihr entstandenen Nachteile hat.

§ 7.

1. Klage auf Unterlassung der Entnahme von Wasser. **RG.** 12. 1. 16, LeipzZ. 16, 610, WarnE. 16, 93. Geklagt war mit dem Antrage, die beklagte Stadt-

gemeinde zu verurteilen, es zu unterlassen, aus dem Weserbach oberhalb der Mühle des Klägers Wasser abzuleiten, ohne es oberhalb der Mühle des Klägers in den Weserbach wieder zurückzuleiten. Die Beklagte behauptete, der Rechtsvorgänger des Klägers habe ihr gegenüber vertraglich die Verpflichtung zur Duldung der Wasserentnahme durch sie übernommen, diese Verpflichtung sei auf den Kläger übergegangen. RG. verneint die entsprechende Anwendung des § 7. Die entsprechende Anwendung des § 7 hat zur Voraussetzung, daß nicht nur auf der einen Seite ein dienendes, sondern auch auf der anderen Seite ein herrschendes Grundstück vorhanden ist, so daß die Wertminderung des einen mit der Werterhöhung des anderen verglichen werden kann. Daran fehlt es im vorliegenden Falle, da nach der Behauptung der beklagten Stadtgemeinde das Wasserentnahmerecht aus dem Weserbache für sie als Person, nicht zugunsten eines bestimmten ihr gehörigen Grundstücks begründet worden sein soll. (**RG.** 29, 416 habe allerdings den § 7 zur Anwendung gebracht in einem Falle, in welchem eine Baubeschränkung zugunsten einer Behörde begründet gewesen, aber im Gebiete des gemeinen Rechtes, das sog. irreguläre Servituten zugunsten einer physischen oder juristischen Person zugelassen habe.)

2. KG. 30. 5. 16, OLG. 33, 73. Es liegt kein Grund vor, die entsprechende Anwendung des § 7 auf Klagen zu beschränken, die auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Grunddienstbarkeit gerichtet sind; es darf vielmehr, wenn zugleich auf Beseitigung der Beeinträchtigung einer Grunddienstbarkeit geklagt wird, die hieraus dem Beklagten in der Benutzung seines Grundstücks erwachsende Beeinträchtigung bei Bemessung der Wertminderung, die das dienende Grundstück durch die Dienstbarkeit erleidet, nicht außer Betracht bleiben (**RG.** 24. 3. 06, JW. 06, 311).

§§ 8, 9.

1. Kiel 24. 6. 15, SchlHolstAnz. 16, 127. Auch wenn der Räumungsanspruch darauf gestützt wird, daß ein wirksamer Mietvertrag nicht zustande gekommen sei, ist nicht der Besitz des Hausgrundstücks im Sinne des § 6, sondern das Nichtbestehen eines Mietverhältnisses im Sinne des § 8 streitig.

2. Karlsruhe 20. 9. 15, BadRpr. 16, 56. Wird ein Geldrentenanspruch sowohl auf Vertragsverletzung als auch auf Haftung aus unrechter Tat gestützt, so findet nicht § 9a Abs. 2 GKG. Anwendung, sondern § 9 ZPO. Die Bestimmung des GKG. kann nicht über ihren Wortlaut hinaus ausgedehnt werden auf den Fall, daß der Rentenanspruch nur auf Vertragsverletzung gestützt wird. Ist dies aber der Fall, so ist kein Grund abzusehen, weshalb in dem Falle, daß neben dieser Vertragshaftung an zweiter Stelle auch noch die Haftung wegen unrechter Tat geltend gemacht wird, die geringeren Gebühren berechnet werden sollen, denn sowohl die Tätigkeit des Gerichts als auch diejenige der mit der Sache befaßten Anwälte wird durch die Heranziehung jenes Haftungsgrundes erschwert. — Vgl. BadRpr. 12, 253 und JDR. 14, 2 c. Dafür, daß § 9 a Abs. 2 GKG. nur für reine Deliktsansprüche im Sinne der §§ 843, 844 BGB. anzuwenden, auch Karlsruhe 21. 6. 16, OLG. 33, 74. — Für Unanwendbarkeit des § 9 a Abs. 2 a. a. O. auf Feststellung einer Invalidenrentenpflicht München 21. 6. 16, OLG. 33, 74. — Vgl. auch zu 3 c.

3. Weitere Entscheidungen zur Auslegung des § 9 a GKG. a) Hamburg 29. 1. 16, HansGZ. 16 Beibl. 147, OLG. 33, 175. Die Ausnahme des Abs. 2 Satz 2 ist nicht nur gegeben, wenn der geringere Gesamtbetrag der geforderten Leistungen im Antrage beziffert ist, sondern auch dann, wenn die Umstände des Falles ergeben, daß die zugesprochenen wiederkehrenden Leistungen hinter dem fünffachen Betrage des einjährigen Bezugs zurückbleiben. (Unterhaltsgewährung für die Dauer des Hauptprozesses, die auf 2 Jahre geschätzt wurde.)

b) KG. 4. 2. 16, OLG. 33, 175. Der Beklagte hatte sich in einem Vertrage zur Unterhaltszahlung ohne Rücksicht auf die Entscheidung der Schuldfrage in dem zwischen ihnen schwebenden Ehescheidungsprozesse verpflichtet. Nachdem die Ehe geschieden, machte die Klägerin, auch wenn sie aus dem Vertrage klagte, einen auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Unterhaltsanspruch geltend, so daß § 9 a anzuwenden ist.

c) Colmar 9. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 320. Der Streitwert eines auf § 618 BGB. gestützten Schadensersatzanspruchs ist nach § 9 a GKG. festzusetzen, da aus Abs. 3 a. a. O. herzuleiten ist, daß im Sinne des § 9 a der Schadensanspruch aus § 618 als ein nach §§ 843, 844 BGB. erhobener gelten soll (OLG. 19, 243).

§ 10.

Dresden (8. Sen.), 30. 5. 16 OLG. 33, 74, weist darauf hin, daß nach Dresden (1. Sen.), SächsOLG. 07, 303, § 10 nicht anwendbar sei, wenn die Parteien die ausschließliche Zuständigkeit des AG. vereinbart haben. Das sei aber nicht schon anzunehmen, wenn die Vertragsbestimmung „zahlbar und klagbar" in A. laute.

Zweiter Titel. Gerichtsstand.

Schrifttum: Ebner, Der Gerichtsstand bei Urheberrechtsverletzungen, LeipzZ. 16, 733. — Jacobi, Erfüllungsort Berlin, GruchotsBeitr. 60, 962. — Josef, Der gesetzliche Auslandsbegriff und der Krieg, JW. 16, 1104. — Rosenthal, Ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gegeben, wenn der Klagetatbestand auch unter das UnlW. fällt? LeipzZ. 16, 289. — Waizenegger, Der Gerichtsstand des § 23 ZPO. und seine geschichtliche Entwicklung. Diss. 1915.

§§ 13, 14.

KG. 28. 10. 15, DJZ. 16, 139, JW. 16, 211. Wohnsitz und Gerichtsstand des Garnisonorts nur für Berufssoldaten. Vgl. JDR. 14 u. 15 zu § 9 BGB.

§ 21.

1. Zum Begriffe der Niederlassung. München 9. 4. 15, OLG. 33, 20, SeuffA. 71, 114. Festgestellt war, daß der Wirkungskreis des in Frage kommenden Sägewerkes und seines „kaufmännischen Leiters" nicht auf die Bretterfabrikation und die gelegentliche Abgabe von Abfallholz und Sägemehl beschränkt war, sondern den unmittelbaren Abschluß eines wichtigen Teiles von Geschäften, wie sie zum Betriebe des Handelsgewerbes des Beklagten gehören, also von kaufmännischen Geschäften, umfaßte. — Nicht erforderlich ist, daß die Zweigniederlassung alle Geschäfte betreibt, die in der Hauptniederlassung betrieben werden.

2. **RG.** 25. 6. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 9. Gerichtsstand für die Klage aus unlauterem Wettbewerb im Orte der deutschen Zweigniederlassung, wenn außerdem eine weitere Zweigniederlassung im Auslande besteht, vgl. JDR. 14 Ziff. II 1 zu § 24 UnlW.

§ 23.

1. Allgemeines zum Begriffe des Vermögens im Sinne der Bestimmung. Waizenegger wendet sich gegen die insbesondere von Wach (Handbuch I, 420), Hellwig (Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts II, 231) und Stein (zu § 23), sowie vom **RG.** (4, 409; 6, 403; 16, 392; 51, 163) vertretene Ansicht, wonach dem Gerichtsstande des § 23 jede Beziehung zur künftigen Zwangsvollstreckung fehle. Diese Ansicht setze sich in Widerspruch mit der geschichtlichen Entwicklung. Ein derartiger Gerichtsstand des Vermögens könne sich nicht auf den § 34 Anhang AGO. stützen, der ausdrücklich der Befriedigung aus den im Inlande befindlichen Vermögensgegenständen diene. Zweifellos sei aber der Gerichtsstand des § 23 ZPO., wie sämtliche Materialien der ZPO. erwähnten, auf den preußischen Gerichtsstand des Vermögens zurückzuführen. Daher müsse der Ansicht, daß das die Zuständigkeit begründende Vermögensstück der Zwangsvollstreckung unterworfen sein müsse, der Vorzug gegeben werden. Sie sei in Übereinstimmung mit § 803 Abs. 2 ZPO. und beuge den Mißständen vor, die die entgegengesetzte Auffassung mit sich bringe, indem sie in jedem auch noch so geringwertigen Gegenstande, soweit er seiner naturgemäßen Bestimmung nach als Vermögensbestandteil erscheine, Vermögen nach § 23 erblicke und so den Umfang des Gerichtsstandes über Gebühr ausdehne (61—83 in Verb. mit 42—54). — Es wird ferner auf die Wechselbeziehungen verwiesen, in denen § 23 und § 328 ZPO. zueinander stehen, und ausgeführt: „Je weiter wir die Grenzen des § 23 ziehen, desto zahlreicher sind die Fälle

in denen wir die Urteile derjenigen Staaten, mit denen die Gegenseitigkeit verbürgt ist, anerkennen und vollstrecken müssen. Da sich die Ausdehnung des im § 23 gegebenen Gerichtsstandes nach der Auffassung des dort verwendeten Vermögensbegriffs richtet, so ist letzten Endes die Feststellung dessen, was Vermögen nach § 23 ZPO. bedeutet, maßgebend für die Frage nach der Anerkennung und Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile und von hoher Bedeutung, da hier vorwiegend solche Urteile in Betracht kommen, die sich gegen im Auslande verklagte Deutsche richten und im Inlande vollstreckt werden" (94). Der Vermögensbegriff des § 23 dürfe daher nicht mit dem allgemeinen wirtschaftlichen Vermögensbegriffe gleichgestellt werden, ohne daß daraus Mißstände entsprängen; eine Erweiterung des Gerichtsstandes sei aus Gründen des internationalen Zivilprozeßrechts nicht zu empfehlen (97, 100 ff.).

2. Zum Begriffe des Inlandes. Josef 1104 (gegen Levis, R. 15, 439). Der Umstand, daß infolge des Krieges Teile des deutschen Reichsgebiets sowie die deutschen Schutzgebiete vom Feinde besetzt sind, hat nicht die Folge, daß diese Teile im Sinne des Gesetzes als Ausland gelten können. — Es ist vielmehr Sache der Justizverwaltung, für die Aufrechterhaltung der Rechtspflege Sorge zu tragen.

3. Geltung zugunsten von Ausländern. a) KG. 7. 3. 14, LeipzZ. 16, 349. Für den Gerichtsstand des § 23 spielt weder die Staatsangehörigkeit noch der Wohnsitz des Klägers eine Rolle. Auch ein im Auslande wohnhafter Ausländer kann im Gerichtsstande des § 23 klagen.

b) Breslau 14. 4. 16, BreslauAK. 16, 69. Für Streitigkeiten über die Gültigkeit eines Erbschaftskaufs, der unter Ausländern geschlossen ist, ist aus § 23 dasjenige deutsche Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Erbanteil verwaltet wird.

4. Der Anspruch auf Kostenerstattung als Vermögen. Hamburg 10. 2. 16, HansGZ. 16, Beibl. 138, OLG. 33, 21, R. 16 Nr. 969. Ohne weiteres darf angenommen werden, daß mit Erhebung der Klage nur die Möglichkeit eines Anspruchs auf Kostenerstattung gegeben ist, nicht schon ein Vermögensgegenstand im Sinne des § 23 ZPO. vorliegt. Fraglich dagegen erscheint es, ob schon ein in Kostenerstattung verurteilendes bzw., wie einige meinen, sogar vorläufig vollstreckbares Erkenntnis vorliegen muß, oder ob schon ein eine Partei verurteilendes Erkenntnis (im gegebenen Falle ein Teilurteil) für sich allein genügt. Letzteres ist richtig. Dafür spricht, daß mit Erlaß des Urteils schon alle gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, die das Gericht nötigen, die aus formellen, rechnerischen Gründen hinausgeschobene Kostenentscheidung zu erlassen und den Kläger mit einem seinem rechtskräftigen Unterliegen entsprechenden Teilbetrage der Kosten (im gegebenen Falle etwa $^{19}/_{20}$) zu belasten.

§ 26.

Kiel 2. 3. 16, SchlHolstAnz. 16, 121. Keine entsprechende Anwendung der im § 30 EEG. getroffenen Bestimmungen über den ausschließlichen Gerichtsstand der belegenen Sache für die auf Grund des KanalerweiterungsG. v. 17. 11. 07 erhobenen Entschädigungsansprüche.

§ 27.

Zuständigkeit für Ansprüche aus § 2329 BGB.? Schack, ThürBl. 63, 44 Anm. 1, wendet sich gegen die herrschende Meinung, die auch den Anspruch aus § 2329 gegen den Beschenkten dem § 27 unterwirft. Aus der Entstehungsgeschichte folge, daß dies nicht die Ansicht der Mehrheit der Kommission gewesen sei. Es sei richtiger, die Anwendung des § 27 auf solche Pflichtteilsansprüche zu beschränken, die als Nachlaßverbindlichkeiten gegen den Erben geltend gemacht werden. Darauf scheine auch die Fassung des § 28 („wegen anderer Nachlaßverbindlichkeiten") hinzuweisen.

§ 29.

I. Allgemeines. Jacobi 962 bespricht den Mißbrauch, der mit dem § 29 in seiner jetzigen Fassung getrieben werde, und die großen Schädigungen, die er insbesondere für die kleinen Leute herbeiführe. Indem die Besteller von Waren in die Falle eines vereinbarten Erfüllungsorts gelockt und ihrem ordentlichen Richter entzogen würden, werde

die tatsächliche Feststellung der Sache und die Verteidigung des Beklagten erschwert, würden die Kosten durch Bestellung von Anwälten für die Beweisaufnahme vervielfacht. Der Schluß von dem Erfüllungsort auf die Zulässigkeit des Gerichtsstandes des Erfüllungsorts sei an sich keineswegs logisch und natürlich, er sei nur eine Folge der positiven Vorschrift des § 29, der dem früheren Rechte in dieser Ausdehnung nicht bekannt gewesen und erst durch die ZPO. eingeführt worden sei. Es empfehle sich, zu erwägen, ob nicht dem § 29 eine Einschränkung dahin hinzuzufügen sei, daß er nicht gelten solle für den Fall, wo der Erfüllungsort weder auf der Natur des Schuldverhältnisses noch auf dem Gesetze, sondern wo er lediglich auf der Vereinbarung der Parteien, also auf ihrer bloßen Willkür beruhe. Das entspreche auch der Natur der ZPO. als öffentlichen Rechtes. Die Vorschriften der §§ 12—34 beruhten auf wohlerwogenen Gründen, die in der Sache selbst lägen. Die Frage, welches Gericht einen bestimmten Rechtsstreit zu entscheiden habe, müsse das Gesetz bestimmen. — Vgl. JDR. 14 vor § 38 ZPO.

II. Aus der Rechtsprechung. 1. Verhältnis der Abnahmepflicht zur Zahlungspflicht in Beziehung auf die örtliche Zuständigkeit. a) Kiel 2. 3. 16, SchlHolstAnz. 16, 118. Geklagt war auf Zahlung des Gerblohns gegen Lieferung der Felle (die unter Nachnahme geschickt, vom Beklagten nicht abgenommen worden waren), und in der mündlichen Verhandlung beantragt Verurteilung zur Abnahme der Felle gegen Zahlung, hilfsweise 1. Abnahme, 2. Zahlung bei dieser Abnahme. Es wurde Unzuständigkeit angenommen, da für die Zuständigkeit nach § 29 die Abnahmepflicht die Nebenpflicht und die Zahlungspflicht die Hauptpflicht sei, wenigstens beim Fehlen besonderer, das Gegenteil begründender Umstände (im Anschluß an **RG.** 56, 138).

b) Anders lag der Fall Darmstadt 9. 6. 16, HessRspr. 17, 114. Geklagt war auf Schadensersatz, weil der Beklagte wiederholt vom Kläger zum Abruf und zur Abnahme des verkauften Bieres vergeblich aufgefordert war, am Orte X., wo der Abruf zu erfolgen hatte. Es wird ausgeführt, daß die streitige Hauptverbindlichkeit, der Abruf, in X. zu erfüllen und deshalb für diese streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 X. Erfüllungsort war. Wird Entschädigung wegen Nichterfüllung begehrt, so ist nicht die Ersatzleistungspflicht, sondern die Vertragspflicht, wegen deren Verletzung der Ersatz verlangt wird, maßgebend, und zwar wird hierbei die Erfüllungsverpflichtung des Beklagten als noch fortbestehend betrachtet (**RG.** 3, 385 und 40, 408).

2. Gerichtsstand für die Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises nach Wandelung und Versteigerung der Ware. Hamburg 24. 1. 16, LeipzZ. 16, 771, OLG. 33, 23, SeuffA. 71, 206. Mit der Versteigerung (im gegebenen Falle der Kartoffeln) ist der einzige Grund weggefallen, aus dem L. (der Ort, wo die Ware sich befand) als Erfüllungsort für den Rückzahlungsanspruch angenommen werden müßte, nämlich der Grund, daß der Beklagte Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises Aushändigung der Ware fordern konnte, und deshalb in L., wo sich die Ware „dem Vertrage gemäß" befand (**RG.** 55, 108), leisten mußte.

Anders Königsberg 1. 2. 16, OLG. 33, 24. Der innere Grund für den besonderen Gerichtsstand des „Auswechslungsorts" besteht darin, daß wegen der mangelhaften Vertragserfüllung der Verkäufer gehalten sein soll, der mit dem Mangel behafteten Kaufsache nachzugehen und das zurückzuzahlende Kaufgeld an den Ort zu bringen, wohin die Kaufsache dem Vertrage gemäß geschafft worden ist. Dieser Grund besteht auch dann fort, wenn die Sache untergegangen ist, um so mehr auch dann, wenn sie öffentlich versteigert und der Erlös an ihre Stelle getreten ist.

3. Kiel 18. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 60. Die Gesamthaftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 128 HGB.) beruht auf demselben Rechtsgrunde wie die Haftung der Gesellschaft, und die Gleichheit des Rechtsgrundes dieser Haftungen führt auch zur Identität des Erfüllungsorts (**RG.** 32, 45).

4. Gerichtsstand des Erfüllungsorts bei der Klage auf die Vergütung für einen Bau, Jena 5. 2. 14, ThürBl. 62, 290, siehe oben Ziff. 6 zu § 269 BGB.

§ 32.

1. Nürnberg 13. 1. 16, OLG. 33, 25. Der Gerichtsstand ist ein gemeinschaftlicher für Klagen gegen Täter und Anstifter.

2. Verbindung der Unterlassungsklage mit der Schadensersatzklage. Salinger, JW. 16, 1244. Wie bei der Frage der Verjährung, so ist es eine selbstverständliche Folge der neuen Rechtsbildung, die auf Grund des § 826 BGB. die Unterlassungsklage geschaffen hat, daß auch in dem Falle einer nicht schuldhaften Schadenszufügung der Gerichtsstand aus § 32 für die Unterlassungsklage gegeben ist.

3. Verhältnis zu § 24 UnlWG. (vgl. oben zu § 24 UnlWG.). a) Rosenthal, LeipzZ. 16, 289, vgl. oben Ziff. I 1 zu § 24 UnlWG.

b) Salinger, JW. 16, 1242 ff., vgl. oben Ziff. I 2 zu § 24 UnlWG.

4. Urheberrechtsverletzungen. Ebner 733 erörtert die Frage, ob für die Klage auf Schadensersatz wegen unerlaubten Nachdrucks jedes Gericht zuständig sei, in dessen Bezirk das betreffende Blatt verbreitet worden ist. (Praxis des AG. Berlin-Mitte, vgl. KG. 21. 9. 03, DJZ. 03, 550.) Die Gründe, die zum Erlasse des G. v. 13. 6. 02 geführt hätten, seien in vollem Umfang auch für den Gerichtsstand bei Urheberrechtsverletzungen anzuerkennen. Bei Preßvergehen sei in der Regel zur Vollendung der Handlung erforderlich, daß jemand von dem Inhalte der Druckschrift Kenntnis nehme. Beim unerlaubten Nachdrucke komme es auf die Kenntnisnahme nicht an, es sei genügend, wenn der Verleger die im Buchhandel üblichen Maßnahmen treffe, um dem Werke den genügenden Absatz zu sichern. Sie würden an demjenigen Orte vorgenommen, wo der Verlag seinen Sitz habe, also am Erscheinungsorte.

§ 33.

1. Rechtlicher Zusammenhang. Hamburg 14. 7. 16, OLG. 33, 148. Die Ansprüche beider Parteien beruhten auf demselben Vertrage, den Gegenstand der Widerklage bildeten Ansprüche, die auf mangelhafter Vertragsleistung der Klägerin, welche ihren Klagegrund bildete, beruhen sollten. Auch wenn der Beklagte mit den Ansprüchen nach den Bedingungen des Vertrags nicht aufrechnen durfte, ist er berechtigt, sie widerklagend geltend zu machen. (Rechtlicher Zusammenhang zwar nicht mit den Verteidigungsmitteln, wohl aber mit dem Klaganspruche selbst.)

2. Gegenwiderklage. Colmar 2. 4. 14, BuschsZ. 46, 7. (Unzulässigkeit der Erhebung einer Gegenwiderklage auf Ehescheidung gegen eine auf Scheidung gerichtete Widerklage nach Zurücknahme der Hauptklage auf Anfechtung der Ehe.) Gegenwiderklagen sind unzulässig. Eine Klagerweiterung kommt im gegebenen Falle nicht in Frage, da die Hauptklage zurückgenommen und daher eine zu erweiternde Klage überhaupt nicht mehr vorhanden ist. Auch der Übergang von einer Klage zur anderen nach § 614 ZPO. ist ausgeschlossen, wenn jene ursprünglich erhobene zurückgenommen und infolgedessen als nicht anhängig geworden anzusehen ist.

§ 36.

Nr. 3. 1. Begriff des Streitgenossen. BayObLG. 5. 7. 16, BayRpflZ. 16, 358. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber dem Worte Streitgenossen im § 36 Nr. 3 einen anderen Sinn beilegt. Das Gesuch ist zurückzuweisen, wenn nach seinem Inhalt eine solche Streitgenossenschaft nicht vorliegt.

2. **RG.** 1. 5. 16, LeipzZ. 16, 1009. Die Vorschrift findet keine Anwendung auf anhängige Prozesse. (Vgl. hierzu Anm. a. a. O.: **RG.** 44, 394 steht nicht entgegen, da sich diese Entscheidung auf den besonderen Fall der Nr. 1 bezieht. Der Erstreckung der Nr. 3 auf anhängige Prozesse steht der Wortlaut und die Erwägung entgegen, daß durch den Eingriff des höheren Gerichts das Recht des Beklagten auf die nach § 274 ihm zustehende Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts in Frage gestellt würde.)

3. Augsburg 6. 6. 16, LeipzZ. 16, 968. (Die Klage war in erster Linie auf unerlaubte Handlung, hilfsweise darauf gestützt, daß die zu verklagenden Personen auch aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung und anderen vertraglichen oder außervertraglichen

Gründen haften.) Die Bestimmung nach § 36 Nr. 3 kann verlangt werden, um die Möglichkeit zu schaffen, falls die Haftung aus unerlaubter Handlung nicht für gegeben erachtet und deshalb auf einen anderen Klagegrund zurückgegriffen werden sollte, für den ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht besteht, die Klage gegen sämtliche Beklagte fortzuführen.

§ 37.

RG. 11. 5. 15, JDR. 14, auch SeuffA. 71, 247.

Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

1. Über die Vereinbarung, keine Klage zu erheben. Kohler, Prozeß und Nichtprozeß, Rechtsgang 2, 117. Die Befugnis, daß jemand, der sich verletzt fühlt, die Gerichtshilfe anrufen darf, kann nicht verkümmert werden: sie ist so sehr im tiefsten Wesen der Persönlichkeit begründet, daß wir einen derartigen Ausschluß als eine Erschütterung der Grundlage des Persönlichkeitsrechts betrachten würden. (Zulässige Beschränkungen der Prozeßmöglichkeit: durch Schiedsvertrag und Vereinbarung eines ausländischen Gerichts — kein Fall des Nichtprozesses, der Prozeß kann nur in seiner Wirksamkeit gehemmt und zurückgestoßen werden.)

2. Deutsch-österreichische Rechtsannäherung. Meszlény, DJZ. 16, 714, für Regelung der Zuständigkeit.

§ 38.

1. Zeitpunkt der Vereinbarung. Naumburg 28. 4. 16, NaumburgAK. 16, 37. Nach der Klagerhebung können die Parteien die Zuständigkeit eines anderen als des angerufenen Prozeßgerichts nicht mit der Wirkung vereinbaren, daß jenes Gericht dadurch allein ohne weiteres zuständig wird. (Das Gericht hatte zwei zunächst getrennt verhandelte Sachen miteinander verbunden und sich auf Antrag des Klägers für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das LG. verwiesen, da der Streitwert beider Sachen 600 M. überstieg. Auf Veranlassung des Vorsitzenden der Zivilkammer hatte das AG. den Überweisungsbeschluß ohne mündliche Verhandlung als unzulässig aufgehoben und Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung anberaumt. Nachdem die Parteien sich gegenseitig vor das LG. geladen und erklärt hatten, sie hätten vereinbart, daß der amtsgerichtliche Beschluß außer Kraft trete, hatte der Vorsitzende der Zivilkammer die Anberaumung eines Verhandlungstermins abgelehnt, da der Rechtsstreit bei dem AG. anhängig sei. OLG. hat den obigen Rechtssatz ausgesprochen, aber der Beschwerde stattgegeben, da der Rechtsstreit gemäß § 505 Abs. 2 beim LG. anhängig geworden sei.) Vgl. auch zu § 505 u. Levin, JW. 11, 142.

2. KG. 21. 9. 16, KGBl. 16, 96. Die Vereinbarung der Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts begründet im Zweifel einen ausschließlichen sachlichen Gerichtsstand. (Im gegebenen Falle war ein AG. als zuständig für sämtliche Rechtsstreitigkeiten genannt. Die Zuständigkeit des LG. wurde verneint.) Vgl. auch Nr. 3.

3. Vereinbarung im Auslande. Breslau 14. 4. 16, BreslauAK. 16, 69. Ob eine im Ausland erfolgte Vereinbarung der Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts als Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes zu erachten ist, ist von einem deutschen Gerichte, da es sich um eine prozeßrechtliche Vereinbarung handelt, nach deutschem Rechte zu beurteilen. Im deutschen Rechte wird anerkannt, daß der Wille der Vertragschließenden von Fall zu Fall durch Auslegung zu ermitteln ist.

4. Vereinbarung des Erfüllungsorts. a) München 26. 11. 15, OLG. 33, 22. Wenn ein Kaufmann bei längerer Geschäftsverbindung auf den Kommissionskopien einen abweichenden Erfüllungsort als maßgebend erklärt, so drückt er damit deutlich aus, daß er als Verkäufer diesen Erfüllungsort vereinbaren will, und der Käufer unterwirft sich dieser Vereinbarung, wenn er diese Geschäftsverbindung widerspruchslos annimmt. Vgl. im übrigen die Entscheidungen zu § 150 BGB. 2 d u. e.

b) „Erfüllungsort für gerichtliche Entscheidungen." München 3. 7. 14, OLG.

33, 25. Ein Erfüllungsort für gerichtliche Entscheidungen ist wörtlich genommen unmöglich; möglich und zulässig ist, was offenbar damit gemeint ist, die Vereinbarung der Zuständigkeit des Gerichts des angeführten Ortes für Streitigkeiten aus dem Vertrage.

5. Einfluß des Krieges. Zweibrücken 8. 2. 15, RheinZ. 8, 167. (Eine Pfälzer Baufirma, die eine Zweigniederlassung in St. Petersburg besitzt, hatte im Jahre 1902 dort mit einer deutschen Firma einen Vertrag über Wasserleitungseinrichtung für einen dortigen Gasthof abgeschlossen und mit ihr für etwaige Streitigkeiten die Zuständigkeit des Kommerzgerichts in St. Petersburg vereinbart. Berufungsgericht führt zunächst aus, daß an sich der prozeßrechtliche Vertrag der Streitteile hinsichtlich seiner Zulässigkeit und Wirksamkeit nach russischem Prozeßrechte zu beurteilen sei.) Der Zweck der Vereinbarung war, eine bequemere und raschere Erledigung von Streitigkeiten zu ermöglichen. Dieser Zweck ist mit Ausbruch des Krieges für absehbare Zeit unmöglich geworden. — Die Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes geschieht immer unter der stillschweigenden Voraussetzung, daß das vereinbarte Gericht jederzeit angerufen werden kann und jederzeit jeder der Parteien Recht geben kann und muß. Auf eine ungewisse Zeit braucht sich keine Partei vertrösten zu lassen. Da vielmehr der Vertragszweck für absehbare Zeit nicht zu erreichen ist, wird der Vertrag hinfällig, und die allgemeine Zuständigkeit tritt in Kraft.

§ 39.

RG. 15. 2. 16, HessRspr. 17, 52. Die Bestimmung bezogen auch auf den besonderen Gerichtsstand eines Landesfürsten (Großherzog von Hessen) und für unerheblich erachtet, daß die Vertreterin des Großherzogs, die Direktion des Großherzogl. Hoftheaters und der Hofmusik, sich darüber nicht im klaren war, daß sie als Vertreterin des Großherzogs handelte. „Denn im § 39 handelt es sich um eine unwiderlegliche Vermutung, bei der es auf den Willen der Verhandelnden nicht ankommt." — Vgl. auch **RG.** 9. 2. 15, JDR. 14.

§ 40.

1. KG. 11. 5. 16, OLG. 32, 327. Der Gerichtsstand des AG. nach § 4 VO. v. 20. 5. 15 ist kein ausschließlicher. Dadurch, daß der Gläubiger sich widerspruchslos auf die Verhandlung vor einem anderen AG. einläßt, wird die Zuständigkeit des AG. nach §§ 38, 39 wirksam vereinbart.

2. Nürnberg 7. 6. 16, BayRpflZ. 16, 395. Die Ausschließlichkeit der örtlichen Zuständigkeit (im gegebenen Falle für die Festsetzung der Entschädigung im Enteignungsverfahren nach Art. 21 BayAGZPO.) läßt eine Vereinbarung über die sachliche Zuständigkeit zu; die Vereinbarung ist nur insoweit unzulässig, als für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen.

Über die entsprechende Anwendung der §§ 41 ff. auf den Konkursverwalter vgl. Oetker, GoldschmidtsZ. 78, 537.

§ 41.

Nr. 1. Francke, AZivPr. 114, 359. Das Mitglied einer nicht rechtsfähigen Vereinigung ist, weil diese als Prozeßpartei eine Einheit bildet, zwar kein Streitgenosse, aber doch ein Stück jener Einheit; es ist daher in ihrem Rechtsstreit von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen, und wer dies nicht gelten lassen will, muß ihn doch wohl als einen Mitberechtigten, bzw. Mitverpflichteten ansehen.

Nr. 6. a) Hüfner, ZIndR. 16, 133, verneint die Frage, ob Mitglieder des Kaiserlichen Patentamts, welche im Erteilungsverfahren mitgewirkt haben, von der Mitwirkung im Nichtigkeitsverfahren kraft Gesetzes ausgeschlossen sind, weil § 41 Nr. 6 ein wirkliches Instanzgericht im Rechtssinn im Auge hat, der Nichtigkeitssenat und das RG. aber keine Instanzen des Erteilungsverfahrens seien.

b) PrOVG. 19. 11. 14; 69, 129, JW. 16, 1289. Ein Richter, der in einer früheren

Instanz bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, ist gesetzlich nicht behindert, auf Ersuchen eines im Instanzenzuge höheren Gerichts die Tätigkeit eines ersuchten Richters auszuüben.

§ 42.

I. Zum Begriffe der Befangenheit im allgemeinen. Kann, JW. 16, 27 (Besprechung von Albert Hellwig, Psychologie der richterlichen Urteilsfindung, 1914), unterscheidet die Fälle, in denen die Urteilsfähigkeit des Richters durch persönliche Interessen getrübt wird (z. B. Abneigung), und die Fälle der sachlichen Befangenheit, in denen irgendwelche subjektive Vorstellungen und Überzeugungen in der Seele des Richters so übermächtig sind, daß sie seine Fähigkeit, die Umstände des konkreten Falles gerecht abzuwägen, beeinträchtigen. (Daß dieser Fall nicht schärfer abzugrenzen ist, liegt in der Natur der Sache; es handelt sich hier um Seelenzustände, die im einzelnen Falle nicht meßbar, noch wägbar sind.) — Befangenheit ist ein Seelenzustand, der niemals objektiv festzustellen ist. Das Gesetz verlangt daher nur die Besorgnis der Befangenheit; diese läßt sich nur aus Anzeichen schließen, weil sie nur in gröberen Fällen zutage treten wird. — Kann erklärt in jedem Falle das Ablehnungsverfahren für reformbedürftig. Das Institut sei dadurch in Mißkredit geraten, daß es in der Praxis so oft als Waffe in den Händen querulierender und anrüchiger Parteien verwendet werde. Um diesen Mißstand zu beseitigen, sollte man die Ablehnungsgesuche dem Anwaltszwang unterstellen und dem Antragsteller, der keinen Anwalt zur Anbringung seines Ablehnungsgesuchs finden kann, das Recht auf Bestellung eines Pflichtanwalts für den Fall der Nichtaussichtslosigkeit seines Gesuchs geben.

II. Aus der Rechtsprechung. 1. Frühere Entscheidungen. Hamburg 30. 10. 15, HansGZ. 16 Beibl. 24, SeuffA. 71, 175. Kein Ablehnungsgrund ist nach anerkannter Rechtsprechung die Tatsache, daß ein Richter in früheren Prozessen einmal gegen die ablehnende Partei entschieden hat.

2. Bekanntgebung der Rechtsauffassung. Breslau 23. 10. 15, LeipzZ. 16, 1146. Keine Ablehnung des erkennenden Richters, der im Laufe des Rechtsstreits seiner Rechtsauffassung Ausdruck gegeben hat. Sowohl die §§ 341 ff., 571 ZPO. wie auch § 6 GKG. übertragen dem Gerichte das Recht und die Pflicht der Nachprüfung seiner eigenen Entscheidung und der von ihm beobachteten Behandlung der Sache. Auch in diesen Fällen müßten besondere Umstände dargetan werden, die auf die vorgefaßte Meinung des Richters schließen lassen. ➾ Hinzuzufügen ist, daß in zahlreichen Fällen die Erfüllung der nach § 503 ZPO. dem Amtsrichter obliegenden Aufklärungspflicht ohne Darlegung der Rechtsauffassung unmöglich ist. Vgl. Levin, Richterliche Prozeßleitung 127. ⇐

3. Festsetzung einer Ordnungsstrafe. KG. 6. 1. 16, OLG. 33, 26. Die Festsetzung einer Ordnungsstrafe nach Lage der Sache nicht als Ablehnungsgrund angesehen, ebensowenig die Ablehnung weiterer Fragen an einen Zeugen, deren Zulässigkeit jederzeit der Entscheidung des Senats unterbreitet werden kann.

4. Ratserteilung. Jena 3. 5. 16, ThürBl. 63, 146. Es ist grundsätzlich unstatthaft, daß im Rechtsstreit ein Richter tätig wird, der die eine Partei beraten hat, sonst würde das Vertrauen des Volkes in die Unparteilichkeit der Richter erschüttert und die Rechtspflege schwer gefährdet werden. Dabei macht es keinen Unterschied, ob ein erkennender oder ersuchter Richter in Frage steht, denn die Fassung einer Zeugenaussage oder eines Gutachtens kann den Ausgang des Rechtsstreits entscheidend bestimmen.

5. Verweigerung des Versäumnisurteils. Königsberg 16. 3. 15, JW. 16, 62. Nachdem der Beklagte den Erlaß des Versäumnisurteils gegen den Kläger, einen Rechtsanwalt, beantragt hatte, fragte der Richter einen anwesenden Anwalt, ob er den Kläger nicht vertreten wolle, und ließ ihn als Vertreter ohne Vertretungsmacht zu. Die Ablehnung des Richters wurde für begründet erachtet. Nach § 42 Abs. 2 genügt als Ablehnungsgrund schon ein Grund, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen, also ein subjektives Mißtrauen dieser Art bei der Partei als gerechtfertigt erscheinen zu lassen; der Grund muß — vom Standpunkte der betreffenden Partei aus —

objektiv geeignet sein, das Mißtrauen zu rechtfertigen. Dies ist aber dann der Fall, wenn der Richter die Interessen einer Partei in irgendeiner Weise wahrnimmt und im Interesse einer Partei tätig ist, sofern dadurch, was übrigens die Regel sein wird, das Interesse der anderen Partei verletzt wird. Diese Voraussetzung wurde im gegebenen Falle bejaht, weil das Recht der Partei auf Erlaß des Versäumnisurteils beeinträchtigt worden sei. Das Versäumnisurteil habe im Interesse des Beschwerdeführers gelegen; in jedem Falle durfte er auf Ersatz seiner Kosten für den Termin rechnen (§ 344 ZPO.). „Allerdings ist die Schwierigkeit für einen Anwalt, der zur selben Zeit mehrere Termine in verschiedenen Gerichtszimmern wahrzunehmen hat, zur rechten Zeit in jedem Termine zu erscheinen, nicht zu verkennen. Aber diese Schwierigkeit darf nicht zu einer Verletzung des Interesses der Gegenpartei führen und ist auch keineswegs unbehebbar. Es bedurfte zu ihrer Behebung auch nicht der im vorliegenden Falle getroffenen richterlichen Maßnahmen."

Dagegen Koffka, JW. 16, 62. Die Ansicht sei geradezu ungeheuerlich. Eine Wahrnehmung des Interesses der einen Partei liege auch im Falle des § 57 ZPO. vor, bei Bestellung eines Armenanwalts gemäß § 115. Ein solches Interesse der Rechtspflege nehme der Richter auch wahr, wenn er dafür sorge, daß eine am Erscheinen im Termine behinderte Partei in diesem Termine vertreten werde, damit eine sachliche Entscheidung stattfinde. Das vom Richter in diesem Falle wahrgenommene Interesse der Partei sei ein rein formelles, auf den Betrieb des Prozesses gerichtetes, und kein materielles, welchem ein sachliches Interesse der Gegenpartei entgegenstände. ⋙→ Diese Ansicht wird von den Groß-Berliner Amtsgerichten wohl überwiegend geteilt, da sonst unerträgliche Übelstände entstehen würden. Vgl. auch Levin, Richterliche Prozeßleitung 92—95. ←⋘

§ 46.

Stuttgart 19. 4. 16, R. 16 Nr. 1159. Die Beschwerde gegen den Beschluß, durch den das Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt wird, unterliegt dem Anwaltszwange. Es handelt sich um keinen der Fälle, in denen die Einlegung der Beschwerde durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers und damit durch die Partei selbst gestattet ist.

Zweiter Abschnitt. Parteien.

Erster Titel. Parteifähigkeit. Prozeßfähigkeit.

Schrifttum: Francke, Die nicht rechtsfähige Prozeßpartei, AZivPr. 114, 352. — Männer, Relative Prozeßunfähigkeit, LeipzZ. 16, 786. — Nagler, Rechtsgang 1, 56, Der Parteibegriff im Zivil- und Strafverfahren. — Richter, Die fiduziarische Übertragung des Prozeßführungsrechts im eigenen Namen, GruchotsBeitr. 60, 766. — Rothbarth, Unter welchen Voraussetzungen kann der Zivilrichter Registerauszüge oder sonstige Urkunden zum Nachweise der Parteifähigkeit, der Prozeßfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung verlangen? LeipzZ. 16, 528.

§ 50.

1. Zum Parteibegriff im allgemeinen. Nagler 56 gibt zunächst eine Übersicht über den gegenwärtigen Stand der wissenschaftlichen Lehre vom Parteibegriffe: Herrschend der sog. materielle (oder auch natürliche) Parteibegriff, begründet von Wach (Handbuch I, 519, 532), Partei „das aktive oder passive Subjekt des materiellen Streitverhältnisses"; Parteifähigkeit und Rechtssubjektivität decken sich. Förderung der Lehre durch die Kohlersche „Prozeßstandschaft" und die sog. formelle Parteifähigkeit (äußerlich prozessuale Selbständigkeit bei tatsächlicher Vertretereigenschaft). Ihr gegenüber verteidigt die rein prozessuale Parteilehre (unter der Herrschaft der deutschen ZPO. zuerst begründet von Oetker und O. Fischer bei Erörterung der Frage nach der Stellung des Konkursverwalters) einen formalen Parteibegriff. Die Sachlegitimation sei ebenso scharf von der Parteieigenschaft zu sondern wie die Rechtsfähigkeit von der Parteifähigkeit. Vom materiellen Parteibegriffe drängen drei Gruppen von Fällen ab: Parteien kraft beschränkten Rechtes am Streitgegenstande, kraft Amtsgewalt (Konkursverwalter) und vermöge prozessualer Zweckmäßigkeit (§ 265 ZPO.). Eine mittlere Anschauung vertritt die Lehre der „Blankopartei" (72; begründet

von R. Schmidt, Lehrbuch 2, 310, Parteistellung unbestimmter Interessenvertreter; Parteien die angeblichen Interessenten des Urteils- oder Vollstreckungsschutzes); 56—74. Sodann wird die Unzulänglichkeit der materiellen Parteilehre nachgewiesen und gezeigt, daß das geltende Recht eine ganze Reihe von unzweifelhaften Parteigestaltungen kennt, die sich nicht der materiellen Begriffsbestimmung einfügen lassen (außer § 146 KO. die Klage aus § 6 Abs. 1 GebrMustG. v. 1. 6. 91; § 265 ZPO., § 76 ZPO., die Staatsanwaltschaft in den Fällen der §§ 632, 666, 675, 679 ZPO., die Behörden nach §§ 525 Abs. 2, 2194 BGB., die off. HG., Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien, der nicht rechtsfähige Verein nach § 50 Abs. 2 ZPO., der Testamentsvollstrecker, der Schiffer), und die den Satz rechtfertigen, daß die Bestimmung der Parteien und ihre prozessuale Anerkennung vom materiellen Rechtsverhältnisse durchaus unabhängig ist. Wie überall, so ist auch hier die Zulässigkeit von der Begründetheit der Prozeßhandlung scharf zu sondern (88). Der Parteibegriff darf nur prozessual bestimmt werden (97). Ferner wird die sog. Amtstheorie im einzelnen näher begründet (der Güterverwalter selbst Partei im Sinne eines „Amts"-trägers, nicht Vertreter des von ihm verwalteten Sondervermögens — Hellwig —, auch nicht irgendeiner unbekannten Partei — Schmidt-Weismann, 97—105). Sodann wird die Amtstheorie praktisch durchgeführt (im Gerichtsstande gilt für den Güterverwalter das gleiche wie bei parteifähigen Behörden; für Armenrecht, Kostensicherheit, Prozeßkostenpflicht ist maßgebend der Stand des verwalteten Sondervermögens, 107; die Vorschriften über die Rechtsnachfolge, §§ 241, 243 ZPO., sind sinngemäß zu verallgemeinern, 109). Endlich wird gezeigt, daß sich die Regel des § 50 Abs. 1 ZPO., wonach jeder Rechtsfähige jedenfalls parteifähig ist, eine Reihe von Ausnahmen gefallen lassen muß, so daß es genügt, die Parteifähigkeit als die Fähigkeit, Subjekt eines Prozeßrechtsverhältnisses zu sein, zu kennzeichnen (111—115). (Leibesfrucht, mögliche Nachkommenschaft, nicht rechtsfähiger Verein, off. HG. und was ihr gleichsteht, Behörden.)

2. Insbesondere die nicht rechtsfähige Prozeßpartei. Francke 356. Die Vereinsmitglieder kommen für ihre Prozeßpartei nicht in Betracht als völlig selbständige voneinander unabhängige Einzelne, nicht als freie Inhaber ihres ganzen Vermögens, sondern nur als durch die Vereinigung an andere gebundene unselbständige Teile der Vereinigung und nur hinsichtlich des gemeinschaftlichen Vermögens. Es liegt keine Streitgenossenschaft vor. Denn Streitgenossen im Sinne der ZPO. sind mehrere einander gegenüber selbständige Parteien. (Aus dieser Grundauffassung werden die einzelnen Folgerungen gezogen, insbesondere 359: Keine Unterbrechung durch Wechsel in den Personen der Vereinsmitglieder, denn solcher ist nicht Wechsel in der Prozeßpartei; Klagänderung, wenn die gegen eine Vereinigung angestellte Klage nunmehr gegen die einzelnen Mitglieder gerichtet werden soll.) Vgl. zu §§ 41, 373, 473 ZPO.

3. Parteifähigkeit im schiedsgerichtlichen Verfahren. Urteil eines Berliner Schiedsgerichts v. 29. 5. 15, LeipzZ. 16, 266. Es kann dahingestellt bleiben, ob im gerichtlichen Verfahren die Parteien über die Parteifähigkeit verfügen können. Jedenfalls ist das schiedsgerichtliche Verfahren darin freier. Nach § 1034 Abs. 2 ZPO. sind die Vereinbarungen der Parteien über das Verfahren für das Schiedsgericht bindend. Danach muß es auch den Parteien freistehen, einer nicht rechtsfähigen Organisation die sog. formelle Parteifähigkeit für das schiedsgerichtliche Verfahren beizulegen. Die formelle Parteifähigkeit ist eine Frage der bloßen Prozeßökonomie.

4. Parteifähigkeit der Behörden. **RG.** 15. 2. 16, HessRspr. 17, 52, R. 16 Nr. 1739. Nach deutschem Staats- und Verwaltungsrechte hat eine Behörde nie eine eigene Rechtspersönlichkeit, sondern ist stets nur Vertreter einer rechtsfähigen Person. Daher kommt auch der Generaldirektion des Großherzogl. Hoftheaters und der Hofmusik in Darmstadt Rechtsfähigkeit nicht zu; sie kann nur Vertreter einer physischen oder juristischen Person, nämlich des Unternehmers des Theaters sein. (Es wird ausgeführt, daß der Großherzog der Unternehmer des Theaters sei, in dessen Namen und für dessen Rechnung die Verwaltung durch die Generaldirektion geführt werde.)

5. Über die Vertretung des Reichs- (Militär-) Fiskus in streitigen Rechtsangelegenheiten aus Rechtsgeschäften und Maßnahmen der während des Krieges neu aufgestellten Heeresformationen, vgl. Vf. des preuß. Kriegsm. v. 27. 2. 16, JMBl. 16, 56.

§ 51.

I. Zulässigkeit und Wirkungen der fiduziarischen Übertragung des Prozeßführungsrechts im eigenen Namen. Richter 775. 1. Wenn A. im eigenen Namen den Prozeß führt und nicht nur als Vertreter des B., so sind seine sämtlichen Prozeßhandlungen gültig und binden den B. prozeßrechtlich. B. hat ihm also das Prozeßführungsrecht anvertraut. Das Fiduziarische liegt darin, daß A. nicht zum Nachteile des B. wegen der eben erwähnten prozessualen Bindung die prozessuale Stellung ausnutzt, daß er nicht die Klage zurücknimmt, auf den Klaganspruch verzichtet oder Vergleiche schließt, die dem B. zum Nachteile gereichen. Nur im Innenverhältnis ist er zur ordnungsmäßigen Geschäftsbesorgung verpflichtet. — Es bleibt demgemäß nur die Frage offen, ob es eine derartige dem Willen der Parteien entsprechende Rechtsform für das Außenverhältnis gibt. (Wird bejaht und ausgeführt, a) es liege keine versteckte Prozeßvollmacht vor; die Vollmacht sei kein Innenverhältnis. b) Als Parteien seien auch Personen anzuerkennen, welche im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung auftreten, und Personen, denen die Parteistellung in einem sie materiell nicht berührenden Rechtsstreite kraft Amtes zukommt. — Vgl. auch Nagler zu § 50, 1. — c) Die Umgehung eines Verbotsgesetzes liege nicht vor. Umgangen werden solle nur die regelmäßige Rechtsform der unmittelbaren Stellvertretung durch die nicht verbotene Rechtsform der Einräumung des Prozeßführungsrechts im eigenen Namen. Es wird ferner darauf hingewiesen, daß nach der herrschenden Meinung die Absicht, den Treugeber als Zeugen zu benennen, die Gültigkeit der Abtretung nicht beeinflußt und dieser für die Inkassozession anerkannte Grundsatz für die schwächere Einräumung des Prozeßführungsrechts gleichfalls anzuwenden ist. Anders läge der Fall, wenn der wohlhabende B. den unbemittelten A. zur Prozeßführung in der Absicht ermächtigt hätte, um der Prozeßkostenlast zu entgehen. Dies unlautere Vorgehen würde allerdings gegen die guten Sitten verstoßen und die Nichtigkeit des fiduziarischen Rechtsverhältnisses herbeiführen. (781.) 2. Folgerungen: a) Dem A. darf das Armenrecht, wenn er es aus seiner Person beantragt, nicht gewährt werden. Vgl. zu § 114 ZPO. b) Das Wesen der Aufrechnung im Prozesse besteht darin, daß sie einmal das zivilrechtliche Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung und sodann die prozessuale Berufung auf das durch dieses Rechtsgeschäft eingetretene Erlöschen der gegnerischen Forderung enthält. Der zweite Bestandteil kann erst dann berücksichtigt werden, wenn die Voraussetzungen des zivilrechtlichen Aufrechnungsgeschäfts vorliegen. Bezüglich dieser Voraussetzungen kommt es auf die Gläubigerstellung an. Gläubiger ist A. aber nicht, daher kann der Schuldner ihm gegenüber nicht mit einer Forderung aufrechnen, die er gegen A. hat, es liegt keine Gegenseitigkeit vor; dagegen kann er mit einer Forderung aufrechnen, die er gegen B. hat. Vgl. Oertmann zu § 145 II. 3. Das rechtskräftige Urteil, welches im Prozeß A. gegen den Schuldner ergeht, wirkt für und gegen den B. Bei einem zweiten Prozesse handelt es sich objektiv um die unveränderte Begründung der Klagerhebung für den ersten Prozeß; über dies Klagebegehren ist bereits im ersten Prozesse rechtskräftig entschieden (objektive Begrenzung der Rechtskraft). Die subjektive Begrenzung der Rechtskraft will eine Rechtskraftwirkung gegen unbeteiligte Dritte vermeiden. Dagegen ist es ein Gebot der Rechtslogik, daß diese beiden Begrenzungen der Rechtskraft nicht im Widerspruche miteinander stehen. Die Rechtskraft des Urteils gegen A. muß sich daher logischerweise auf B. erstrecken, der zwar prozeßrechtlich, aber nicht materiellrechtlich Dritter ist (789).

II. Vertretung nicht prozeßfähiger Personen. 1. Gütergemeinden. Jena 11. 7. 12, ThürBl. 62, 297. Eine Gütergemeinde, die nach dem Mein. Ges. v. 15. 3. 10 durch das Forstamt zur Waldgenossenschaft erklärt worden ist, wird auch vor Rechtskraft dieser Entschei-

dung nicht mehr durch ihren bisherigen Vorstand vertreten. Sie ist in der Zwischenzeit ohne gesetzliche Vertretung. Um dem Mangel abzuhelfen, ist entweder das Einschreiten des Forstamts zu veranlassen oder — bei Gefahr im Verzuge — das Prozeßgericht um Bestellung eines Prozeßvertreters nach § 57 anzugehen.

2. Vertretung des Staates bei Streit über Pfarrwahlrecht der Kirchengemeinden. Geltendmachung der mangelnden gesetzlichen Vertretung in der Revisionsinstanz. **RG.** 21. 10. 15; 87, 241, GruchotsBeitr. 60, 688, JW. 16, 130, R. 16, 47. Geklagt war von einer Kirchengemeinde gegen den Preußischen Staat, vertreten durch das Konsistorium, auf Feststellung des Pfarrwahlrechts. In der 2. Instanz hatte das Konsistorium auf Anweisung des Oberkirchenrats auf Wunsch des Ministers der geistlichen Angelegenheiten und des Finanzministers den Einwand der mangelnden Legitimation des Konsistoriums zur Vertretung erhoben mit dem Bemerken, das Konsistorium selbst sei in Übereinstimmung mit dem Oberkirchenrate der Meinung, daß es zur Vertretung des Staates berechtigt sei. OLG. hat die Einrede der mangelnden gesetzlichen Vertretung durch Zwischenurteil verworfen. Kgl. RegierungsAbt. f. Kirchen- und Schulwesen legte namens des Beklagten Revision ein. Das Konsistorium seinerseits beantragte, die Revision als unzulässig zu verwerfen. RG.: a) Das Konsistorium und die Klägerin haben die Auffassung vertreten, daß es prozessual unzulässig sei, wenn die Regierung unter dem Vorgeben, der wirkliche gesetzliche Vertreter des verklagten Staates zu sein, in den Prozeß durch Einlegung des Rechtsmittels der Revision eintreten wolle. Dieser Auffassung ist nicht beizutreten. Ist die Ansicht der Regierung zutreffend, so war der Staat bisher im Rechtsstreite nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten, die bisherige Prozeßführung für den Beklagten unwirksam (§§ 551 Nr. 5, 579 Nr. 4). Allerdings konnte der Staat durch seinen wirklichen Vertreter die Nichtigkeitsklage erheben. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb er den Mangel nicht schon im gegenwärtigen Prozesse sollte geltend machen können, zumal nicht bloß die Klägerin, sondern auch das Konsistorium in der Revisionsinstanz Gelegenheit gehabt haben, ihren abweichenden rechtlichen Standpunkt zu begründen. b) Ferner wird ausgeführt, daß die Vertretung des Staates in Prozessen über das Besetzungsrecht, das nur einen Teil des Patronatsrechts bildet (§§ 587, 327 II. 11 ALR.), den Regierungen zusteht. Ebenso Krämer, JW. 16, 130, auf Grund § 32 Ziff. 2 Kirchengemeinden- u. SynodalO., da die dort vorgesehene ausdrückliche Übertragung des Prozeßvertretungsrechts an die Konsistorien nicht erfolgt und aus §§ 2, 3 VO. v. 27. 6. 45 (GS. 440); § 18 a Instr. v. 23. 10. 17 (GS. 248); KabO. v. 31. 12. 25 (GS. 1826 S. 5); Art. 22 G. v. 3. 6. 76 (GS. 125); § 44 Abs. 2 LVG. v. 30. 6. 83 nichts zu entnehmen sei.

3. Reichsmilitärfiskus. a) Im allgemeinen. **RG.** 20. 6. 16; 88, 326, LeipzZ. 16, 1102. Die Zuständigkeit der Intendantur zur Vertretung des Reichsmilitärfiskus reicht nur so weit als ihr Geschäftsbereich. Gehört eine Angelegenheit nicht zum Geschäftsbereiche der Intendantur, so ist die Zentralstelle der gesamten Militärverwaltung, d. i. der Kriegsminister, zur Prozeßvertretung des Reichsmilitärfiskus berufen.

b) **RG.** 6. 12. 15, R. 16 Nr. 262, WarnE. 16, 63 (Pferdeaushebungsangelegenheiten). Auf Grund §§ 26, 27 KLG. v. 13. 6. 73 (vgl. §§ 1, 3, 4, 8, 9, 12—15, 28, 30—32) in Verb. mit Art. 27 Pferdeaushebungsvorschrift v. 1. 5. 02, der den Regierungen die Anweisung und Auszahlung der festgesetzten Vergütung zuweist und andere Geschäfte der Aushebung den Regierungspräsidenten und Oberpräsidenten zuweist, ist es als gerechtfertigt anzuerkennen, daß die Prozeßvertretung des Reichsmilitärfiskus in Pferdeaushebungsangelegenheiten durch die zur Prozeßvertretung des Fiskus überhaupt zuständige Behörde der Zivilverwaltung, also in Preußen durch den Regierungspräsidenten, ausgeübt wird.

Ebenso c) Naumburg 11. 10. 15, NaumburgAK. 16, 52. Grundsätzlich soll die Militärbehörde nicht mit rauher Hand selbst requirieren, sondern sich an die nach den Landesgesetzen zuständige Zivilbehörde wenden. Dies ist in Preußen der Regierungspräsident. — Die Leistungspflichtigen haben grundsätzlich nur mit den Zivilbehörden zu tun. Diese Zivilbehörden vertreten den Reichsmilitärfiskus ihnen gegen-

über bei Requisitionen, also auch in Prozessen, die aus einer Requisition entstehen. — Vgl. auch Werneburg, DJZ. 16, 290.

§ 52.

1. Relative Prozeßunfähigkeit. Männer 786 (gegen RG. 29, 34). Daß eine Person insoweit prozeßunfähig ist, als sie durch Verträge sich nicht verpflichten kann, darf wohl als zweifellos erscheinen. Nur darf nicht behauptet werden, daß eine Person, der in einem Rechtsstreite die Sachlegitimation fehlt, sich insoweit durch Verträge nicht verpflichten könne. Daraus, daß eine Person nicht über fremde Vermögensgegenstände verfügen kann, ergibt sich keineswegs, daß sie insoweit geschäftsunfähig und prozeßunfähig ist. Hier bildet das fremde Recht ein äußeres Hindernis für die Verfügungsmacht. Aber anders ist es, wenn jemand, ohne daß das Recht eines anderen entgegensteht, wegen eines seiner Verfügungsmacht anhaftenden Mangels nicht verfügen oder durch Verträge sich verpflichten kann. In einem solchen Falle liegt insoweit, als die Verfügungsmacht fehlt, Prozeßunfähigkeit nach § 52 ZPO. vor, mag sich der Mangel der Verfügungsmacht auch nur auf einen Teil des Vermögens oder auf bestimmte Vermögensgegenstände beziehen. (Angewendet auf den Gemeinschuldner hinsichtlich des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens, ferner auf die Erben hinsichtlich der der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßsachen im Anschlusse an Mot. 5, 236. Anders sei die Rechtslage bei der Nachlaßpflegschaft; der Erbe werde in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt; § 53 ZPO. sei anwendbar. Dagegen sei bei der Nachlaßverwaltung der Erbe in Ansehung des Nachlasses prozeßunfähig, wie der Gemeinschuldner prozeßunfähig sei in Ansehung der Konkursmasse.)

2. Politische Zwangsverwaltung. Schiedermair, BayRpflZ. 16, 213, leitet aus §§ 2, 7 Bek. v. 26. 11. 14 (RGBl. 487), wonach der Inhaber eines unter politischer Zwangsverwaltung stehenden Grundstücks zu Rechtshandlungen für das Grundstück nicht befugt ist, her, daß der Inhaber „insoweit" im Sinne des § 52 ZPO. prozeßunfähig ist. Ergeht trotzdem ein Urteil gegen den Inhaber, so kann der Zwangsverwalter gemäß § 579 Nr. 4 Nichtigkeitsklage erheben.

§ 55.

Österreichisches Recht. LG. Wien 12. 5. 16, ZIndR. 16, 196. Russische Staatsangehörige, die in den von österreichisch-ungarischen Truppen besetzten Gebieten Rußlands wohnen, sind nicht den feindlichen Ausländern gleichzustellen, sie stehen vielmehr nach § 33 ABGB. den Inländern gleich und sind gemäß § 1 ZPO. vor österreichischen Gerichten prozeßfähig.

§ 56.

1. Allgemeine Auslegung dieser Gesetzesvorschrift (sowie des § 88 Abs. 2 ZPO.). Rothbarth, Unter welchen Voraussetzungen kann der Zivilrichter Registerauszüge oder sonstige Urkunden zum Nachweise der Parteifähigkeit, der Prozeßfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung verlangen? LeipzZ. 16, 528. Die Vorschriften sind nicht dahin auszulegen, als ob sie lauteten: „Das Gericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob Parteifähigkeit usw. vorliegt und ob die Vollmacht ordnungsmäßig ist", sondern nur wenn der Mangel vorliegt, ist er von Amts wegen zu berücksichtigen, gleichgültig ob die Parteien ihn geltend machen oder ob die Parteien darauf verzichten. Die Amtsprüfung in jenem strengen Sinne würde wegen verschwindender Ausnahmefälle das ganze Zivilprozeßverfahren in schwerster Weise belasten. — Vgl. auch Meyn, LeipzZ. 16, 1355 zu § 313 ZPO., sowie Nr. 3.

2. **RG.** 6. 12. 15, WarnE. 16, 64. Die Prüfung der Legitimation des gesetzlichen Vertreters muß jeder Verhandlung und der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs vorausgehen.

3. Darmstadt 19. 5. 16, HessRspr. 17, 132. Die gegen eine GmbH., „vertreten durch ihren Vorstand", gerichtete Klage wurde vom LG. angebrachtermaßen abgewiesen, weil der Kläger trotz Aufforderung es unterlassen, die gesetzlichen Vertreter näher zu bezeichnen. OLG. billigt dies, weist aber, nachdem Kläger die Angaben in 2. Instanz nachgeholt, gemäß § 538 Abs. 2 ZPO. zurück und legt dem Kläger auf Grund § 97 Abs. 2 die Kosten auf.

4. **Beschwerde einer prozeßunfähigen Person.** Breslau 23. 11. 15, JW. 16, 521. Für das Spruchverfahren der ZPO. ist jetzt durchgängig anerkannt, daß auch Rechtsmittel prozeßunfähiger Personen, die sich gegen eine ohne Rücksicht auf ihre Prozeßunfähigkeit ergangene Entscheidung richten, nicht als unzulässig zu behandeln und demgemäß als unstatthaft zu verwerfen sind, sondern daß die Rechtsmittelinstanz auch durch Handlungen des in Wirklichkeit Prozeßunfähigen eröffnet wird und die Prozeßunfähigkeit lediglich für den sachlichen Erfolg der Klage entscheidend ist (Gaupp-Stein, Bem. IV 4 zu § 561, JW. 08, 73). Diese Annahme beruht auf der Erwägung, daß das Rechtsmittelverfahren auch zur Geltendmachung des in der Prozeßunfähigkeit liegenden Nichtigkeitsgrundes bestimmt ist und darum bis zur urteilsmäßigen Feststellung desselben notwendig auch der Prozeßunfähige selbst gehört und zugelassen werden muß. Die gleiche Erwägung trifft aber auch für das nichterkennende Beschwerdeverfahren zu. — Vgl. auch zu § 704 ZPO. und Ziff. 2 zu § 83 ZVG.

§ 57.

Bestellung nach Klagerhebung. Karlsruhe 3. 3. 16, DJZ. 16, 827. Die Bestellung eines besonderen Prozeßvertreters gemäß § 57 ist auch noch dann zulässig, wenn die Klage schon an den geschäftsunfähigen, als solchen aber nicht erkennbaren Beklagten zugestellt wurde und es sich darum handelt, ob die Klagerhebung und Prozeßführung des Geschäftsunfähigen durch nachträgliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters samt dem gegen ihn erlassenen Versäumnisurteile von Anfang an volle Rechtswirksamkeit erlangen oder durch deren Versagung endgültig hinfällig werden soll.

§ 58.

RG. 20. 12. 15, JW. 16, 211. **Die Bestellung eines Vertreters gemäß § 58 hat durch das AG. zu erfolgen, falls der Anspruch im Mahnverfahren geltend gemacht werden soll,** nicht durch den Vorsitzenden der für die Klage sonst zuständigen Zivilkammer.

Zweiter Titel. Streitgenossenschaft.

§ 62.

1. **Zum Begriffe der notwendigen Streitgenossenschaft.** RG. 13. 1. 16, JW. 16, 844, LeipzZ. 16, 1033. Viktoria D. beanspruchte wegen ihrer Verletzung durch einen Kraftwagen des Beklagten Schmerzensgeld und eine Rente nach dem Tode ihrer Mutter. Ihre Mutter verlangte als Mitklägerin eine jährliche Rente, weil sie in der Landwirtschaft auf die Hilfe ihrer Tochter angewiesen sei und diese ihr die Hilfe nicht mehr leisten könne. RG. verneinte gegen OLG., daß notwendige Streitgenossenschaft vorliege. Richtig ist, daß die tatsächliche Grundlage der Ansprüche der beiden Klägerinnen ein und dieselbe ist, die nur entweder bestehen kann oder nicht bestehen. Aber das ist nicht ausreichend. Der Fall des § 62 ZPO. liegt zweifellos dann vor, wenn das Rechtsverhältnis so ist, daß die Entscheidung für oder gegen den einen Genossen für oder gegen den anderen auch dann maßgeblich wäre, wenn er sich am Prozesse nicht beteiligt hätte, oder wenn verlangt werden kann, daß der nicht Beteiligte hinzugezogen wird (exceptio plurium litis consortium). Es ist zuzugeben, daß die Rechtsprechung und insbesondere auch die Rechtsprechung des RG. die Anwendung des § 62 darüber hinaus auch auf andere Fälle ausgedehnt hat. Aber daran ist doch festzuhalten, daß die logische Unvereinbarkeit voneinander abweichender Entscheidungen nicht ausreicht, notwendige Streitgenossenschaft zu begründen. Daß die Identität des tatsächlichen oder rechtlichen Klagegrundes die Streitgenossenschaft zu einer notwendigen nicht macht, ergibt sich unmittelbar aus positiven Gesetzesbestimmungen wie §§ 425 Abs. 2, 429 Abs. 3 BGB. Es steht dem auch nichts im Wege, daß in dem Falle, wo durch eine unerlaubte Handlung mehrere verletzt sind, die Klage des einen Verletzten einer anderen rechtlichen Beurteilung unterfällt als die des anderen, und daß, während der einen Klage stattgegeben wird, die andere abgewiesen wird oder umgekehrt. (Zustimmend v. Seuffert, Fußnote a. a. O.)

2. **Klage gegen eine Ehefrau auf Zahlung und gegen den Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Frauengut.** Posen 28. 3. 16, PosMschr. 16, 39,

verneint im Anschluß an **RG.** 59, 234 notwendige Streitgenossenschaft in einem Falle, in dem die Frau aus einer vorehelichen persönlichen Verbindlichkeit und der Ehemann als Gesamtschuldner auf Grund der ehelichen Gütergemeinschaft sowie auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt wurde; man könne nicht einmal sagen, daß ein im Sinne der Logik einheitliches Verhältnis vorliege. Die beklagte Ehefrau wurde durch Versäumnisurteil zur Zahlung verurteilt.

3. **RG.** 12. 4. 16, LeipzZ. 16, 1123. Keine notwendige Streitgenossenschaft bei Konkursfeststellungsklagen wider Verwalter und Schuldner, da es sich um zwei verschiedene Massen und zwei selbständige Klagen handelt, die miteinander verbunden werden können (**RG.** 13, 318; 24, 406).

Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

§ 66.

1. Zum Begriffe des rechtlichen Interesses. Dresden 21. 10. 15, OLG. 33, 28. Es genügt, daß für die zwischen dem Intervenierenden und der Partei obwaltenden rechtlichen Beziehungen das Urteil im Prozesse der unterstützten Partei eine Bedeutung hat, die sich in der Tatbestands- (Reflex-) wirkung äußert, z. B. wenn das Beweisergebnis zwar nicht mit rechtlicher Notwendigkeit, jedoch im Hinblick auf die darauf gestützten richterlichen Feststellungen den Intervenienten vor Ansprüchen der einen oder der anderen Partei zu schützen oder ihn solchen Ansprüchen auszusetzen vermag. (Unter Berufung **RG.** 77, 364.)

2. Nachträglicher Wegfall des Interesses. Hamburg 13. 7. 16, OLG. 33, 148. Ein nachträglicher Wegfall des zur Zeit des Beitritts vorhandenen Interesses macht die Nebenintervention nicht unzulässig. (Der betreibende Gläubiger, der dem Zwangsverwalter beitrat, erhielt später seine Zinsen bezahlt. Vgl. OLG. 25, 63.)

3. Beitritt zugunsten des Gegners. München 24. 1. 16, OLG. 33, 28. Die Befugnis des Dritten, einer Partei zu ihrer Unterstützung im Rechtsstreite beizutreten, wird nicht dadurch aufgehoben, daß die andere Partei ihm vorher den Streit verkündet hat. Vgl. auch Cöln 16. 9. 15, LeipzZ. 16, 706 und JDR. 14, 3.

4. Beitritt in Verbindung mit Einspruch. München 26. 1. 16, LeipzZ. 16, 384, OLG. 33, 29. Die Einspruchseinlegung vollzieht sich nach den Novellen von 1905 und 1909 in anderer Form als die Erklärung der Nebenintervention, für welche die Zustellung an die Prozeßparteien weiter vorgeschrieben ist. — Da die Nebenintervention mit der Rechtsmitteleinlegung verbunden werden darf, muß angenommen werden, daß die Einreichung des Einspruchs dann gültig als durch den Nebenintervenienten vorgenommen anzusehen ist, wenn der für den Beitritt wesentliche Akt der Zustellung an beide Parteien innerhalb der Einspruchsfrist erfolgt ist. (Vgl. **RG.** 76, 168, JW. 12, 397, Seuffert, DJZ. 11, 463, Meyer, R. 11, 191. — Im gegebenen Falle war die Nebenintervention nicht zugestellt, der Einspruch wurde daher als unzulässig verworfen.)

5. Zulässigkeit der Nebenintervention des Gemeinschuldners im Masseprozesse. Breit, JW. 16, 1084, verwirft die Begründung Jägers (KO. 5. Aufl.), der die Intervention zuläßt, wenn für den Gemeinschuldner ein rechtliches Interesse außerhalb des Konkurses besteht, als im Widerspruche stehend zu der von Jäger sonst vertretenen Stellvertretungstheorie. Ist der Gemeinschuldner echte und alleinige Partei, so kann er nicht zugleich Nebenintervenient, d. h. Nicht-Partei sein. In Wahrheit fordert für gewisse Prozesse das praktische Bedürfnis die Zulässigkeit der Intervention, z. B. wenn sowohl der Konkursverwalter als der Gemeinschuldner die angemeldete Forderung bestritten hat.

§ 68.

Stuttgart 8. 10. 15, WürttJ. 27, 198. Auch nach der herrschenden Meinung geht die Wirkung des § 68 ZPO. nicht über die im Vorprozesse festgestellten Grundlagen und die damit gegebenen Folgerungen hinaus, wenngleich gegenüber einer engeren, sich mehr an den Wortlaut des Paragraphen anschließenden Ansicht

diese herrschende Meinung dahin geht, daß die Entscheidung des Vorprozesses über die Rechtskraftwirkung hinaus nach ihren rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen im Verhältnisse zwischen Nebenintervenienten und Hauptpartei maßgebend ist. — Vgl. auch **RG.** 30. 6. 16, R. 16 Nr. 1740 u. JDR. 14, 2.

§ 69.

Auch der Nebenintervenient, der als Streitgenosse gilt, kann die zurückgenommene Klage nicht weiter verfolgen. Karlsruhe 2. 11. 15, BadRpr. 16, 85. Es ist die Frage, ob die Worte „gilt als Streitgenosse" besagen: der Nebenintervenient wird (echter) Streitgenosse, oder er bleibt zwar Nebenintervenient, hat aber die Rechte eines Streitgenossen. — Den Ausgangspunkt zur Beantwortung der Frage bildet der Leitsatz, daß der Nebenintervenient Gehilfe der Hauptpartei ist und ihrem Anspruche zum Siege zu verhelfen versuchen kann. Infolge des Interesses, welches er am Obsiegen der Hauptpartei hat, mag die Hauptpartei in der Verfügung über das diesem Anspruche zugrunde liegende materielle Recht durch den streitgenössischen Nebenintervenienten gehindert werden können. Verschieden davon ist aber, ob die Hauptpartei das Klagerecht (hier in dem Sinne: die Entschließung, ob Klage geführt werden soll oder nicht) ausüben will oder nicht. Ebenso wie die Hauptpartei nicht gezwungen werden kann, die Klage zu erheben, ebenso kann sie auch nicht gehindert sein, die Klage wieder zurückzunehmen und damit den Zustand herbeizuführen, welcher bestanden hätte, wenn die Klage nicht erhoben worden wäre. § 271 ZPO. (Vgl. **RG.** 34, 364; 42, 389.) — Der Standpunkt des RG. wird bekämpft von Fuchs, JW. 16, 1449. „Wer hat daran ein vernünftiges Interesse, daß große Opfer von Zeit, Mühe und Kosten völlig nutzlos vergeudet sein sollen, nur um nochmals alles Seitherige von vorn anzufangen. Der § 69 will doch gerade den Fall des späteren Eintritts eines Streitgenossen zulassen, deshalb „gilt" ein später eintretender Streitgehilfe als Streitgenosse. Er wird Mitkläger oder Mitbeklagter, soll als solcher gelten, d. h. so behandelt werden, wie wenn er von vornherein mitgeklagt hätte oder mitverklagt worden wäre."

§ 75.

Über die rechtliche Natur des sog. Prätendentenstreits. Oertmann, JheringsJ. 66, 154 § 4: Relative Rechtszuständigkeit im Verhältnisse mehrerer Rechtsprätendenten zueinander. Wie immer man das im Prätendentenstreite verfolgte Recht auffassen mag: es ist keineswegs die dem Kläger angeblich zuständige Forderung gegen den Schuldner selbst. Diese ist und bleibt ein bloßes relatives Recht. Das im Prätendentenstreite verfolgte Recht aber kann ich auch gegen die Gläubiger meines Schuldners und den Verwalter, der es zur Konkursmasse ziehen will, ja auch gegen jeden Dritten verfolgen, der meine Gläubigerschaft bestreitet oder die Forderung für sich in Anspruch nimmt. Es handelt sich nicht um das relative Recht auf die Leistung, sondern um ein absolutes Recht auf die Forderung (156). Es wird weiter gezeigt, daß es ein solches Recht, das sich gegen Antastungen und auf Anerkennung einer Forderung richtet, gibt und auch in gleicher Weise beim Eigentum und anderen dinglichen Rechten anzunehmen, ferner auch dem bloßen Nießbraucher und Pfandgläubiger der Forderung zuzubilligen ist. Das absolute Recht auf Anerkennung der Forderung kann, anders als beim Eigentum, im Leistungsprozesse nicht miterörtert werden. — Umgekehrt wird im bloßen Prätendentenstreite nicht über den Bestand der Forderung entschieden, sondern nur darüber, wem sie ihren Bestand vorausgesetzt zustehe. Eine rechtskräftige Feststellung, daß sie bestehe, hätte gar keinen Sinn, da sie den am Prozesse nicht mehr beteiligten Schuldner doch nicht binden würde. Wenn der Schuldner die Hinterlegung hernach wegen Irrtum oder Drohung erfolgreich anfechten sollte, hindert ihn das Urteil keineswegs, den Bestand der Forderung zu bestreiten, sondern nur daran, bei Nichtbestreiten dieses Bestandes die Richtigkeit der Entscheidung über die subjektive Zuständigkeit der Forderung noch anzuzweifeln (162 u. 163 Anm. 21). — Die Frage, ob bei diesem „absoluten Zweitrechte" von einer relativen Rechtszuständigkeit geredet werden darf, ist zu verneinen.

§ 76.

Hamburg 13. 4. 16, HansGZ. 16 Beibl. 172, OLG. 33, 30. Keine Beschwerde ist zulässig gegen ein Zwischenurteil über einen Zwischenstreit unter den Parteien. (Betraf den Antrag des Beklagten, ihn von der Klage zu entbinden, da er die Urkunde, deren Herausgabe von ihm verlangt wurde, nur für den Benannten besitze.)

Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

§ 78.

1. Über den Umfang des Anwaltszwanges nach geltendem Rechte im allgemeinen. Levin 109—122. Der Anwaltszwang besteht nicht nur dem Gerichte, sondern auch der Partei gegenüber, umfaßt die gesamte Führung des Prozesses und ist auch auf die Schriftsätze zu beziehen. Er ist im übrigen beschränkt durch § 85 Satz 2 ZPO. und das Recht der Partei auf Anhörung nach § 137 Abs. 4 ZPO. — Über das Verhältnis der persönlichen Parteibehauptung zum Anwaltsvorbringen vgl. 117 f. Wieweit man auch die im öffentlichen Interesse geschaffene und als öffentliche Pflicht auszuübende Befugnis des Anwalts zur Vornahme und Gestaltung der Prozeßhandlungen ausdehnen will, so steht doch im Vordergrunde die Aufgabe des Gerichts, den wahren Sachverhalt zu ermitteln. Bei der Feststellung dieses Sachverhalts müssen, wenn auch nicht unter allen Umständen, so doch regelmäßig die eigenen Angaben der Partei den Vorrang vor der Darstellung des Anwalts beanspruchen. Es ist eine innerlich nicht gerechtfertigte, formale Einschränkung der Bedeutung des Parteivorbringens, wenn Rosenberg (Stellvertretung im Prozesse, Berlin 1908) prozessualisch nur die Erklärung des Anwalts gelten lassen, der abweichenden Parteierklärung aber die unabweisbare, notwendige Berücksichtigung auf dem Umwege über die freie richterliche Beweiswürdigung verschaffen will. — Vgl. **RG.** 12. 10. 15, JDR. 14 § 85, 2; auch FrankfRundsch. 49, 206, GruchotsBeitr. 60, 341, LeipzZ. 16, 62, SächsRpflA. 16, 9.

2. Einzelfragen des geltenden Rechtes. a) Hamburg 24. 1. 16, HansGZ. 16 Beibl. 16, 124, OLG. 33, 30. Die Beschwerden über die Höhe des Zwangsverwalterhonorars nach § 153 ZVG. fallen unter § 793 ZPO. Sie sind daher gemäß § 569 Abs. 2 Satz 2 und § 78 Abs. 2 ZPO. dem Anwaltszwange nicht unterworfen.

b) Beschwerderecht des Anwalts im Falle des Abs. 3. Frankfurt 17. 9. 14, JW. 16, 1433. Der Rechtsanwalt, welcher in eigener Angelegenheit den Prozeß führt, darf nach § 7 RAGebO. von dem zur Erstattung der Kosten des Verfahrens verpflichteten Gegner Gebühren und Auslagen bis zu dem Betrage fordern, in welchem er Gebühren und Auslagen eines bevollmächtigten Rechtsanwalts erstattet verlangen könnte. Für die Berechnung dieser Gebühren ist nach § 11 RAGebO. die gemäß § 16 GKG. erfolgte Festsetzung des Wertes maßgebend. Daraus ergibt sich, daß der als Partei auftretende Rechtsanwalt durch eine zu niedrige Wertfestsetzung in seinem Rechte als Rechtsanwalt beeinträchtigt ist. Damit ist sein Interesse an der festgesetzten Summe von selbst gegeben, und deshalb muß ihm auch die Beschwerde gegen die zu niedrige Festsetzung zustehen. (Anders KG., OLG. 23, 260.) — Vgl. auch zu § 3 II. 2.

3. Die Grundlagen des Anwaltszwanges. Levin erörtert (nach einem geschichtlichen Überblicke 9—35 und einer Übersicht über das geltende Recht außerhalb Deutschlands 36—58) die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Anwaltszwanges. A. Prozeßrechtliche Gesichtspunkte. 1. Der Anwaltszwang bedeutet zwar eine Minderung der prozessualen Geschäftsfähigkeit, wird aber von der Allgemeinheit nicht als „Prozeßhörigkeit" empfunden, da ihm regelmäßig das Bedürfnis eines Rechtsschutzes durch Anwalt entgegenkommt. Der Zwang zur prozessualen Fürsorge läßt sich aus ähnlichen Gesichtspunkten rechtfertigen wie der Zwang zur sozialen Fürsorge, sofern wichtige Gründe vorliegen (59—64). 2. Der Anwaltszwang ist ein notwendiges Mittel zur Durchführung einer wahren mündlichen Verhandlung, die die Findung des Rechtes am besten gewährleistet (65—71). 3. Die öffentlich-rechtliche Bedeutung des Anwaltszwanges tritt am schärfsten schon vor der mündlichen Verhandlung hervor als Aufgabe der Rechtsberatung und Rechtsbelehrung zur

Durchführung des Rechtes im allgemeinen und der Verhütung leichtfertiger und böswilliger Prozesse im besonderen (72—76). 4. Die vorbereitende Sammlung und Ordnung des Entscheidungsstoffs ist eine Aufgabe, die der Richter nach den Erfahrungen der Prozeßrechtsgeschichte nicht erfüllen kann. Die Tätigkeit des Richters kann insoweit nur eine ergänzende sein. — Die Formgebungspflicht als Ergänzung der Informationspflicht und Erleichterung der richterlichen Tätigkeit (77—84). 5. Der Anwaltszwang als Verwirklichung der Arbeitsgemeinschaft zum Zwecke der Rechtsfindung (des sozialen Gedankens in der Rechtspflege). Die Aufgabe der Rechtsfindung kann ohne eine gewisse Mitwirkung der Parteien nicht gelöst werden. — Der Anwaltszwang als Mittel nicht nur zu sorgfältiger, sondern auch anständiger Prozeßführung (85—98). B. Wirtschaftliche Gesichtspunkte. 1. Die wirtschaftlichen Vorteile des Anwaltszwanges im allgemeinen. 2. Anwaltszwang und Anwaltseinkommen. 3. Die Frage der Gebührenerhöhung bei Einschränkung des Anwaltszwanges. — Der Anwaltszwang kann nur durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden, nicht aber durch die Forderung der wirtschaftlichen Erhaltung des Anwaltsstandes (99—108).

4. Reformfragen. a) Levin 128—139 empfiehlt gewisse sachliche und persönliche Ausnahmen vom Anwaltszwange. α. Es ist nicht wünschenswert, den Anwaltszwang erst eintreten zu lassen, wenn die Verhandlung streitig wird. Dadurch würden die wesentlichen Vorteile, die die prozeßverhütende Aufgabe des Anwaltszwanges und die psychologische Wirkung der Anwaltsklage im Gefolge haben, ausgeschaltet werden. Aus den gleichen Gründen empfiehlt sich nicht die Aufhebung des Anwaltszwanges für Klagen in Ehesachen und im Vortermine. Dagegen muß die Partei für berechtigt erklärt werden, alle prozeßbeendenden Erklärungen ohne Anwalt abzugeben, also Rücknahme, Anerkenntnis, Verzicht und Vergleich, die letzteren auch aus dem Gesichtspunkte der materiellen Verfügungsbefugnis. β. Es empfiehlt sich, in Ausdehnung des im § 78 Abs. 3 ZPO. ausgesprochenen Grundsatzes, den zum Richteramte befähigten Personen die Vertretung in eigener Sache in dem Umfange des § 28 ÖstPrO. zu gestatten, d. h. soweit sie nicht die Befähigung durch Disziplinarstrafe verloren haben. — Weiter wird als Gegengewicht gegen unzureichende und pflichtwidrige Ausübung der Anwaltstätigkeit die Verpflichtung der Partei zum persönlichen Erscheinen gefordert. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens darf daher nicht als lex imperfecta weiter bestehen. Sie muß durch Ordnungsstrafe erzwungen werden können. (Entsprechende Anwendung des § 42 GewGG.) (140—144). Endlich wird das Vertretungsmonopol der Anwälte verteidigt (145—157). Jede Beschränkung des Anwaltszwanges erfordert bei der eingewurzelten Neigung im Volke, sich an Rechtskonsulenten zu wenden, als notwendiges Gegengewicht wirksame Maßregeln zur Bekämpfung des Winkeladvokatentums. Die Zurückweisung nicht zugelassener Prozeßagenten (§ 157 Abs. 4 ZPO.) ist obligatorisch zu machen, die Anfertigung von Schriftsätzen durch solche unter Strafe zu stellen. — Das Verbot des Auftretens der Anwälte vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten widerspricht den Bedürfnissen der Rechtspflege und der Stellung der Anwaltschaft als Rechtsschutzorgan. Es ist daher aufzuheben.

b) Die Durchbrechung des Anwaltszwanges für die Prozesse des gewerblichen Rechtsschutzes zugunsten der Patentanwälte regen an Bovensiepen, GewRschutz 16, 143, und Lang, MittVerbDPatAnw. 16, 77. Dagegen Gülland, JW. 16, 1502, und Wirth a. a. O. 1509; ersterer unter eingehender Darlegung der Gründe, die für die Beibehaltung des Anwaltszwanges sprechen. Das Problem besteht nur in der Frage, wie das Zusammenwirken des Rechtsanwalts und des technischen Fachmanns, insbesondere des Patentanwalts, am zweckmäßigsten zu gestalten ist. Die Betätigung des technischen Fachmanns, er sei Angestellter der Partei, von ihr gestellter Sachverständiger oder Patentanwalt, ist in der der ZPO. bereits bekannten Form der Beistandschaft durchzuführen, mit der Besonderheit, daß die Beistandschaft technischer Fachleute über die Grenzen des § 90 ZPO. hinaus im Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes künftig auch für den Anwaltsprozeß anzuerkennen ist, und daß dem Beistande neben dem Rechtsanwalt auf Antrag das Wort gestattet werden muß. (§ 137 Abs. 4 ZPO. Vgl. auch Levin, Anwaltszwang

117, 157.) Patentanwälte sind im Sinne des § 157 Abs. 4 Satz 1 ZPO. den Rechtsanwälten gleichzustellen (1509).

§ 79.

Anmeldung von Versorgungsansprüchen. KG. 6. 1. 14, OLG. 33, 14. Der § 40 der Pensionierungsvorschrift für das preußische Heer vom 16 3. 12, wonach der Gesuchsteller Versorgungsansprüche und Einsprüche selbst oder, wenn er einen Vormund (Pfleger) hat, dieser selbst anzumelden hat, beruht auf § 29 Abs. 2 G. v. 31. 5. 06 und ist rechtsgültig. Es handelt sich, wenn auch nicht um ein prozessuales, so doch um ein entsprechendes Verfahren vor der öffentlichen Behörde, wozu auch die Zulassung der Beteiligten oder etwaiger Vertreter gehört. (Der Antrag des bevollmächtigten Anwalts vom Reichsmilitärfiskus mit Recht ohne sachliche Prüfung zurückgewiesen.)

§ 80.

1. Beglaubigung im Auslande. Hamburg 31. 5. 16, JW. 16, 1575. Eine, von einem englischen Notar beglaubigte, von einem amerikanischen Konsul legalisierte Vollmacht entspricht der Vorschrift des § 80 Abs. 2, da die Form sich gemäß dem Rechtssatze locus regit actum nach dem ausländischen Rechte richtet.

2. Abs. 2 nicht anwendbar im Konkurse. LG. Berlin III 16. 6. 16 und KG. 27. 7. 16, KGBl. 16, 80. Im Konkursverfahren kann ein Gläubiger die Vorlegung beglaubigter Vollmacht eines anderen Gläubigers regelmäßig nicht verlangen. Die einzelnen Gläubiger stehen sich nicht als Gegner im Sinne dieser Vorschrift gegenüber, als solche kommen für den Konkurs nur die Gesamtheit der Gläubiger und der Gemeinschuldner in Betracht.

3. Stempelfragen. a) Grundsätzliches. SächsFinMin. v. 7. 4. 15, SächsRpflA. 16, 82. Die Stempelpflichtigkeit einer Vollmacht richtet sich grundsätzlich nach objektiven Gesichtspunkten, und zwar nach dem aus der Urkunde sich ergebenden rechtlichen Umfange der streitigen Vertretungsmacht.

Ebenso BayObLG. 17. 1. 16, BayRpflZ. 16, 72, R. 16, 229, wo für unbeachtlich erklärt wurde der Einwand, α. daß sich die Vollmacht tatsächlich auf den Vollstreckungsauftrag und die Angehung der Gerichtsvollzieherei beschränkt habe, β. daß ein Rechtsstreit nicht beabsichtigt gewesen sei, sondern nur der Auftrag zur Abgabe einer materiellrechtlichen außergerichtlichen Anfechtungserklärung.

b) Bayerischer Vollmachtstempel. v. Schmitt, BayRpflZ. 16, 58, bespricht das Verhältnis des § 2 GKG. zur Tarifstelle des neuen BayG. v. 21. 8. 14 und bekämpft BayObLG. 23. 6. 15, BayObLG. 16 B 74, BayRpflZ. 15, 294, DIZ. 16, 142 und 17. 1. 16 (zu a). Diese Entscheidungen erklären für stempelpflichtig nur die Prozeßvollmacht, die von dem Kläger für einen erst anhängig zu machenden Rechtsstreit, insbesondere zur Erhebung der Klage erteilt werde, denn hier gehe der Gebrauch der Vollmacht dem Verfahren voraus. Für die Vollmacht dagegen, die der mit der Klage in Anspruch genommene Beklagte ausstelle, sowie für Vollmachten, durch die der Kläger oder der Beklagte in den höheren Instanzen Prozeßbevollmächtigte bestellen, könne der Vollmachtstempel nicht erhoben werden, denn in diesen Fällen werde von der Vollmacht im Verfahren Gebrauch gemacht. v. Schmitt weist darauf hin, § 2 GKG. habe die Stempelpflicht davon abhängig machen wollen, ob die Landesgesetzgebung ihren Eintritt an den Gebrauch im Verfahren oder an andere Umstände, z. B. an die Errichtung der Urkunde knüpfe. Nur die Verstempelung unter dem Gesichtspunkte der Versteuerung im Prozesse habe verhindert werden sollen. Entsprechend den vom RG. aufgestellten Grundsätzen sei auch für den bayerischen Vollmachtstempel anzunehmen, daß auf die bereits mit der Errichtung der Urkunde eingetretene Stempelpflicht der Prozeßvollmacht der etwaige Gebrauch im Prozeßverfahren (Einreichung bei Gericht) ohne Einfluß sei. — Vgl. ferner BayObLG. 17. 11. 15, DIZ. 16, 542; weitere stempelrechtliche Entscheidungen nach BayR. R. 16, 524.

c) Zur Auslegung des § 138 RVO. SächsFinMin. v. 14. 12. 15, SächsRpflA. 16, 360. § 138 RVO., wonach solche privatschriftliche Vollmachten stempelfrei sind, die nach

der RVO. zum Ausweis und zu Nachweisungen nach der RVO. erforderlich werden, ist auf Prozeßvollmachten, die die Versicherungsträger ausstellen, nicht zu beziehen. (Betraf einen von einer Ortskrankenkasse vor dem AG. geführten, gemäß § 505 an ein anderes AG. verwiesenen Rechtsstreit.) Ebenso Bescheid v. 19. 5. 15 a. a. O. 363.

§ 81.

1. Die Befugnis des Prozeßbevollmächtigten zur prozessualen Aufrechnung sowie zur Entgegennahme der Aufrechnungserklärung bejaht Oertmann 57—63 auf Grund der von ihm vertretenen sog. gemischten Theorie. (Vgl. zu § 145 II.) Nur soweit sie im Tatbestande Prozeßhandlung ist, unterfällt die Aufrechnung dem Gebiete der Prozeßvollmacht Eine selbständige Aufrechnungserklärung im Sinne des Privatrechts steht dem Prozeßbevollmächtigten als solchem nicht zu.

2. Haftet der hauptbevollmächtigte Rechtsanwalt für die Kosten seines Nachbevollmächtigten? LG. Freiberg 23. 1. 15, SächsRpflA. 16, 17. Dem Hauptbevollmächtigten verbleiben die aus dem der Prozeßvollmacht zugrunde liegenden Auftrag entspringenden Rechte und Pflichten gegenüber der Partei. Dazu gehört namentlich die Verpflichtung, ihm zugestellte Terminsbestimmungen rechtzeitig seinem Vertreter mitzuteilen. In der Regel bestellt der Prozeßbevollmächtigte, sofern nicht die besonderen Umstände des Falles und insbesondere ein deutlich erkennbarer anderer Wille der Partei zu einer anderen Auffassung nötigen, den Vertreter, um sich seiner zu der Erfüllung der ihm seinem Vollmachtgeber gegenüber obliegenden Pflichten, namentlich der Pflicht, die Termine wahrzunehmen, zu bedienen. Tut er das, so besorgt er damit nicht die Geschäfte seines Auftraggebers, der Partei, sondern seine eigenen, und der an sich richtige Satz, es sei im Zweifel nicht anzunehmen, daß sich jemand bei der Besorgung fremder Geschäfte selbst verpflichten wolle, ist bei ihm nicht anwendbar. — Vgl. JDR. 14, 1 b.

3. Haftung des Vollmachtgebers bei Überschreitung des Auftrags im Falle der Nachbevollmächtigung. Altschul, Auftrag, Vollmacht und Nachbevollmächtigung, DRAZ. 16, 97. Eine Partei hatte ihren Anwalt nur dazu ermächtigt, Vertreter (für auswärtige Beweisaufnahme) zu bestellen, soweit sie bereit seien, die Vertretung für 20 M. anzunehmen. Ein anderer Anwalt hatte die Vertretung in einem solchen Termine nur gegen die gesetzlichen Gebühren übernommen. Der ursprüngliche Streitwert von 63 M. wurde später auf 6700—8200 M. festgesetzt. Der Anspruch auf Nachzahlung der Gebühren nach dem erhöhten Streitgegenstande wurde vom AG. und LG. zugesprochen. Den Kläger gehe nur die Vollmacht etwas an, der Auftrag gar nichts. Der Auftrag habe es lediglich mit der inneren Geschäftsführungsbefugnis zu tun, seine Überschreitung könne den Beauftragten dem Auftraggeber gegenüber schadensersatzpflichtig machen, nicht aber die Unwirksamkeit eines vom Bevollmächtigten für seinen Vollmachtgeber mit einem Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäftes herbeiführen. Dem die Vertretung veranlassenden Anwalte sei unbeschränkte Prozeßvollmacht erteilt gewesen.

§ 84.

Über die Haftung der gemeinschaftlich die Anwaltspraxis ausübenden Anwälte für das Versehen eines dieser Anwälte vgl. oben zu § 425 BGB.

§ 89.

1. Dauer der einstweiligen Zulassung. Hamburg 28. 6. 16, OLG. 33, 75. Die einstweilige Zulassung des Anwalts kann auch stillschweigend erfolgen. Die Zulassung nach Ablauf der gestellten Frist gilt bis zum Widerruf, und diese selbst hat (auf die Zustellungen) keine rückwirkende Kraft.

2. Umfang der Kostenpflicht. KG. 12. 5. 16, OLG. 33, 30. Die Kostenpflicht des einstweilen zur Prozeßführung zugelassenen Anwalts beschränkt sich nach § 89 ZPO. auf die durch die einstweilige Zulassung dem Gegner erwachsenen Kosten. Die Auferlegung sämtlicher Kosten an den Anwalt ist, abgesehen von dem Falle des § 102 ZPO., weder aus

§ 91 ZPO. und § 89 GKG., die nur die Parteien im Auge haben, für die der Antrag gestellt ist (JW. 09, 412), noch aus § 179 BGB. zu begründen.

Fünfter Titel. Prozeßkosten.

Schrifttum: Eckstein, Beiträge zur Lehre von der Kostenentscheidung, Rechtsgang 2, 453. — Fuld, Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Patentanwalts, R. 16, 40. — Kreß, Über die Befugnis des Gerichtsschreibers, den gegen seine Kostenfestsetzungsbeschlüsse erhobenen Erinnerungen selbst abzuhelfen, R. 16, 4. Vgl. hierzu Reger, R. 16, 167. — GesuR. 17, 370, Haftung der obsiegenden Partei für die Gerichtskosten.

§ 91.

Inhaltsübersicht. I. Allgemeine Fragen. 1. Rechtliche Natur und Entstehung des Kostenerstattungsanspruchs. 2. Erledigung der Hauptsache in der Zeit zwischen der Einreichung und der Zustellung der an sich begründeten und durch das Verhalten des Beklagten veranlaßten Klage. a) Rechtsprechung; b) Eckstein. 3. Erledigung der Hauptsache nach Erhebung der Klage. 4. Keine Verurteilung, wenn alle Kosten bezahlt sind. 5. Form der Verurteilung. Außergerichtlicher Vergleich.

II. Einzelfragen. 1. Angestelltenverhältnis. 2. Bureauvorsteher. 3. Ehegatten. 4. Einziehungsgebühr. 5. Geltendmachung der beschränkten Erbenhaftung. 6. Gutachten. 7. Korrespondenzgebühr. (a—f) Vermittlungsgebühr eines Prozeßagenten. (g) Zuziehung ausländischer Anwälte. (h) 8. Patentanwalt. 9. Pauschgebühr. 10. Portozuschlag auf Grund des RGes. v. 21. 6. 16. 11. Reisekosten. a) Für mehrere an demselben Tage ausgeführte Geschäfte; b) für den auswärtigen Anwalt im Sinne der §§ 18 Abs. 5, 25 RAGO.; c) im Mahnverfahren nach erhobenem Widerspruche. 12. Teilung der Klagen. 13. Vollstreckbare Urteilsausfertigung. 14. Vergleich. 15. Wechsel der Anwälte. a) Infolge beruflicher Überlastung des Anwalts; b) infolge Kriegsteilnahme; c) weil die Partei den zum Vertreter seines Prozeßbevollmächtigten bestellten Referendar oder Anwalt nicht mit der Fortführung des Prozesses betrauen wollte; d) im Mahnverfahren; e) infolge Widerklage.

I. Allgemeine Fragen. 1. Rechtliche Natur und Entstehung des Kostenerstattungsanspruchs. Wolf 217 bekämpft die herrschende Lehre, die davon ausgeht, daß der bereits mit Prozeßbeginn entstandene Kostenerstattungsanspruch einer Partei dadurch „bedingt“ sei, daß die Gegenpartei unterliegt (**RG.** 52, 332). — Da der Parteiwille gänzlich ausscheidet, kann auch nicht eine als echte Bedingung rechtsgeschäftlich gewollte conditio juris in Betracht kommen. — Das Unterliegen ist auch nicht immer ausschlaggebend für die Frage der Kostenpflicht (§§ 93, 92 Abs. 2, 94, 95). — Die Frage, wann entsteht der Kostenerstattungsanspruch? löst sich durch die Beantwortung der Frage: wodurch entsteht dieser Anspruch? In den §§ 91 ff. (ausgenommen § 98 ZPO.) wird nicht an einen bestimmten Tatbestand die unmittelbare Rechtsfolge der Kostenpflicht geknüpft; vielmehr enthalten diese Vorschriften nur teils verpflichtende, teils ermächtigende Weisungen für den Richter hinsichtlich der Frage der Kostenauferlegung. Es wird stets eine Entscheidung im Kostenpunkte verlangt. Ohne solche besteht kein verfolgbarer Kostenerstattungsanspruch. Erst mit der richterlichen Entscheidung und durch diese entsteht der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten (220). — Vor der gerichtlichen Entscheidung über die Kostenpflicht besteht unter den Parteien die kostenrechtliche Beziehung als „Anwartschaft“. Sie ist nicht pfändbar, keine Forderung und kein Vermögensrecht im Sinne des § 828 ZPO., ebensowenig eine bedingte oder betagte Forderung im Sinne des § 844 ZPO. Sie kann nicht durch Arrest gesichert werden (vgl. dagegen JDR. 14 zu § 916, 1), auch eine einstweilige Verfügung nach § 940 (wie Nissen, GruchotsBeitr. 52, 845 meint) ist nicht zulässig. (Abgesehen von den Ausnahmefällen der §§ 110, 111 ZPO. ist nach dem Gesetze keine Partei verpflichtet, eine Sicherheit wegen der Prozeßkosten zu leisten.) — Die Anwartschaft ist auch zur Aufrechnung nicht geeignet.

2. Erledigung der Hauptsache in der Zeit zwischen der Einreichung und der Zustellung der an sich begründeten und durch das Verhalten des Beklagten veranlaßten Klage. a) Dresden 30. 11. 15, SächsRpflA. 16, 217 (zustimmend besprochen im Gegensatze zu **RG.** 54, 39 und JW. 03, 237 von Warneyer a. a. O.). Es

muß als eine Überspannung prozeßrechtlicher Gesichtspunkte angesehen werden, wenn dem Prozeßgerichte die Fähigkeit abgesprochen wird, eine bei ihm eingereichte, aber vor der Zustellung der Hauptsache noch erledigte Klage in Hinsicht der Prozeßkosten einer weiteren sachlichen Erledigung entgegenzuführen. — Es liegt kein zwingender Grund vor, den landgerichtlichen Prozeß anders zu behandeln wie den amtsgerichtlichen, für den nach § 496 Abs. 3 ZPO. seit der Novelle v. 1. 6. 09 die Bedeutung der Klageeinreichung als des Prozeßbeginns noch verstärkt erscheint. — Mit der Erledigung der Hauptsache ist der Kläger zwar genötigt, den Kostenerstattungsanspruch, der ohne diese Erledigung den prozeßrechtlichen Bestimmungen gemäß einfach der Hauptsache folgen würde, noch auf besondere materiellrechtliche Gesichtspunkte (Verschulden, insbesondere Verzug) zu stützen. — Die Grundlage bildet aber immer die Berechtigung des ursprünglichen Sachantrags, und es tritt wegen des Kostenpunkts lediglich eine Ergänzung des tatsächlichen Anführens hinzu, die nach § 268 Nr. 1 ZPO. nicht als eine Änderung der Klage anzusehen ist. Im übrigen könne das Gericht eine etwa anzunehmende Klagänderung in solchen Fällen stets mit Rücksicht darauf zulassen, daß durch die Änderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird.

Vgl. KG. 12. 10. 15, OLG. 33, 33, wo dahingestellt gelassen wurde, ob sich die Hauptsache durch Zahlung vor oder nach Klagezustellung erledigt hatte, weil der Kläger in demselben Prozeß auf den Verzug des Beklagten berufen, ohne daß dieser widersprochen hatte, der Prozeß in der Hauptsache nicht fortgesetzt, sondern sogleich für erledigt erklärt worden war.

b) Eckstein 454 versucht den (bereits von Staub, JW. 86, 211; 89, 361 und von Warneyer — oben zu 1, und SeuffBl. 75, 769 — ausgesprochenen) Gedanken, daß die Klage mit Bezug auf die Kostenentscheidung bereits mit der Einreichung der Klageschrift als bei Gericht erhoben anzusehen sei, tiefer zu begründen. Der Staat wird mit dem Rechtsschutzbegehren befaßt schon in dem Augenblick, in dem die Klageschrift bei Gericht eingereicht wird; in diesem Augenblicke sind die Grundvoraussetzungen des Prozesses gegeben, in diesem Augenblicke daher auch die Voraussetzungen, unter denen eine reine Kostenentscheidung möglich ist. Zu gleichem Ergebnisse führt folgender Gedankengang: Die Grundlage des § 91 ist das materielle Rechtsverhältnis zwischen Kläger und Beklagten. Die Kostenentscheidung ist kein rein prozessualer Rechtsakt, sondern eine materielle Entscheidung über einen Anspruch. Es bestehen zwei Ansprüche, der Hauptanspruch und der Kostenanspruch. Wenn nur der Hauptanspruch befriedigt ist, bleibt der materiellrechtliche Nebenanspruch der Kostenerstattung so lange, bis die Kosten ersetzt sind.

3. Erledigung der Hauptsache nach Erhebung der Klage. a) Dresden 3. 11. 15, SeuffA. 71, 168. Die Erledigung der Hauptsache übt verschiedenen Einfluß auf die Kostenentscheidung aus, je nachdem sie durch Zufall eingetreten oder von der verklagten Partei herbeigeführt worden ist. Im ersten Falle ist nach der herrschenden Meinung zu prüfen, wer zu der Zeit, als sich der Streit in der Hauptsache erledigte, sachlich im Unrechte gewesen sei, und ihm sind dann die Kosten aufzuerlegen. Wenn dagegen die verklagte Partei die Erledigung herbeiführt, indem sie den Klaganspruch erfüllt oder bei einer Feststellungsklage das diese rechtfertigende Verhalten, die Berühmung usw. aufgibt, so ist sie unterliegender Teil, indem sie sich dem Klageverlangen tatsächlich fügt. Sie kann sich nicht etwa auf den Standpunkt stellen, in der Hauptsache wolle sie, sei es der Kostenersparnis halber, sei es zwecks Abkürzung des Prozesses, sei es aus einem sonstigen Grunde, durch Befriedigung des Klägers nachgeben, aber sie beharre darauf, daß sie im Rechte gewesen sei und daß deshalb trotz ihres Nachgebens der Kläger in die Kosten verurteilt werden müsse. Vgl. JDR. 14, III.

b) Hamburg 3. 12. 15, HansGZ. 16 Beibl. 144. Das vom Willen der Klägerin unabhängige Ereignis wurde darin gefunden, daß der Beklagte, der auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt gekaufte und noch nicht vollständig bezahlte Sachen seines Schuldners hatte pfänden lassen, der Klägerin nach Erhebung der Widerspruchsklage den Restkaufpreis bezahlte, worauf sie den Rechtsstreit in der Hauptsache als erledigt bezeichnete.

4. Keine Verurteilung, wenn alle Kosten bezahlt sind. LG. Gießen K. f. H. 14. 3. 16, HessRspr. 16, 75. Von der Regel, daß durch das Urteil lediglich über die Kostenpflicht zu entscheiden, die Höhe der zu erstattenden Kosten erst im Festsetzungsverfahren festzustellen ist, ist eine Ausnahme dann zu machen, wenn feststeht, daß alle unstreitig erstattungsfähigen Kosten bezahlt sind und nur noch über die Erstattungsfähigkeit einzelner Gebühren Streit besteht. Vgl. JDR. 14 zu § 104 Nr. 1, 2.

5. Form der Verurteilung. Außergerichtlicher Vergleich. Breslau 27. 10. 15, BreslauAK. 16, 74, LeipzZ. 16, 1508. Durch einen nur außergerichtlich abgeschlossenen Vergleich wird die Rechtshängigkeit nicht beendet. Wenn daher eine Partei Auferlegung der Kosten nach Maßgabe dieses Vergleichs beantragt, so kann über einen solchen Antrag nur durch Urteil, nicht durch Beschluß entschieden werden.

II. Einzelfragen. 1. Angestelltenverhältnis. a) Der Anwalt als Angestellter. WürttVG. der Kreisregierung d. Neckarkreises 15. 3. 16, WürttRpflZ. 16, 67. Es besteht keine gesetzliche Vorschrift, nach welcher fest von der Partei angestellte Rechtsanwälte hinsichtlich des Gebührenbezugs für ihre Anwaltstätigkeit anders behandelt werden müßten als nicht angestellte Anwälte.

b) Dresden 25. 6. 15, SächsOLG. 37, 66, bejaht, daß der Geschäftsherr dem Angestellten, der zur Wahrnehmung eines Termins vom Geschäfte wegbleibt, einen Abzug vom Gehalte machen kann. Da durch die GebO. für Zeugen und Sachverständige und § 91 ZPO. für einen Ersatz der Erwerbsversäumnis gesorgt ist und damit der im § 616 BGB. beabsichtigte sozialpolitische Zweck entfällt, so ist § 616 stillschweigend als wegbedungen anzusehen.

2. Bürovorsteher. Jena 2. 6. 15, ThürBl. 62, 296. Die Kosten eines Bürovorstehers für Abwartung eines auswärtigen Beweistermins sind nur dann zu erstatten, wenn sie notwendig sind.

3. Ehegatten. a) KG. 2. 5. 16, JW. 16, 1220, KGBl. 16, 57. Die Vorschußpflicht des Ehemanns für die der Ehefrau im Scheidungsprozeß entstehenden Kosten fällt fort, wenn der Anwaltswechsel von der Ehefrau ohne zwingenden Grund herbeigeführt ist. Hat der Ehemann bereits einen angemessenen Vorschuß gezahlt, so kann ein weiterer Vorschuß für dieselben Handlungen von ihm nur unter besonderen Umständen verlangt werden. Der Kostenaufwand muß nach § 91 Abs. 2 zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig sein.

b) Zur Haftung des Ehemanns für Vorschüsse und Prozeßkosten der Ehefrau in Ehescheidungssachen überhaupt vgl. KG. 6. 6. 16, KGBl. 16, 98. (Die Vorschußpflicht besteht nur so lange, als nicht über die Kosten rechtskräftig entschieden ist.)

4. Einziehungsgebühr des Anwalts. a) Gegen München 11. 1. u. 8. 2. 15, OLG. 31, 250, JDR. 14 B 4 (die Vereinnahmung der Streitsumme kein Bestandteil des Rechtsstreits oder der Vollstreckung, daher die Gebühr nicht erstattungsfähig, gleichgültig, ob der Schuldner sich an den Anwalt gewandt hat oder nicht), weist Auerbach, JW. 16, 214, darauf hin, daß in Rechtslehre und Rechtsprechung die unbedingte Erstattungspflicht jedenfalls dann anerkannt wird, wenn der Beklagte freiwillig gezahlt hat.

b) OLG. Stuttgart 30. 6. 15, WürttZ. 16, 6, verneinten die Erstattungsfähigkeit, weil die Erfüllung einer streitigen Verbindlichkeit eine außerhalb des Rechtsstreits liegende Handlung und daher die Erhebung und Ablieferung der Streitsumme nebst Zinsen und Kosten durch den Prozeßbevollmächtigten der obsiegenden Partei keine zum Prozeßbetriebe gehörige Tätigkeit sei (wird als nunmehr ständige Rechtsprechung des OLG. bezeichnet).

5. Geltendmachung der beschränkten Erbenhaftung. LG. Breslau 11. 3. 16, BreslauAK. 16, 31. Die Klägerin konnte von vornherein nicht wissen, ob der Beklagte von der Einrede der beschränkten Erbenhaftung Gebrauch machen würde. Wenn die Beklagte ihre beschränkte Erbenhaftung geltend machen will, so muß sie auch die durch die Zuziehung eines Anwalts entstehenden Mehrkosten tragen.

6. Gutachten. Hamburg 4. 4. 16, OLG. 23, 32. Ersatz der für die Begutachtung der streitigen Arbeiten gezahlten 26 M. könne nur aus dem Gesichtspunkte des Verzugs verlangt werden. Vgl. JDR. 14 B 3.

7. Korrespondenzgebühr. a) Wertheimer, DRAZ. 16, 73, weist auf die große Rechtsunsicherheit hin, die in der Rechtsprechung über die Zubilligung der Korrespondenzgebühr herrsche.

b) Korrespondenzgebühr abgelehnt in einem Alimentationsprozesse vom AG. Meuselwitz, NaumburgAK. 16, 49, weil die gesetzliche Vertreterin der Klägerin nur zur Gerichtsschreiberei des AG. zu gehen brauchte, an dem die Vormundschaft über die Klägerin geführt wurde. Dort mußte ihr mit Rat und Tat zur Seite gestanden werden und mußten ihre Anträge und Entgegnungen zu Protokoll gegeben werden.

c) Colmar 21. 4. 15, ElsLothJZ. 16, 248, lehnt Erstattungsfähigkeit der Korrespondenzgebühr ab, weil sich der Rechtsanwalt der zweiten Instanz mit der armen Partei persönlich hätte besprechen können (vgl. zu § 124 ZPO.).

d) Celle 24. 6. 15, OLG. 33, 191. Keine Verkehrsgebühr des Konkursverwalters, der selbst Anwalt ist. Eine Partei, die selbst als Rechtskundiger praktisch tätig ist, muß auch in den verwickeltsten Sachen ihrem Prozeßbevollmächtigten unmittelbar schriftlich Instruktion erteilen können.

e) Hamburg 28. 7. 15, OLG. 33, 194. § 45 RAGebO. findet keine Anwendung, wenn der Prozeßbevollmächtigte der Partei den Beweistermin selbst wahrgenommen hat.

f) Hamburg 16. 2. 16, HansGZ. 16 Beibl. 180. Wenn der Anwalt zweiter Instanz dem Revisionsanwalte vor Einlegung der Revision rechtsgutachtliche Briefe schreibt, während die Tatsachen klar und einfach liegen, so kann die dafür geforderte Gebühr des § 44 Abs. 2 RAGebO. nicht als vom Gegner erstattungsfähig erachtet werden.

g) Vermittlungsgebühr eines Prozeßagenten, dem der Beklagte vor dem Ausrücken ins Feld allgemeine Vollmacht erteilt hatte. Jena 1. 2. 15, ThürBl. 62, 284. Für die grundsätzliche Berechtigung des Ansatzes einer Vermittlungsgebühr begründet es keinen Unterschied, daß der Allgemeinbevollmächtigte und Allgemeinbeauftragte nicht Rechtsanwalt, sondern Rechtskonsulent war. Als beruflicher Besorger fremder Rechtsangelegenheiten kann auch dieser von seinem Auftraggeber in jedem Falle, in dem er kraft des allgemeinen Auftrags tätig wird, die Gebühr verlangen, die ihm beim Einzelauftrage zusteht. Daß die Aufwendung einer solchen durch den allgemeinen Auftrag erwachsenden Gebühr aber zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung des Beklagten notwendig ist, ergibt sich beim Rechtskonsulenten wie beim Rechtsanwalt unter den besonderen Umständen, wie sie hier vorlagen, eben daraus, daß er ins Feld gerückt ist und in anderer Weise nicht zweckmäßige Vorkehrung für seine Prozeßvertretung treffen konnte. (Weniger als die Hälfte der Gebühr — ohne Pauschsatz — als angemessen zugebilligt.)

h) Zuziehung ausländischer Anwälte. Stuttgart 28. 1. 16, R. 16 Nr. 761. War die Zuziehung der Wiener Anwälte geboten, so sind auch die dadurch nach österreichischem Rechte entstandenen Kosten, soweit sie im einzelnen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren und soweit ihnen die Natur von Prozeßkosten zukommt, erstattungsfähig.

8. Patentanwalt. a) α. Fuld (bei Besprechung von Naumburg 28. 3. 14, R. 14 Nr. 1442) billigt an sich, daß zwischen Streitigkeiten über Warenzeichen und unlauteren Wettbewerb einerseits, Patent- und Gebrauchsmuster andererseits unterschieden wird. Bei den ersteren sei regelmäßig die technische Seite der zu lösenden Frage einfach und ihre Erfassung auch ohne Unterstützung des Rechtsanwalts durch einen auf dem technischen Gebiete Sachverständigen möglich. Trotzdem sei die Tätigkeit des Rechtsanwalts, die auf Beschaffung des tatsächlichen Materials gerichtet ist, notwendig und zu erstatten. (Einsicht der Patentamtsakten, Feststellung der eingetragenen und in Betracht kommenden Zeichen.) Bei der anderen Gruppe sei regelmäßig die Annahme eines Anwalts mit Rücksicht auf die technische Seite der Frage notwendig, aber auch hier seien die Kosten des Patentanwalts nicht erstattungsfähig, sofern es sich um einfache technische Fragen handle.

β. Gülland, JW. 16, 1509, bezeichnet die Annahme Bovensiepens (GewRschutz 16, 143), daß bisher von den Gerichten die Gebühren und Auslagen der Patentanwälte ohne weiteres als erstattungsfähig festgesetzt seien, als unzutreffend (vgl. zu b). (Ebenso Wirth a. a. O. 1510. Gerade für die Nichtigkeitsberufungssachen beim RG. erstreben die Patentanwälte seither vergebens eine Anerkennung ihrer Kosten über die Kosten der Informationsreise hinaus.) Soll die Tätigkeit der Patentanwälte vor den ordentlichen Gerichten gefördert werden, so müssen die unverkennbaren Schwierigkeiten, die der Aufstellung einer amtlichen Taxe entgegenstehen, überwunden werden. Dann wird es möglich sein, auch eine dem § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO. entsprechende Bestimmung dem § 49 PatAGEntw. anzugliedern.

b) Aus der Rechtsprechung. α. Frankfurt 24. 1. 16, JW. 16, 613, OLG. 33, 35. Als notwendig ist die Zuziehung eines Patentanwalts in der Regel nur dann anzuerkennen, wenn es sich in dem Rechtsstreit um schwierige Fragen technischer Art gehandelt hat, die das Gericht und die sonstigen Prozeßbeteiligten nicht ohne sachverständige Beihilfe zu übersehen und zu lösen imstande waren. Sind die Schwierigkeiten bloß rechtlicher Natur, so kann die Zuziehung eines Patentanwalts der Regel nach nicht als notwendig erachtet werden, auch wenn seine Mitwirkung im gegebenen Falle für die Klärung der Sache nützlich gewesen sein sollte. Denn die rechtliche Behandlung und Beurteilung des Streitstoffs ist Sache des rechtskundigen Prozeßbevollmächtigten, der insoweit der Beihilfe eines Patentanwalts nicht bedarf. — Dagegen Isay, JW. 16, 613. Unter Kosten, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig seien, seien alle Kosten zu verstehen, die zur sachgemäßen Vorbereitung des Verfahrens aufgewendet worden seien; dazu gehörten die Kosten eines Patentanwalts, wenn seine Mitwirkung für die Klärung der Sache nützlich gewesen. — Seligsohn a. a. O. macht darauf aufmerksam, daß der Patentanwalt in vielen Fällen zugezogen werden müsse, um für Verletzungsprozesse den Stand der Technik zur Zeit der Patentanmeldung festzustellen, ferner um den Rechtsanwalt über die technischen Fragen zu unterrichten und ihm in der mündlichen Verhandlung mit technischen Ausführungen, bei Vorführung von Modellen u. dgl. zur Seite zu stehen.

Vgl. auch β. KG. 1. 3. 16, JW. 16, 870 (nach MittVerbDPatA. 16, 46), wo nicht nur die Zuziehung eines Patentanwalts als zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig erachtet wurde, sondern auch die Auslagen eines beim Beklagten angestellten Ingenieurs für erstattungsfähig erklärt wurden, der als sein technischer Vertreter in den Terminen erschienen war; von seiner Mitwirkung sei eine sachlich erschöpfende Einwirkung auf die Art und Weise der Erledigung der technischen Fragen und die Vermeidung einer etwaigen Vertagung infolge Unkenntnis in den neu auftauchenden technischen Fragen zu erwarten gewesen. — Ferner:

γ. Düsseldorf 21. 7. 15, JW. 16, 870, wo angenommen wurde, daß die Zuziehung eines Sachverständigen durch den Beklagten zwecks Unterrichts des Anwalts zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig war. Die Beantwortung der für den Prozeßausgang entscheidenden Frage, ob das Gebrauchsmuster des Beklagten auch neu und schutzwürdig war, bot technische und auch juristische Schwierigkeiten, denen ein Fabrikant nicht ohne weiteres gewachsen war.

9. Pauschgebühr. Stillschweig, DRAZ. 16, 144, teilt ein Beispiel für die völlige Unzulänglichkeit der Pauschgebühr mit. (79 Mietpfändungen, für die der Anwalt bei eigener Beglaubigung des Beschlusses gemäß §§ 23, 76 RAGebO. 18,80 M. berechnen würde, während der Gerichtsvollzieher 203,90 M. gefordert und zugebilligt erhalten hat.)

10. Portozuschlag auf Grund des R Ges. v. 21. 6. 16. Ledien, NaumburgAK. 16, 39. § 1 a. a. O. spricht von einer Reichsabgabe, die als Zuschlag zu den Post- und Telegraphengebühren zu erheben ist. Da im § 76 RAGebO. die Pauschsätze nur für die Herstellung des Schreibwerkes, sowie zum Ersatze der Postgebühren der Sendungen gewährt werden, fehlt es an einer Abgeltung der neu aufgelegten Steuer. Der Anwalt kann auf Grund § 670 BGB. Ersatz der Aufwendungen, also auch der von ihm entrichteten Steuern, von seinem Auftraggeber, und dieser wiederum, falls er im Prozeß obsiegt, gemäß § 91 Er-

stattung vom Gegner verlangen. Ebenso Landsberg, PosMSchr. 16, 50; Noest und Klotzsch, JW. 16, 464 u. 1012; Bestelmeyer, DRAZ. 16, 155 (vgl. a. a. O. 135) und LG. Guben 20. 9. 16, JW. 16, 1357. — Über die Erhöhung der Pauschsätze JW. 16, 1372.

11. Reisekosten. a) Für mehrere an demselben Tage ausgeführte Geschäfte. LG. Straubing 28. 5. 15, BayRpflZ. 16, 138. Im Hinblick auf sehr beachtenswerte Interessen des rechtsuchenden Publikums sind die Reisekosten des Anwalts auf die einzelnen Geschäfte, in welchen er tätig gewesen ist, nach ihrer Zahl zu verteilen.

b) Für den „auswärtigen" Anwalt im Sinne der §§ 18 Abs. 5, 25 RAGebO. α. Dresden 3. 5. 16, JW. 16, 869, SächsRpflA. 16, 270. Da der Prozeßbevollmächtigte des Klägers, Rechtsanwalt D. in A., bei eigener Vertretung der beim AG. zu A. anhängigen Sache Reisekosten nicht hätte berechnen können, so darf er auch nicht aus dem Grunde, weil sein in O. wohnender Vertreter zur Wahrnehmung der Termine von O. nach A. reisen mußte, Reisekosten in Ansatz bringen.

Vgl. hierzu Friedländer, JW. 16, 869. Die Frage entscheidet sich für die bei einem Kollegialgerichte zugelassenen Anwälte nach § 18 Abs. 5 RAGebO., d. h. die Mehrkosten, welche durch das Wohnen außerhalb des Gerichtsorts entstehen, sind nicht erstattungsfähig. Die gleiche Bestimmung trifft § 37 RAGebO. für Armensachen im Parteiprozesse. Im übrigen findet § 18 Abs. 5 auf den Amtsgerichtsprozeß keine Anwendung. Es muß Prüfung nach § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO. stattfinden.

Ferner β. LG. Augsburg 6. 6. 16, JW. 16, 1145. Der einem Rechtsanwalte nach § 25 RAGebO. bestellte Vertreter, der an einem anderen Orte als der vertretene Anwalt wohnt, ist als „auswärtiger" Anwalt im Sinne des § 91 ZPO. anzusehen. Die gegenteilige Ansicht würde zu großen Unbilligkeiten und Härten und zu Erschwerungen für das rechtsuchende Publikum führen (zumal sich im gegebenen Falle in X. infolge des Krieges keine Rechtsanwälte befanden).

c) Im Mahnverfahren nach erhobenem Widerspruche. α. Jena 7. 6. 15, ThürBl. 62, 296. Abgestrichen waren die Gebühren und Reisekosten des Rechtsanwalts des Gläubigers für Abwartung des Verhandlungstermins vor dem AG. nach dem Widerspruche, worin dieser nur den Antrag auf Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige LG. gestellt hatte. OLG. billigt dies, da kaum damit zu rechnen gewesen, daß der Beklagte in jenem Termine den Anspruch ganz oder zum Teil anerkennen würde, und es deshalb angebracht wäre, daß der Kläger — nach Kenntnis von dem Widerspruche — die Verweisung an das LG. schriftlich beantragt hätte. (Vgl. JDR. 14, B 6).

β. LG. Gießen 1. 9. 16, HessRspr. 17, 187. Wenn auch wohl nicht mit OLG. 23, 275 verlangt werden kann, daß der Kläger schon mit der Erwirkung des Zahlungsbefehls einen beim LG. zugelassenen Anwalt beauftragt, so hat der Beklagte doch jedenfalls, wenn für den Kläger mehrere Anwälte tätig werden, deren Kosten diejenigen eines Anwalts übersteigen, zunächst diejenigen Mehrkosten nicht zu erstatten, welche dadurch entstehen, daß der Kläger im Falle der Widerspruchseinlegung den Verweisungsantrag nicht durch den Anwalt, der das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls gestellt hatte und damit nach § 697 Abs. 2 jenen Antrag verbinden konnte, sondern durch einen anderen bei dem AG. zugelassenen Anwalt stellen läßt. (Die Reisekosten des Anwalts zum LG. wurden daher gestrichen.)

12. Teilung der Klagen. Jena 1. 3. 15, ThürBl. 62, 294. Es wäre unbillig, die Mehrkosten einer unnötigen teuren Rechtsverfolgung dem Gegner aufzuerlegen. Daher ist von Fall zu Fall zu prüfen, ob die Rechtsverfolgung in gesonderten Prozessen den Beklagten unnötig belastet. Dies gilt nicht nur bei Teilung eines einheitlichen Anspruchs, sondern auch bei mehreren selbständigen Ansprüchen. Vgl. JDR. 14, B 8.

13. Vollstreckbare Urteilsausfertigung. Karlsruhe 4. 4. 16, BadRpr. 16, 71. Ein Fall, wo die Erwirkung der zweiten Ausfertigung verfrüht war und die Kosten daher nicht für erstattungsfähig erachtet wurden.

14. Vergleich. KG. 10. 11. 15, LeipzZ. 16, 182. Eine Vergütung steht dem Anwalte für die Mitwirkung am Vergleichsschluß auch insoweit zu, als der Gegenstand des Vergleichs

über den Streitwert des Rechtsstreits hinausgeht. Zwar ist für die Vergleichsgebühr nach § 13 Nr. 3 RAGebO. wie für die Gerichtsgebühr nach § 23 GKG. (**RG.** 36, 404, JW. 01, 514) nur der Streitwert des Rechtsstreits maßgebend. Aber auf Grund des Art. 14 PrRAGebO. in Verb mit §§ 1, 89 RAGebO ist die dem Rechtsanwalte zustehende Vergütung in Ansehung des weiteren Vergleichsgegenstandes entsprechend dem § 13 Nr. 3 RAGebO. zu bemessen.

15. Wechsel der Anwälte. a) Infolge beruflicher Überlastung des Anwalts. Karlsruhe 17. 8. 15, BadRpr. 16, 28. Berufliche Überlastung im allgemeinen kann nicht als genügende Rechtfertigung dafür angesehen werden, daß ein Rechtsanwalt einen ihm erteilten Auftrag nicht selbst ausführte. (Durch die Reise des bestellten Anwalts zum Beweistermine von Karlsruhe nach Heidelberg wären weniger Kosten entstanden als durch die Annahme eines Anwalts in Heidelberg. Einzelne bestimmte Tatsachen dafür, daß der Anwalt am Terminstage an der Reise verhindert gewesen sei, und daß er ohne Erfolg eine Verlegung des Termins herbeizuführen versucht habe, waren nicht behauptet.)

b) Infolge Kriegsteilnahme. Bamberg 16. 4. 15, OLG. 33, 35, billigt die Mehrkosten zu, die durch Annahme eines anderen, an Stelle des behinderten Anwalts notwendig waren; Bamberg 26. 8. 15 a. a. O. erklärt für erstattungsfähig nur diejenigen Kosten, welche entstanden wären, wenn der ursprüngliche Anwalt den Rechtsstreit selbst zu Ende geführt hätte. — Vgl. JDR. 14 B 10 b und folgende Nummer.

c) Weil die Partei den zum Vertreter seines Prozeßbevollmächtigten bestellten Referendar oder Anwalt nicht mit der Fortführung des Prozesses betrauen wollte. α. Breslau 23. 8. 16, JW. 16, 1292, verneint die Erstattungsfähigkeit, da der Referendar, nachdem er von der maßgebenden Stelle amtlich bestellt worden sei, auch für geeignet angesehen werden müsse, die rechtsanwaltlichen Geschäfte in vollem Umfange wahrzunehmen.

β. Karlsruhe 12. 4. 16, BadRpr. 16, 172, erkennt die Erstattungsfähigkeit an, da die Partei bei der nicht einfachen Rechtslage (Streitgegenstand 12 000 M.) berechtigt gewesen, an Stelle des allgemeinen Vertreters demjenigen Rechtsanwalte die weitere Vertretung zu übertragen, den sie dafür am geeignetsten hielt. — Vgl. JDR. 14, B 10 b.

d) Im Mahnverfahren. α. 1. LG. Kempten 7. 7. 15, BreslauAK. 16, 21. — 2. LG. Düsseldorf 4. 1. 15 a. a. O. 22. — 3. LG. Cottbus 10. 9. 15 a. a. O. 22. 1. Der Kläger durfte zur Erwirkung des Zahlungsbefehls um so mehr einen an seinem Wohnsitze befindlichen Anwalt beiziehen, als die Forderung unbestritten zu sein und zu bleiben schien, wie denn trotz des Widerspruchs des Beklagten Anerkenntnisurteil erging. — 2. und 3. Im Mahnverfahren kann der Gläubiger annehmen, daß Widerspruch nicht erhoben wird und daß deshalb mündlicher Termin nicht erforderlich sein werde.

Vgl. auch JDR. 14 B 10 c, ferner Hamburg 11. 8. 15, SeuffA. 71, 38, und Dresden 15. 6. 15, SächsOLG. 37, 61.

β. Jena 28. 4. 15, ThürBl. 63, 56. Hatte die Partei nicht mit der Wahrscheinlichkeit des Widerspruchs zu rechnen, so erscheint sie berechtigt, sich fürs Mahnverfahren ihren Anwalt ohne Rücksicht auf den anschließenden Prozeß zu wählen. (Wurde nach der gegebenen Sachlage geprüft und verneint.)

γ. Abweichend die von Tauber, KGBl. 16, 74, besprochenen nicht näher bezeichneten Gerichtsentscheidungen, denen gegenüber hervorgehoben wird, ihre Auffassung würde dahin führen, auch für das amtsgerichtliche Verfahren einen Anwaltszwang (bei dem auswärtigen Gericht) einzuführen.

δ. Hamburg 21. 10. 15, HansGZ. 16 Beibl. 26. Die Besonderheit des Falles lag darin, daß die in Hamburg wohnende Klägerin den Zahlungsbefehl durch ihren Vermögensverwalter, einen in Altona wohnhaften Anwalt, erwirkt hatte. Der Schuldner hatte Widerspruch erhoben und die Klägerin ihn vor das LG. Hamburg geladen. OLG. billigt entgegen LG. Hamburg 29. 9. 15 die Kosten beider Anwälte zu. Die Klägerin durfte zu Lasten ihres Schuldners einen Anwalt annehmen, der ihr für diese Sache der gegebene war und dessen Heranziehung bei dem von der Gläubigerin zu erwartenden Verlaufe dem Schuldner keine Mehrkosten machte.

e) Infolge Widerklage. Dresden 2. 11. 15, SächsRpflA. 16, 304. Klägerin war vor dem AG. durch den auch beim LG. zugelassenen Anwalt X. vertreten, die Klage auf die Widerklage an das LG. verwiesen. Die Mehrkosten durch Annahme eines beim LG. zugelassenen Anwalts wurden für erstattungsfähig erklärt, da sonst durch die Reisekosten des X. höhere Gebühren entstanden wären.

§ 92.

1. Über Kostenverteilung, wenn die Klage gegen einen von mehreren Streitgenossen zurückgenommen, der andere unterlegen ist, Naumburg 22. 9. 16, NaumburgAK. 16, 57.

2. Hamburg 8. 6. 16, HansGZ. 16 Beibl. 272. Eine Trennung der Kosten nach Prozeßabschnitten ist unzulässig. (Es waren die Kosten des Rechtsstreits bis zur mündlichen Verhandlung gegeneinander aufgehoben, die übrigen dem Beklagten auferlegt worden.)

§ 93.

1. Klageveranlassung. a) Levis, § 93 als Prozeßvorbeugungsmittel. DRZ. 16, 22, vertritt, damit der Gläubiger dem Schuldner nicht unnötige Prozeßkosten verursache, auch für das geltende Recht den Satz: der Gläubiger einer nicht bestrittenen Forderung hat keine Veranlassung zur Klage, solange er es ohne besondere Gründe unterließ, von dem Schuldner die Erteilung einer vollstreckbaren Urkunde zu verlangen.

b) Bei Geltendmachung der beschränkten Erbenhaftung im Falle des § 1990 BGB. durch Klage nach § 780 ZPO. KG. 30. 12. 15, KGBl. 16, 20. Der Beklagte beruft sich darauf, daß der Kläger die vorliegende Klage ohne weiteres nach der Pfändung erhoben und es unterlassen habe, vor Klagezustellung ihn unter Klarstellung des Sachverhalts zur Freigabe der Pfandstücke aufzufordern. Der Schuldner war vermögenslos und dies dem Beklagten vor Erwirkung der streitigen Pfändung bekannt. Es ist nicht ersichtlich, wie der Beklagte darauf rechnen konnte, durch eine Pfändung bei einem vermögenden Erben eines vermögenslosen Schuldners zu seiner Befriedigung zu gelangen. — Dem ersten Richter ist darin beizutreten, daß unter diesen Umständen der Beklagte allein durch die Pfändung zur Erhebung der Klage Anlaß gegeben hat und daß es einer vorherigen Aufforderung zur Freigabe der Pfandstücke nicht bedurfte.

c) Darmstadt 15. 10. 15, HessRspr. 16, 250. Klageveranlassung angenommen, weil die Vermutung dafür sprach, daß die gepfändeten Gegenstände zum Vermögen der o. Handelsgesellschaft gehörten, die auf Grund eines gegen die Gesellschafter gerichteten Vollstreckungstitels gesetzlich nicht pfändbar waren, und die Beklagte sich auf das Aufforderungsschreiben gänzlich untätig verhalten hatte.

2. Zum Begriffe des sofortigen Anerkenntnisses. a) Dresden 4. 5. 15, SächsRpflA. 16, 72. Ist die Klage vor Eintritt der sie begründenden Tatsachen, nämlich vor dem Gegebensein des erforderlichen Feststellungsinteresses erhoben, so genügt es, wenn das Anerkenntnis sofort nach dem Eintritte der klagebegründenden Tatsachen abgegeben wird.

b) KG. 24. 9. 15, OLG. 33, 36. Kein sofortiges Anerkenntnis, wenn der Beklagte den Antrag nicht schon in dem Termin anerkannt hatte, in dem er zuerst gestellt war, sondern in dem Termin, in dem seiner Bitte entsprechend wegen des Antrags vertagt worden war. (Anders lag der Fall OLG. 13, 106, wo der Kläger, der den Besitz des Wechsels nicht behauptet hatte, den Wechsel erst im Termine vorlegte und der Beklagte hierauf neuen Termin beantragte. Brauchte sich der Beklagte überhaupt erst im nächsten Termine zu erklären, so war auch sein Anerkenntnis ein sofortiges, OLG. 33, 36 Anm. 2.)

3. Glaubhaftmachung bei Interventionsklagen. AG. Sprottau 26. 9. 15 u. LG. Glogau 19. 11. 15, BreslauAK. 16, 31. Weder der Vermerk des Gerichtsvollziehers im Pfändungsprotokoll über die angeblichen Eigentumsverhältnisse noch der Erlaß eines Beschlusses auf vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung reichen aus, um den pfändenden Gläubiger zur Freigabe der Pfandstücke, d. i. zur endgültigen Aufgabe seines Rechtes, zu veranlassen.

4. Irrtümliches Anerkenntnis. Celle 6. 10. 15, LeipzZ. 16, 632. Unzulässig ist die Verteidigung, das Anerkenntnis sei irrtümlich erfolgt und anfechtbar, das Urteil entspreche nicht der Rechtslage, in Wahrheit sei der Klaganspruch unbegründet. Es versteht sich von selbst, daß derjenige keinen Anlaß zur Klage gibt, gegen den ein klagbarer Anspruch nicht besteht. Das Unterliegen des Beklagten ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 93. Die Entscheidung darüber, ob die Beklagte durch ihr Verhalten zur Klage Anlaß gegeben, kann mithin nur in solchen Umständen gefunden werden, welche die in der Hauptsache ergangene Entscheidung, wonach der Klaganspruch begründet ist, unberührt lassen.

§ 94.

Hamburg 3. 7. 13, OLG. 33, 37. Anwendung auf einen Mieter, den verschiedene Gläubiger in Anspruch nehmen.

§ 95.

Hamm 28. 10. 14, OLG. 33, 38. Weder § 95 noch § 296 ZPO. gibt einen Anhalt dafür, daß der beauftragte oder ersuchte Richter ermächtigt wäre, den § 95 anzuwenden. (Versäumter Sühnetermin.) Über die Kosten ist nach § 308 durch Urteil zu entscheiden. Die Unzulässigkeit eines Beschlusses ergibt sich zweifelsfrei daraus, daß er mangels einer der Voraussetzungen des § 567 einem Rechtsmittel nicht unterworfen, also nicht aus § 794 Ziff. 3 für die Zwangsvollstreckung und aus § 103 für die Kostenfestsetzung als Titel geeignet wäre.

§ 96.

RG. 18. 12. 15, R. 16 Nr. 494. § 96 verpflichtet das Gericht nicht zu der in ihm vorgesehenen Abweichung von § 91, stellt sie vielmehr in sein Ermessen. Trotzdem wurde im gegebenen Falle vom RG. die Kostenentscheidung entsprechend geändert, weil der Umstand, daß das OLG. des § 96 oder der in ihm gegebenen Befugnis mit keinem Worte Erwähnung getan, obwohl seine Anwendung bei der Sachlage (umfangreiche ergebnislose Beweisaufnahme über die Anfechtungsgründe des Irrtums und der arglistigen Täuschung) durchaus der Billigkeit entsprochen haben würde, die Annahme gerechtfertigt erscheinen lasse, daß es bei seiner Kostenentscheidung den § 96 außer acht gelassen habe. Vgl. auch Karlsruhe 23. 3. 15, OLG. 32, 303.

§ 97.

Dresden 18. 11. 15, SeuffA. 72, 116. Ein Fall, wo aus Billigkeitsgründen die Kosten der 2. Instanz zwischen den Parteien aufgehoben wurden. Der Beklagte hatte es unterlassen, in der ersten Instanz eine Zahlung von 650 M. (auf 2000 M.) einzuwenden. Es wurde erwogen, daß die Notwendigkeit, die 2. Instanz anzurufen, von beiden Teilen gleichmäßig verschuldet worden sei. Wie der Beklagte es übersehen, die Zahlung schon im ersten Rechtszuge einzuwenden, habe der Kläger darin gefehlt, daß er seine infolge der Zahlung zum Teil unberechtigte Klageforderung bis zur Urteilsfällung aufrechterhalten.

§ 99.

1. Zum Begriffe des Anerkenntnisses. **RG.** 7. 3. 16, JW. 16, 749. Ein bloßes Nichtbekämpfen des Anspruchs, das Nichtstellen des Antrags auf Abweisung der Klage in der Hauptsache genügt jedenfalls dann nicht, wenn der Beklagte seinen Antrag auf Verurteilung des Klägers in die Kosten mit Ausführungen begründet, aus denen erhellt, daß er den Klaganspruch nicht anerkennen will. (Im gegebenen Falle, daß die Voraussetzungen des § 259 ZPO. nicht vorgelegen.)

2. Erledigung der Hauptsache. a) Aufhebung der Pfändung auf ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Interventionsurteil. LG. Düsseldorf 9. 6. 16, JW. 16, 1358, billigt, daß die Hauptsache nicht für erledigt erklärt wurde, weil es sich nur um eine vorläufige Maßnahme handle. Der provisorische Charakter der vorläufigen Vollstreckbarkeit werde insbesondere noch im § 717 Abs. 2 ZPO. verdeutlicht. — Dagegen Wolterhoff, JW. 16, 1358.

b) Erledigungserklärung. α. LG. I Berlin 15. 10. 15, LeipzZ. 16, 92. Erklärt der Kläger die Hauptsache für erledigt, so richtet sich das weitere Verfahren nach dem Verhalten des Beklagten. Ist dieser einverstanden, so ist der Rechtsstreit in der Hauptsache beseitigt, eine Entscheidung zur Hauptsache kann nicht mehr ergehen, auch nicht wenn das Gericht im Gegensatze zu den Parteien der Ansicht ist, daß gar kein Erledigungsgrund gegeben sei. In diesem Falle pflegt die Erledigung der Hauptsache nur der Deutlichkeit halber in der Formel hervorgehoben zu werden; ein Bestandteil der Entscheidung ist diese Feststellung nicht. Bleibt dagegen der Beklagte bei seinem Klagabweisungsantrage, so stellt die Erklärung des Klägers, daß er den Rechtsstreit als erledigt angesehen wissen wolle, einen neuen Sachantrag dar, dessen Ziel die Feststellung ist, daß der Beklagte ein klagabweisendes Urteil nicht mehr fordern kann. Dann ist die Feststellung, daß der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt sei, Sachentscheidung. (Im Anschluß an GruchotsBeitr. 50, 1051 und Lazarus, daselbst 52, 639.) Vgl. JDR. 14 a III.

β. Braunschweig 26. 11. 15, OLG. 33, 40. Nachdem die beklagten Eheleute durch Versäumnisurteil verurteilt worden, waren sich die Parteien nach eingelegtem Einspruche darüber einig, daß die Hauptsache erledigt sei. Das LG. erkannte, daß das Versäumnisurteil aufgehoben werde und die Kläger die Kosten zu tragen hätten. OLG. erklärte die Berufung für unzulässig. Herrschte über die Erledigung der Hauptsache Einigkeit und ist Einspruch gegen das Versäumnisurteil erhoben, so verliert dies ohne weiteres seine Wirksamkeit. Der urteilsmäßige Ausspruch des LG. war überflüssig; eine Entscheidung in der Hauptsache lag nicht vor.

Vgl. hierzu Braunschweig 11. 6. 15, OLG. 33, 41, wo eine wirkliche Entscheidung der Hauptsache vorlag: ein Kriegsteilnehmer hatte Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt, das LG. das Urteil durch Zwischenurteil aufgehoben und dem Kläger die Kosten auferlegt, da mit Rücksicht auf die Unterbrechung eine Säumnis nicht vorgelegen habe.

γ. Stuttgart 8. 6. 16, WürttRpflZ. 16, 93. § 99 Abs. 1 ZPO. ist nicht anwendbar, wenn statt der Verurteilung des Beklagten zur Zahlung verlangt wird, daß unter Abänderung des angefochtenen Urteils der Rechtsstreit auf Grund des Anerkenntnisses des Beklagten für erledigt erklärt wird. Diese Berufung richtet sich auch gegen die Entscheidung in der Hauptsache. — Vgl. auch zu § 307 ZPO.

3. Nachträgliche Erweiterung des Berufungsantrags. Colmar 11. 6. 14, BuschsZ. 46, 8. Wenn die nur hinsichtlich der Kosten eingelegte Berufung dahin erweitert wird, daß nunmehr auch die Entscheidung in der Hauptsache ganz oder teilweise durch den in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag angefochten wird, so muß jedenfalls diese Erweiterung und dieser Antrag ernst gemeint sein und nicht zum Schein erfolgen. (JW. 08, 557. — Im gegebenen Falle Schein angenommen.)

4. Insbesondere zur Auslegung des Abs. 3. a) Karlsruhe 4. 12. 15, BadRpr. 16, 39. „Hauptsache" im Sinne des § 99 Abs. 3 ist nicht gleichbedeutend mit „Hauptforderung". Zur Hauptsache gehören alle nicht den Kostenpunkt betreffenden Entscheidungen, also auch die Entscheidung über Nebenforderungen wie Zinsen u. dgl. — Die Ansicht, die Bestimmung sei zugunsten einer Erweiterung des Beschwerderechts ausdehnend auszulegen in Fällen, in denen sich die Hauptsache während des Rechtsstreits nur teilweise erledigt, ist abzulehnen. Es würde sonst die Möglichkeit bestehen, daß die Kostenentscheidung eines und desselben Urteils von der einen Partei mit der Beschwerde, von der anderen Partei mit der Berufung der Nachprüfung des Obergerichts unterbreitet werden könnte, wenn nämlich die eine Partei, zu deren Gunsten bezüglich des Restes der Hauptsache (im gegebenen Falle der Zinsen) entschieden worden ist, der aber wegen des erledigten Teiles der Hauptsache ein Teil der gesamten Kosten auferlegt worden ist, dieses Urteil gemäß § 99 Abs. 3 mit der sofortigen Beschwerde anfechten könnte, während der Gegner dann noch mit der Berufung eine Abänderung der Entscheidung in der Hauptsache und zugleich eine Änderung in der Kostenverteilung erstreben könnte.

b) Anfechtbarkeit der Kostenentscheidung, wenn die Hauptsache teilweise

durch kontradiktorisches Urteil, teilweise anderweit erledigt, über die Kosten aber einheitlich und ungetrennt entschieden ist. α. Schlechthin verneint von Karlsruhe 16. 6. 16, BadRpr. 16, 121. Wo eine solche einheitliche Kostenentscheidung gegeben ist, kann sie nicht nach Abs. 3 des § 99 angefochten werden; denn eine Nachprüfung und anderweite Verteilung der Kosten wegen des nicht durch Sachentscheidung erledigten Teiles (im gegebenen Falle der Widerklage) wäre nur bei gleichzeitiger Prüfung des gesamten Sach- und Rechtsstoffs des Prozesses möglich, auch soweit er der Anfechtung ganz oder doch durch sofortige Beschwerde entzogen ist. Vgl. JDR. 14, 5.

β. Unter Umständen bejaht von Dresden 21. 5. 15, OLG. 33, 42, SächsOLG. 37, 56, SeuffA. 71, 117. Nach der ständigen Rechtsprechung des RG. und der Mehrzahl der OLG. darf eine Anfechtung der Kostenentscheidung nach § 99 Abs. 2 ZPO. unter keinen Umständen über den Rahmen des Streitstoffs hinausgreifen, der durch das Anerkenntnisurteil betroffen worden ist, wenn dieses nur einen Teil des Streitgegenstandes erledigt. Derselbe Grundsatz muß für die Anwendung der Vorschrift des § 99 Abs. 3 gelten. Wenn sich also ein Teil des Streitgegenstandes im Laufe des Rechtsstreits erledigt hat und im Schlußurteil über dessen Rest sowie über die Kosten erkannt wird, kann diejenige Partei, die wegen des erledigten Teiles als unterliegend angesehen und deshalb im Schlußurteil in einen Teil der Kosten verurteilt worden ist, diese Kostenentscheidung nur insoweit mit sofortiger Beschwerde anfechten, als die Nachprüfung der angefochtenen Kostenentscheidung ein Eingehen auf den übrigen Streitgegenstand nicht zur Voraussetzung hat. (Ein solches Eingehen macht sich nötig, wenn der Beschwerdeführer geltend macht, daß bei der ausgesprochenen Verteilung der gesamten Kosten nach Bruchteilen ein unbilliger Verteilungsmaßstab angewendet worden sei. Im gegebenen Falle wurde diese Notwendigkeit verneint, weil bei einer Klage auf Löschung von zwei Gebrauchsmustern die erste sich im Laufe des Rechtsstreits durch Ablauf der Schutzfrist erledigt, das Gericht dem Kläger drei Viertel der Kosten mit der Begründung auferlegt hatte, daß sie von vornherein unbegründet gewesen, der Kläger nicht die unbillige Bemessung der Kostenteile rügte, sondern geltend machte, daß die Klage auch insoweit begründet gewesen. Um dies zu prüfen, bedurfte es keines Eingehens auf den Streit wegen des zweiten Gebrauchsmusters, in dem der Beklagte — unter Belastung mit ein Viertel der Kosten — unterlegen war.)

Vgl. hierzu Hamburg 5. 6. 16, HansGZ. 16, Beibl. 268. Die Beschwerde ist jedenfalls dann unzulässig, wenn über die Kosten des durch Sachentscheidung erledigten Teiles und des restlichen Anspruchs einheitlich entschieden ist, so daß zu einer anderen Verteilung der Kosten ein Eingehen auf die Sachentscheidung des Teilurteils erforderlich sein würde. (Im Anschluß an **RG.** 55, 394; 59, 431.)

§ 100.

1. München 13. 3. 16, R. 16 Nr. 970. Für die Kostenentscheidung eines von mehreren Streitgenossen erfolglos eingelegten Rechtsmittels kommt in Betracht, daß es sich eigentlich um zwei Berufungen in einem Schriftsatze handelt und an sich jeder Streitgenosse die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen hat, wenn man auch solchenfalls in der Formel nur von einer Berufung zu sprechen pflegt, sofern sich die Anträge beider Streitgenossen völlig decken.

2. Über die Fassung der Urteilsformel, wenn nur einer von mehreren Streitgenossen obsiegt, Hamburg 6. 6. 14, OLG. 33, 42.

§ 102.

1. **RG.** 1[illegible]. 1. 16, R. 16 Nr. 701. § 102 angewendet, weil der Anwalt einen prozessualen Verstoß (Zurückweisung eines Beweisantrags) als materielle Rechtsverletzung angeführt und das anzufechtende Urteil so oberflächlich gelesen hatte, daß ihm entging, daß der Klägerin der von dem Beklagten zugeschobene Eid auferlegt und damit sachlich das, was er nach der Begründung in erster Linie bezielte, daß nämlich die Klägerin schwören solle, bereits durch Urteil festgesetzt war.

2. Stuttgart 29. 10. 15, R. 16 Nr. 84. Ein Rechtsanwalt, der eine nicht häufig vorkommende Klage wie die aus §§ 797 Abs. 5, 802 ZPO. erheben will, ist verpflichtet, zuvor die für die Klage maßgebenden prozeßrechtlichen Bestimmungen im Gesetze nachzulesen, insbesondere bei welchem Gerichte die Klage zu erheben ist.

3. Breslau 6. 4. 16, OLG. 32, 296. Die auf Grund des § 102 erlassenen Beschlüsse sind nicht als „Entscheidungen in betreff der Prozeßkosten" anzusehen (**RG.** 64, 377), fallen daher nicht unter § 22 EntlastungsVO. v. 9. 9. 15.

§ 103.

Karlsruhe II. 9. 6. 15, BadRpr. 16, 101. Da gegen Kostenurteile nach § 99 Abs. 3 die Beschwerde zulässig ist, so findet aus ihnen die Zwangsvollstreckung statt, auch wenn sie weder rechtskräftig noch vorläufig vollstreckbar sind. Anders Karlsruhe I., BadRpr. 02, 80 u. IV. a. a. O. 16, 102.

§ 104.

1. Befugnis des Gerichtsschreibers, den gegen seine Kostenfestsetzungsbeschlüsse erhobenen Erinnerungen selbst abzuhelfen, verneint von Kreß, R. 16, 4, entgegen der herrschenden Ansicht. Im Anschluß an Planck, Lehrbuch I, 124 wird davon ausgegangen, daß die Handlungen des Gerichtsschreibers reine Gerichtshandlungen seien, die im Falle der Bemängelung der Richtigstellung durch den Richter unterlägen, als denjenigen, dessen eigentliches Werk sie sind. Daher die folgerechte Vorschrift des § 576, die darauf beruhe, daß der Gerichtsschreiber lediglich als Organ des Gerichts handle. Würde der Gerichtsschreiber berechtigt sein, seine Kostenfestsetzungsbeschlüsse auf erhobene Erinnerung selbst abzuändern, so läge es in seinem Ermessen, im Falle mehrfacher Erinnerungen darüber zu entscheiden, ob überhaupt und in welchem Zeitpunkte der Richter einzugreifen hat. Die Verhütung solcher Mißstände sei der Zweck des § 104 Abs. 3 Satz 1, der aber nur dann erreicht werde, wenn auf erhobene Erinnerung der Richter selbst sofort eingreife.

Dagegen Reger, R. 16, 167. Der Gerichtsschreiber ist das neben dem Richter kraft Gesetzes wirkende zweite Organ der Rechtspflege. Er zeichnet verantwortlich die ihm zugewiesenen Geschäfte. Durch § 104 wurden ihm richterliche Funktionen übertragen, weshalb er auch insoweit an der Unabhängigkeit der Gerichte teilnimmt (Stein). Die selbständige Entscheidung ist in der Begründung hervorgehoben. § 571 ZPO. findet entsprechende, § 318 keine Anwendung. Jedenfalls muß die Abänderung, weil sie das Gesetz nicht verbietet, erlaubt sein.

2. Anwaltszwang. a) Kein Anwaltszwang für die Erinnerung des § 104 Abs. 3 gegen die Kostenfestsetzung des Gerichtsschreibers eines LG. Rostock 10. 1. 16, MecklZ. 34, 310, OLG. 33, 43, SeuffA. 70, 207. Es ist nicht richtig, die Formvorschriften des § 577 auf die Erinnerung zu übertragen, da das Gesetz der Erinnerung einen anderen Charakter und einen anderen prozessualen Erfolg als dem Antrag aus den §§ 576, 577 beilegt. Für den Antrag auf Kostenfestsetzung selbst, welcher häufig eine eingehendere Berechnung erfordert, sind im § 103 Formvorschriften nicht gegeben, und die Erinnerung, die nur die Nachprüfung des Gerichts bezielt, bedarf zu diesem Zwecke der Mitwirkung des Anwalts nicht. Die Absicht der Novelle v. 1. 6. 09 war, das Kostenfestsetzungsverfahren tunlichst einfacher zu gestalten.

b) Rostock 21. 6. 15, MecklZ. 34, 230, OLG. 33, 102. Anwaltszwang zwar nicht für den Kostenfestsetzungsbeschluß und die Erinnerung gegen den Beschluß des Gerichtsschreibers, wohl aber für die Beschwerde gegen den auf Erinnerung ergangenen Beschluß des LG., auch wenn die Sache gemäß § 506 an das LG. verwiesen war.

3. Gebühren. a) Jena 8. 1. 14, ThürBl. 62, 223. Der Prozeßbevollmächtigte erhält neben den Gebühren des § 13 RAGebO. für seine Tätigkeit im Erinnerungsverfahren keine besonderen Gebühren. Das Erinnerungsverfahren nach § 104 Abs. 3 ist gleichwie sein Vorbild, dasjenige nach § 4 Abs. 1 GKG., dem Gesetzgeber nicht bedeutend genug erschienen, um es kostenrechtlich besonders zu bewerten. Bloß durch

die unveränderte Fassung des § 23 Nr. 1 RAGebO. in Verb. mit dem Einschiebsel der Nr. 5 a im § 47 GKG. ist die vom Gesetzgeber wohl nicht einmal beabsichtigte Wirkung herbeigeführt, daß der Anwalt, der bis dahin noch gar nicht tätig war, für die Tätigkeit im Erinnerungsverfahren eine Gebühr bekommt. Darüber hinaus fehlt es für eine Gebührenforderung der Rechtsanwälte an einer gesetzlichen Grundlage. (Ebenso Dresden, OLG. 3, 22 u. 287; Colmar, OLG. 23, 129; anders Braunschweig, OLG. 25, 300; Hamm, JW. 13, 1159; LG. Glatz, JW. 11, 1020.)

b) Cassel 2. 3. 14, BuschsZ. 46, 218. Die besondere Gebühr des § 30 RAGebO. erwächst für den Prozeßbevollmächtigten nur dann, wenn er den Antrag auf Kostenfestsetzung gestellt hat, nicht aber, wenn er sonst im Kostenfestsetzungsverfahren, also z. B. durch Einlegung der Erinnerung tätig gewesen ist. Vgl. auch Jordan, NaumburgAK. 16, 49 und JDR. 14, 5.

§ 105.

Rechtskraft der Kostenfestsetzungsbeschlüsse. 1. München 3. 7. 16, OLG. 33, 65. Wenn die Anwaltsgebühren bereits gerichtlich festgesetzt sind, bedeutet eine wiederholte Festsetzung unter Zugrundelegung anderer rechtlicher Gesichtspunkte eine unzulässige neuerliche Geltendmachung desselben Anspruchs. — Zulässig ist die wiederholte Geltendmachung von Gerichtskosten, die mangels Nachweises, also angebrachtermaßen, gestrichen sind, wenn der Kläger den Nachweis demnächst führt.

2. LG. Halle 3. 11. 15, NaumburgAK. 16, 4. Die Rechtskraft des Beschlusses kann sich nur auf geforderte Beträge beziehen. Die Rechtsprechung läßt sogar eine Nachberechnung irrtümlich zu niedrig angegebener Kosten zu. Um so mehr wird sie dann stattfinden können, wenn ein Posten überhaupt nicht liquidiert worden ist.

3. Vorstellung gegen die vom OLG. auf Beschwerde erlassenen Festsetzungsbeschlüsse. Stettin 26. 1. 16, OLG. 33, 83. Die Berichtigung gerichtlicher Beschlüsse untersteht nicht den Regeln der §§ 319 ff., sie ist nach dem Ermessen des Gerichts zulässig, soweit nicht § 577 Abs. 3 über die Rechtskraft der einer sofortigen Beschwerde unterliegenden Beschlüsse eingreift. — Der Umstand, daß vorher in der früheren Instanz eine sofortige Beschwerde als Form des Rechtsmittels angeordnet ist, gibt keinen Anlaß, an der Abänderlichkeit des beanstandeten Beschlusses, der auf sofortige Beschwerde erlassen war, zu zweifeln.

Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

§ 108.

Vgl. zu § 234 BGB.

§ 109.

1 LG. Weimar 3. 11. 14, BuschsZ. 46, 197. Ist die Berufung des zur Zahlung verurteilten Beklagten vom LG. zurückgewiesen, so ist der Kläger ohne weiteres berechtigt, sich an die vom Gegner zwecks Abwendung der Zwangsvollstreckung geleistete Sicherheit zu halten. Ein Fall des § 109 oder § 715 ist nicht gegeben.

2. Wegfall der Veranlassung. München 2. 6. 15, OLG. 33, 43. Nachdem der Kläger die Sicherheit, von deren Hinterlegung die Vollstreckbarkeit des amtsgerichtlichen Urteils abhing, geleistet, hatte der Beklagte Berufung eingelegt und die Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 719 gegen Hinterlegung derselben Summe erwirkt. Der Antrag des Klägers, diesen Beschluß aufzuheben oder die Rückgabe seiner Sicherheit anzuordnen, wurde zurückgewiesen. Die Veranlassung zur Sicherheit ist nicht weggefallen. Die Sicherheit des Klägers haftet für allen Schaden, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des noch nicht rechtskräftigen Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entsteht (§ 717). Solche Leistung ist auch die vom Beklagten geleistete Sicherheit.

3. Kosten. KG. 9. 7. 15, OLG. 33, 44. § 38 Nr. 2 GKG. ist auch anwendbar, wenn die Rückgabe nur auf Grund der Zustimmung der anderen Partei verlangt wird, ohne daß das Gericht dieser vorher eine Frist zur Erklärung gesetzt hat. — Vgl. IDR. 14, 3.

§ 110.

1. Allgemeine Erörterungen über die innerstaatliche Geltung internationaler Abkommen und den Krieg von Seligsohn, DJZ. 16, 64 (gegen RG. 85, 374), vor allem Meikel, BayRpflZ. 16, 193, und das dort angeführte Schrifttum. Auf völkerrechtliche Verträge, die lediglich in der üblichen Weise bekanntgemacht werden, finden die Grundsätze über die Bekanntmachung von Reichsgesetzen keine Anwendung. Für ihre Aufhebung gelten ebensowenig wie für ihre Wirksamkeit die für die Reichsgesetze bestehenden Sondervorschriften. Völkerrechtliche Abkommen, die durch den Krieg aufgehoben werden, verlieren durch den Krieg auch ihre innerstaatliche Wirksamkeit, ohne daß es einer besonderen Anordnung bedürfte, die sie als aufgehoben erklärt.

2. Die Vorschußpflicht der Italiener vor dem Kriege. a) Verneint vom KG. 28. 10. 15, JW. 16, 61. Art. 3 des Deutsch-Ital. Handelsvertrags und Art. 17 des Haager Abkommens sind nicht gekündigt, zwischen beiden Staaten besteht nicht der Kriegszustand, weder infolge Erklärung noch durch den tatsächlichen Ausbruch des Krieges. Der Abbruch der diplomatischen Beziehungen und die feindselige Behandlung von Deutschen in Italien reicht nicht aus, um den Eintritt des Kriegszustandes bejahen zu können. Ebenso Frankenstein, JW. 16, 251.

b) Verneint von Hirsch, JW. 16, 180. Art. 17 steht in untrennbarem Zusammenhange mit Art. 18, wonach der auf Verurteilung in die Kosten lautende Ausspruch des Urteils gegen den verurteilten Ausländer gemäß einem auf diplomatischem Wege zu stellenden Antrag im Auslandsstaate für vollstreckbar zu erklären ist. Da die diplomatischen Beziehungen zwischen Deutschland und Italien abgebrochen sind, gebricht es an der im Art. 18 geregelten Möglichkeit der Kostenbeitreibung, und darum muß auch Art. 17 bis auf weiteres als außer Kraft gesetzt angesehen werden (LG. Ulm 12. 1. 16). Ebenso LG. Köln 29. 3. 16, JW. 16, 922. Das Haager Abkommen hat zur notwendigen Voraussetzung die Fortdauer geordneter völkerrechtlicher Beziehungen unter den Vertragsstaaten. Diese bestehen aber seit Mai 1915 nicht mehr.

3. Für die Vereinigten Staaten von Nordamerika die Gegenseitigkeit anerkannt von München 29. 10. 15, OLG. 33, 62.

4. Rußland. a) Dresden 8. 6. 16, SächsRpflA. 16, 358. Zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland kann zurzeit die Gegenseitigkeit in der Befreiung von Sicherheitsleistung für Prozeßkosten nicht als verbürgt gelten, weil das Haager Abkommen über den ZP. vom 17. 7. 05 infolge des Kriegsausbruchs der Wirksamkeit entbehrt. — Ebenso mit Bezug auf § 85 GKG. Königsberg 23. 8. 16, DJZ. 16, 1003.

b) KG. 5. 1. 16, DJZ. 16, 733. Der Reichskanzler hatte nach § 1 Abs. 2 BRVO. v. 7. 8. 14 Ausnahmen von der Unterbrechung des Verfahrens zugunsten einer russischen Person, deren Sitz St. Petersburg war, bewilligt. Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung wurde bejaht, da Vertrag vom 10. 2. 94 und Art. 17 des Haager Abkommens einen friedlichen Verkehr voraussetzen und daher durch den Krieg außer Kraft gesetzt seien.

Siebenter Titel. Armenrecht.

§ 114.

Abs. 1. 1. Richter, GruchotsBeitr. 60, 782. Der Zweck des Armenrechts besteht darin, daß eine arme Partei in die Lage versetzt sein soll, eigene Rechte vorläufig kostenlos verfolgen zu können. Wer nicht Inhaber des den Gegenstand des Prozesses bildenden Rechtes ist, sondern in fremdem Interesse tätig wird, kann daher das Armenrecht nicht bewilligt erhalten. Daran ändert auch der Gedanke nichts, daß er „auf eigene Rechnung" den Prozeß führen, d. h. die Prozeßkosten für den Fall des Unterliegens

tragen soll, da die Innehaltung des Rechtes für die Gewährung des Armenrechts das allein Maßgebende ist.

2. Hamburg 21. 10. 15, HansGZ. 16 Beibl. 15, OLG 33, 48. Das Gesetz erfordert die Urteilszustellung nicht als Voraussetzung der Erteilung des Armenrechts für die Rechtsmittelinstanz an denjenigen, der das Urteil als Rechtsmittelkläger anfechten will. Auch hierfür kommt es vielmehr wie bei der Nachsuchung des Armenrechts für den Kläger im ersten Rechtszuge gemäß § 114 nur auf das Unvermögen des Klägers und darauf an, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Abs. 2. 3. Zum Begriffe des Ausländers. KG. 4. 5. 16, OLG. 33, 45. Ausländer ist jeder, der nicht Deutscher im Sinne des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes ist. Daher kein Armenrecht für einen Deutschen, der die preußische Staatsangehörigkeit verloren hat, aber keinem anderen Staate angehört.

4. Armenrecht für Engländer. a) Hamburg 24. 3. 16, DJZ. 16, 1000, HansGZ. 16 Beibl. 155, JW. 16, 767, LeipzZ. 16, 893, OLG. 32, 300, R. 16, 362, hält Bewilligung des Armenrechts an Engländer für Scheidungsprozesse für zulässig. Die im § 114 Abs. 2 geforderte Gegenseitigkeit beruhte bis zum Ausbruche des Krieges nicht auf internationalen Verträgen, sondern auf tatsächlicher, durch Gerichtsgebrauch und die „Rules" gesicherter Übung. Die im Auswärtigen Amte zusammengestellten Ausnahmegesetze gegen deutsche Privatrechte in England, Frankreich und Rußland (Nr. 43) berechtigen nicht zu der Annahme, daß einem Deutschen in England die Rechtsverfolgung in forma pauperis nicht jedenfalls dann gewährt würde, wo es sich nicht um die Verfolgung wirtschaftlicher Ansprüche, sondern um das Begehren der Ehescheidung handelt.

b) In einer Nichtehescheidungssache hat Hamburg 6. 11. 15, DJZ. 16, 350, das Armenrecht einem Engländer entzogen, weil in dem gegenwärtigen Kriegszustande die Gegenseitigkeit nicht mehr verbürgt erscheine.

5. Russisch-Polen. Nürnberg 23. 3. 16, R. 16, 409. Das Armenrechtsgesuch einer in Deutschland wohnenden Polin ist abzuweisen, da die Anwendung des Haager Abkommens einen geregelten zwischenstaatlichen Geschäftsverkehr voraussetzt, an dem es jetzt während des Krieges mit Rußland fehlt.

§ 115.

Ziff. 1. 1. Karlsruhe 30. 3. 16, BadRpr. 16, 71. Die Bewilligung des Armenrechts befreit die arme Partei nicht von der Verpflichtung, dem Gegner diejenigen Gerichtsvorschüsse zu erstatten, die dieser nach dem GKG. zu leisten hatte und geleistet hat. Das ergibt sich zweifelsfrei aus der Vorschrift des § 117 ZPO., wonach die Bewilligung des Armenrechts keinen Einfluß auf die Verpflichtung zur Erstattung der dem Gegner der armen Partei erwachsenen Kosten hat. (Um Kosten, von denen der Gegner nach § 120 einstweilen befreit ist, handelte es sich nicht.)

2. Recht auf kostenfreie Abschriften. Naumburg, NaumburgAK. 16, 24. In Armensachen erlangt die Partei durch die Bewilligung des Armenrechts die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der Gerichtskosten einschließlich der baren Auslagen, mithin auch von den zu diesen gehörigen Schreibgebühren (§ 79 GKG.), und es muß daher die Gerichtsschreiberei den bestellten Offizialanwälten auf deren Verlangen der Regel nach kostenfreie Abschriften aller nach dem ordnungsmäßigen Prozeßbetriebe zur Rechtsverfolgung erforderlichen, bei den Gerichtsakten befindlichen Schriftstücken erteilen.

Ziff. 2. 3. Bedeutung der Worte „soweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist". KG. 9. 10. 15, OLG. 33, 46. (Der zum Armenanwalt erster Instanz bestellte Beschwerdeführer hat erfolglos beantragt, dem Beschlusse die Einschränkung „soweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist" beizufügen. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.) Die Worte „insoweit usw." sollen lediglich bedeuten: „im Anwaltsprozesse" (§ 78 Abs. 1), so daß der § 115 Nr. 3 für den Anwaltsprozeß in seiner Gesamtheit

die Beiordnung eines Anwalts vorschreibt, während sich § 116 über die Möglichkeit der Beiordnung eines Anwalts im Parteiprozesse verhält. (Es wird erörtert, daß auch in den §§ 79, 83, 90 und vor allem § 88 ZPO. die Wendung, die an sich nicht gleichbedeutend sei mit dem Gegensatze von Anwalts- und Parteiprozeß, in diesem Sinne auszulegen sei.) Ist eine solche Auslegung auch nur möglich, so ist sie auch aus inneren Gründen geboten. Das Zerreißen des Prozesses in Anwaltsakte und Parteihandlungen, das Nebeneinanderarbeiten des Anwalts und der Partei, wäre nicht im Interesse der Rechtspflege überhaupt und des dem Armen zu gewährenden wirksamen Rechtsschutzes.

4. Beiordnung eines auswärts wohnenden Stellvertreters (§ 25 Abs. 2 RAO.). LG. Görlitz 11. 8. 16, R. 16, 594. Wenn nur ein Anwalt am Sitze des AG. wohnt, so ist, solange dieser Anwalt infolge seiner Zugehörigkeit zur bewaffneten Macht außerhalb seines Wohnortes, um seiner Militärpflicht zu genügen, sich aufhält, der Fall nicht anders zu behandeln, wie wenn bei dem AG. ein Rechtsanwalt überhaupt nicht zugelassen wäre. Denn der § 36 RAO. ist nur so auszulegen, daß die Auswahl unter den zugelassenen und am Orte des Prozeßgerichts wohnenden oder freiwillig nicht dort wohnenden Anwälten zu erfolgen hat.

5. Fischer, DRAZ. 16, 130, empfiehlt (ähnlich den Krankenkassen der Kreise) für die Amts- bzw. Landgerichtsbezirke die Bildung von Armenrechtskassen, zu denen die Gemeinden entsprechend ihrer Seelenzahl zu Beiträgen herangezogen werden. Die Verteilung der letzteren erfolgt an die Anwälte ebenso wie bei den Armensachen gleichmäßig.

§ 118.

1. Hartmann, Sind die sogenannten Armutszeugnisse für die Gerichte bindend? R. 16, 160. Die Prüfung der Frage, ob die Partei zur Bestreitung der Prozeßkosten außerstande ist, hat das Gesetz ausdrücklich den Verwaltungsbehörden übertragen. Das Gericht hat lediglich die Frage zu prüfen, ob die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung aussichtslos ist. Das Gesetz hat die Zuständigkeiten absichtlich so verteilt, weil die Gerichte für die Beurteilung der Rechtsfrage, die Verwaltungsbehörden für die Beurteilung der Vermögensfrage geeigneter erschienen. — Die Gerichte sind auch gar nicht in der Lage, sich die erforderlichen Unterlagen zu verschaffen. — Die bei den Behörden erwachsenen Armutsattestakten sind den Gerichten in der Regel nicht zugänglich; die letzteren können die Vorlegung der Akten nicht verlangen. Ebensowenig sind sie befugt, den Behörden irgendwelche Anweisungen zu geben und eine Ergänzung der Ermittlungen anzuordnen. Dagegen König, R. 16, 211, der die herrschende Meinung verteidigt, daß dann, wenn die bescheinigten Vermögens- und sonstigen Verhältnisse des Gesuchstellers es zulassen, das Armenrecht in vollem Umfange zu versagen ist. Sie allein entspreche den Bedürfnissen der Rechtsanwendung. Verf. empfiehlt, die Aufgaben der Verwaltungsbehörden darauf zu beschränken, daß sie nur das Vorhandensein der Tatsachen bezeugten, aus denen die Bedürftigkeit zu folgern sei (also Vermögenslage des Gesuchstellers, sein Alter, die Zahl und das Alter seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen usw.), sich aber des jetzt meist zu einer leeren Form gewordenen Schlußzeugnisses enthalten.

2. Zuständigkeit zur Entscheidung über Beschwerden wegen verzögerter oder verweigerter Ausstellung von Armutszeugnissen nach württ. Rechte. Stuttgart 3. 11. 15, WürttJ. 27, 203, WürttZ. 16, 166. Für Württemberg kommt als Rechtsbehelf gegenüber der Verzögerung oder Verweigerung der Ausstellung des Zeugnisses durch den Gemeinderat nur die Anrufung der Dienstaufsicht, die sog. Dienstbeschwerde an die zur Beaufsichtigung der Amtsführung des Gemeinderats berufene Behörde, in Betracht. Im allgemeinen unterstehen nun zwar die Gemeindebehörden der Dienstaufsicht der staatlichen Verwaltungsbehörden, in erster Linie derjenigen der Oberämter. Daneben aber besteht die Dienstaufsicht der Amtsgerichte und der höheren Justizbehörden in Ansehung der mit den Aufgaben der Gerichte zusammenhängenden Tätigkeit der Gemeindebehörden, sei es, daß es sich um die Verwaltung des ihnen zugewiesenen Teiles der Gerichtsbarkeit, sei es, daß

es sich um Obliegenheiten handelt, die zu dem Geschäftskreise der Gerichte sonstwie in Beziehung stehen. — Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die Ausstellung der Armutszeugnisse zu den den gerichtlichen Geschäftskreis berührenden Obliegenheiten der dazu berechtigten und verpflichteten Behörden gehört und daß daher in Württemberg für die Beschwerde wegen verzögerter oder verweigerter Ausstellung solcher Zeugnisse durch die Gemeinderäte nicht die Oberämter, sondern die Amtsgerichte zuständig sind.

3. Lindner, BayRpflZ. 16, 90, empfiehlt, es in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts zu stellen, unter besonderen Umständen von der Vorlegung des Zeugnisses abzusehen, wenn nach der Sachlage es dem Gerichte selber möglich ist, das Vorhandensein der sonst durch das Zeugnis nachzuweisenden Voraussetzungen für die Gewährung des Armenrechts zu bejahen.

§ 121.

Haftung des Armenanwalts für den Vollmachtstempel bei nachträglicher Entziehung des Armenrechts bejaht LG. Breslau 31. 1. 16, BreslauAK. 16, 32. Die vom LG. ausgesprochene Verweigerung des Armenrechts ist gleichzeitig als Entziehung des vom AG. bewilligten Armenrechts zu werten. Damit fallen aber rückwirkend die Begünstigungen des § 115 ZPO., also auch die Befreiung von der Stempelsteuer für die Prozeßvollmacht fort. Aufgehoben durch Verfügung des Landgerichtspräsidenten im Aufsichtswege (§§ 30, 31 Nr. 2, 118 PrGKG., § 9 Nr. 1 b AllgVf. v. 28. 7. 10, JMBl. 299). Nach § 13 I LStG. haftet der Vorzeiger einer mit dem gesetzlichen Stempel nicht oder nicht ausreichend versehenen Urkunde für den fehlenden Stempelbetrag. Voraussetzung ist daher, daß die Urkunde zu der in Frage kommenden Zeit stempelpflichtig war. Danach kann für einen Stempel nicht in Anspruch genommen werden der Rechtsanwalt, welcher die ihm erteilte Prozeßvollmacht dem Gericht überreicht, sofern die von ihm vertretene Partei nach § 115 Nr. 1 oder § 120 ZPO. von der Entrichtung des Vollmachtstempels einstweilen befreit ist (KGJ. 10, 150). Allerdings würde er, da diese Befreiung mit der Entziehung des Armenrechts erlischt, für die Stempelsteuer haften, wenn er die während der Dauer der einstweiligen Befreiung ausgestellte Vollmacht nach Entziehung des Armenrechts innehat oder vorlegt (KGJ. 16, 264).

§ 124.

1. Colmar 21. 4. 15, ElsLothJZ. 16, 248. Der für die erste Instanz bestellte Armenanwalt ist nicht berechtigt, die Gebühr für den Verkehr mit dem Rechtsanwalte zweiter Instanz auf Grund § 124 ZPO. aus eigenem Rechte einzufordern.

2. Rückforderung nach Zahlung der Kosten. LG. Berlin I 26. 1. 15, KGBl. 16, 25. (Der Beklagte hatte die Kosten, deren Zurückzahlung die Klägerin von ihm verlangte, nicht, wozu er als bestellter Armenanwalt berechtigt gewesen wäre, gemäß § 124 ZPO. für sich festsetzen lassen, sondern ihre Festsetzung war in der gewöhnlichen Weise für die Partei erfolgt. Die Klage wurde zurückgewiesen.) Das Rückforderungsrecht besteht nicht dem Beklagten, sondern der armen Partei gegenüber, an die die Zahlung seinerzeit zu Händen des Beklagten erfolgt war. Auch auf die Pfändung und Überweisung des angeblichen Anspruchs der armen Partei gegen ihren Anwalt auf Herauszahlung konnte die Klage nicht gestützt werden. „Die Bewilligung des Armenrechts hat nicht die Bedeutung, daß die arme Partei überhaupt keine Kosten zu zahlen braucht, sondern die Kosten sind ihr nur vorläufig gestundet. Zahlt sie dennoch die Kosten, so begleicht sie damit ihre Schuld."

3. Ein Vergleich, den eine arme Partei im zweiten Rechtsgang über die Prozeßkosten schließt, ist gegen ihren erstinstanzlichen Armenanwalt wirksam. Jena 4. 6. 15, ThürBl. 62, 292. Die Fassung des § 124 deutet nicht auf einen gesetzlichen Rechtsübergang, sondern auf den Erwerb eines abhängigen Rechtes, da der Armenanwalt nur das Recht der Beitreibung erhält. Auch dem Zwecke des § 124, der S[illegible] des Armenanwalts, steht am nächsten die Annahme eines gesetzlichen Pfandrechts am Ersatzanspruche der armen Partei. Doch kann die Sicherung nicht so weit gehen, daß der Anwalt eine bessere Rechtslage erhielte als die arme Partei selbst. Daher kann er ein unbedingtes

Recht nicht schon mit dem Erlasse, sondern erst mit der Rechtskraft des Urteils erwerben, denn auch der Kostenanspruch der armen Partei ist vorher nur bedingt. Daher behält die arme Partei die Verfügungsmacht über den Kostenanspruch und kann sich darüber bis zur Rechtskraft mit Wirkung gegen den Armenanwalt vergleichen. Vgl. JDR. 13, I—III, JDR. 14.

§ 127.

Kein Beschwerderecht des Armenanwalts. Hamm 30. 6. 16, OLG. 33, 49. Das Beschwerderecht im Gebiete des Armenrechts ist durch § 127 erschöpfend geregelt. Danach ist es nur der armen Partei eingeräumt, der Gegenpartei und auch dem Armenanwalt versagt.

Dritter Abschnitt. Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung.

Schrifttum: Josef, Gesetzwidrige Einziehung von Abgaben in ihrer Einwirkung auf Zulässigkeit des Rechtsweges, sowie Aufrechnung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Forderungen gegeneinander, VerwA. 24, 324. — Hartung, Der richterliche Eid (1916). — Hegler, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozesse, Rechtsgang I, 192, 385; II, 267. — Heidecker, Zur Anfechtung eines die Zulassung eines Prozeßbevollmächtigten abweisenden Beschlusses, GewuKfmG. 21, 87. — Levin, Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Anwaltszwanges 145 ff. (Das Vertretungsmonopol der Anwälte) und GruchotsBeitr. 60, 28 (Die Frage der gewerbsmäßigen Laienvertretung). — Oertmann, Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrechte, 1916.

Hegler 192 gibt einen ausgezeichneten, zusammenfassenden Bericht über den gegenwärtigen Stand der Lehre von der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozesse. Von besonderem Werte ist der Nachweis der verschiedenen Bedeutung, in dem die Begriffe sowohl mit Bezug auf das Parteivorbringen wie auf die Beweiserhebung gebraucht werden (196, 216). (Mündlichkeit als Grundsatz der Formgestaltung des Parteivorbringens; Mündlichkeit als Grundsatz der Möglichkeit des Parteivorbringens, der obligatorischen mündlichen Verhandlung. — Unmittelbarkeit als Grundsatz der Formgestaltung für die Beweiserhebung; Unmittelbarkeit als Grundsatz des bestmöglichen Beweismittels, Verwertbarkeit unmittelbarer Erkenntnisquellen? Benutzbarkeit bereits vorliegender schriftlicher, berichtender Erklärungen?) Hegler betont scharf, daß neben der Mündlichkeit die Unmittelbarkeit als selbständiger Grundsatz aufzufassen ist, daß es sich bei der Frage der Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit um das Hindurchgehen des Parteivorbringens durch einen „Zwischenrichter" handelt. „Nur Verwirrung kann es stiften, wenn man von Mittelbarkeit auch und überall da reden will, wo schriftlicher Ausdruck des Parteivorbringens vorliegt — gerade das Wesentliche, das Hindurchgehen durch die Subjektivität eines Zwischenrichters, fehlt hier, wenn die schriftliche Äußerung unmittelbar an das entscheidende Gericht geht. — Umgekehrt ist Mündlichkeit des Parteivorbringens wohl vereinbar mit Mittelbarkeit desselben (mündlich gegenüber der Mittelsperson)" (213). Vgl. auch vor § 355 ZPO. und zu § 398 ZPO.

§ 137.

Über den Begriff der streitigen Verhandlung. WürttZ. 16, 175. § 19 GKG. sagt nur, die Verhandlung gelte als kontradiktorisch, soweit widersprechende Anträge gestellt werden. Voraussetzung ist, daß eine Verhandlung überhaupt stattgefunden hat. — Nach der ZPO. ist in dem Verlesen der Anträge jedenfalls für die Regel kein „Verhandeln" zu sehen. Wenn eine Partei nach Stellung der Anträge sich entfernt, so kann ein Versäumnisurteil gegen sie ergehen.

Vorbemerkung zu §§ 139—144.

Hartung, Die richterlichen Initiativrechte bei der Stoffsammlung im Gegensatze zu den richterlichen Offizialrechten (129). Die Herbeischaffung des Beweisstoffs ist grundsätzlich Sache der Parteien. Nur in einzelnen besonders hervorgehobenen Fällen kann das Gericht, losgelöst von jeder Beschränkung, Beweisstoff sammeln. Zwischen diesen beiden Gruppen, den reinen Parteirechten und den unumschränkten Amtsrechten, steht eine dritte

Gruppe, nämlich die der Initiativrechte. Dies sind richterliche Rechte auf dem Gebiete der Stoffsammlung, die an dem entgegengesetzten, ausdrücklichen und übereinstimmenden Parteiwillen ihre Schranke finden. (Freies Forschungsrecht des Gerichts in den §§ 3, 287, 622, 653, 968, 970 ZPO. Dagegen greifen die §§ 139, 141—144, in denen die Worte „von Amts wegen" fehlen, in die Dispositionsrechte der Parteien nicht ein, so schon nach den Motiven. — Folge z. B.: Gegen den ausdrücklichen und übereinstimmenden Willen beider Parteien kann das Gericht die Maßnahme des § 144 nicht treffen.)

§ 139.

1. Keine Ausforschungspflicht. a) **RG.** 18. 5. 15, LeipzZ. 16, 148. Bei der Allgemeinheit des unter Beweis gestellten Vorbringens durfte das OLG. davon ausgehen, daß der Kläger sich mit Hilfe der Bücher erst die Unterlagen dafür verschaffen wollte. Es hatte daher keinen Anlaß, den Kläger durch Ausübung des Fragerechts zu weiteren Angaben aufzufordern.

b) **RG.** 26. 2. 16, LeipzZ. 16, 596. Keine Verpflichtung des Gerichts, eine behauptungs- und beweispflichtige Partei, die ihre Stellung im Rechtsstreite nach dieser Richtung verkennt, zu veranlassen, die nötigen Behauptungen aufzustellen und mit Beweis zu belegen.

2. Vorbehalt weiterer Ausführungen. **RG.** 16. 2. 15, LeipzZ. 16, 171. Aus dem Vorbehalte weiterer Ausführungen der Klägerin durfte der Berufungsrichter entnehmen, daß sie sich der Unvollständigkeit ihres Vorbringens bewußt war, und deshalb lag für ihn kein Anlaß vor, den Vertreter der Klägerin nochmals ausdrücklich darauf hinzuweisen.

3. Stellung neuer Anträge. a) **RG.** 12. 10. 15, BayRpflZ. 16, 10. Aufgabe des Gerichts nach § 139 ist es, eine Klarstellung unklarer und eine Ergänzung unvollständiger Anträge herbeizuführen, nicht neue Anträge zu veranlassen, wenn der gestellte Antrag klar ist und unbedingt und in vollem Umfang aufrechterhalten wird. (Geklagt war auf Rechnungslegung, begründet nur der Antrag auf Auskunftserteilung.) — Ebenso KG. 9. 5. 16, OLG. 33, 50. Geklagt war auf Unzulässigkeitserklärung einer gepfändeten Hypothek, der Antrag nach erfolgter Versteigerung des Grundstücks nicht geändert, obwohl der Beklagte beantragt hatte, die Hauptsache für erledigt zu erklären.

b) **RG.** 7. 1. 16, R. 16 Nr. 712. Der Kläger hatte die Erhebung des vorbehaltenen Beweises noch ausdrücklich beantragt. Es beschwerte ihn also der Erlaß des ihm ungünstigen Urteils ohne Befragung darüber, ob er bei Nichterhebung des vorbehaltenen Beweises neue Beweisanträge zu stellen habe.

4. Grund der Frage. **RG.** 17. 1. 16, GruchotsBeitr. 60, 875, R. 16 Nr. 838. Daß das Gericht den Grund seiner Frage mitteilt, wird regelmäßig schon deswegen nicht erforderlich sein, weil er sich meist aus dem Zusammenhange der Frage mit den Parteibehauptungen oder sonstigen in der Verhandlung hervorgetretenen Umständen von selbst ergibt. Anders steht es, wenn über den Grund der Frage bei den Parteien Unklarheit herrschen und zugleich diese Unsicherheit auf die richtige Beantwortung der Frage Einfluß haben kann, was dann leicht eintreten wird, wenn das Gericht die Tatsache, nach der gefragt wird, unter einem von den Parteien nicht gewürdigten oder vielleicht in der Rechtsprechung noch nicht allgemein durchgedrungenen rechtlichen Gesichtspunkte verwerten will. ➳ Die Entscheidung ist zu begrüßen. Vgl. auch Levin, Richterliche Prozeßleitung 123/124. ⟵ Ebenso **RG.** 3. 5. 16, GruchotsBeitr. 60, 994, wo bei Ausübung des Fragerechts das sie veranlassende Bedenken nicht erkennbar war. (Die Frage, welchen Beweis der Käufer für das Bestehen der Wegegerechtigkeit antreten wolle, hat der Anwalt nur auf die Beweismittel bezogen, während das Gericht die Erwerbstatsachen meinte.)

§ 141.

Hamm 28. 10. 14, OLG. 33, 38. Das Anordnungsrecht ist für eine Verhandlung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter nicht gegeben, kann aus den Sondervorschriften der §§ 296, 619 nicht gefolgert werden und ist auch, wie die Entstehung des § 141 ergibt, nicht gewollt worden (GruchotsBeitr. 53, 1098).

§ 144.

Wann ist § 144 verletzt? **RG.** 19. 9. 16, BankA. 16, 56, R. 16 Nr. 1927. Eine Verletzung des § 144 kommt nur dann in Frage, wenn das Berufungsgericht sich der in dieser Vorschrift ihm verliehenen Befugnis nicht bewußt gewesen ist. Das ist nicht der Fall, wenn das Berufungsgericht seine Befugnis erwogen, jedoch erklärt hat, daß es keine Veranlassung habe, von ihr Gebrauch zu machen.

§ 145.

I. Grundsätzliches über die Verweisung der Aufrechnung zur Sonderverhandlung. Oertmann 171—186 (vgl. auch zu § 81 ZPO.). 1. Die Geltendmachung einer Aufrechnung liegt auch dann vor, wenn der Beklagte sich auf eine früher bezogene privatrechtliche Aufrechnungserklärung beruft. 2. Der rechtliche Zusammenhang wird durch Identität des begründenden Verhältnisses oder rechtliche Abhängigkeit des einen der beiden Verhältnisse vom anderen hergestellt. (Im Anschluß an **RG.** 2. 1. 04, SeuffBl. 69, 92.) Mit dem bloßen Hinweis auf Treu und Glauben oder die Verkehrssitte läßt sich ein auch nur annähernd sicheres Ergebnis nicht gewinnen. 3. Statthaft ist nach Trennung der Verhandlungen im Hauptverfahren bei Säumnis des Beklagten ein Versäumnisurteil unter Vorbehalt. Im Aufrechnungsverfahren ergeht bei Säumnis einer Partei ein Versäumniszwischenurteil. Dies gilt auch von der Säumnis des Klägers. Der Kläger, der in bezug auf die Verhandlung über die Klageforderung nicht säumig ist, kann ihretwegen nicht nach § 331 behandelt werden.

II. Anhang. Über das Wesen der prozessualen Aufrechnung im allgemeinen. Oertmann Kap. I, 1—49. Er vertritt die sogenannte gemischte Theorie. Die Prozeßaufrechnung ist ein rein prozessualer Tatbestand, aber es schließen sich daran zugleich die privatrechtlichen Wirkungen der gewöhnlichen Aufrechnung. Ein rein prozessualer Tatbestand kann in seinen eigenen Gültigkeitsbedingungen auch nur nach den Regeln des Prozeßrechts beurteilt werden. Auch das muß sich nach Prozeßrecht richten, in welchem Sinne die Geltendmachung der Aufrechnung als Prozeßakt gemeint sei. — Die Aufrechnungserklärung bleibt in der Schwebe, bis das Schicksal des Prozesses endgültig entschieden ist. (Eindringende und erschöpfende Erörterung aller weiteren Fragen der prozessualen Aufrechnung in Kapitel II—IX: Kap. II. Die Personen bei der Pr. 50—63. Kap. III. Die sachlichen Voraussetzungen (die verwendbaren Forderungen) 64—89. Kap. IV. Der Zeitpunkt der Pr. 90—113. Kap. V. Die Arten der Geltendmachung 114—137. Kap. VI. Die Wirkungen der Pr. 138—170. Kap. VII. Die Entscheidung über das Aufrechnungsvorbringen 171—212. Vgl. auch zu § 302 ZPO. Kap. VIII. Die Rechtskraft der Entscheidung 213—264. Kap. IX. Die Eventualaufrechnung 265—301. Vgl. auch zu § 322 ZPO.)

§ 147.

KG. 10. 7. 16, OLG. 33, 76. Unzulässig ist die gleichzeitige Verhandlung einer Sache im Urkundenprozeß und im ordentlichen Verfahren, da § 147 voraussetzt, daß beide Verfahren in derselben Prozeßart anhängig sind. (Gegen A. war Versäumnisurteil, gegen B. Vorbehaltsurteil ergangen. A. legte Einspruch ein, B. lud im ordentlichen Verfahren; auf Grund einer Verhandlung wurde unter Aufhebung beider Urteile die Klage abgewiesen.)

§ 148.

1. Aussetzung in Gebrauchsmusterstreitigkeiten. Karlsruhe 25. 11. 15, BadRpr. 16, 38. Beim LG. K. war die Unterlassungsklage wegen Gebrauchsmusterverletzung erhoben. Die Beklagte strengte die Löschungsklage beim LG. B. an. OLG. mißbilligt im Gegensatze zum LG. K. die Aussetzung. Die Beklagte konnte die Rechtsgültigkeit bestreiten und die Widerklage auf Löschung erheben. Dadurch, daß sie einen besonderen Löschungsprozeß in B. anhängig machte, hat sie die Gefahr einer Verzögerung herbeigeführt. Eine solche Verzögerung muß bei der Kürze des Gebrauchsmusterschutzes tunlichst vermieden

werden (zumal es sich um einen für die Zwecke des gegenwärtigen Krieges besonders bestimmten Gegenstand handelte — Membranpumpe, besonders benutzbar im Schützengraben).

2. Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft. Riezler, IheringsJ. 66, 432. Steht das Gericht im Prozeß über die Pflicht zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft vor der Frage, ob die Ehe eine bigamische ist, so hat es nach § 151 ZPO. auf Antrag das Verfahren auszusetzen und, falls die Nichtigkeitsklage noch nicht erhoben ist, eine Frist zur Erhebung der Klage zu bestimmen. Einen solchen Antrag wird der Anwalt der Partei, welche die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigern will, pflichtgemäß stellen müssen; denn wenn der Antrag unterbleibt (und auch kein Fall des § 148 ZPO. vorliegt), so muß das Gericht den Rechtsbestand der Ehe annehmen.

3. Urkundenprozeß. Colmar 28.12.14, ElsLothJZ. 16, 19. Wie das Mahnverfahren ausgehen wird, ist keine Vorbedingung dafür, ob das Vorbehaltsurteil richtig erlassen wurde.

4. Aussetzung, wenn die Aufrechnungsforderung der Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde oder eines Verwaltungsgerichts untersteht. Josef 326 verteidigt gegen Hartmann, LeipzZ. 15, 1298, seine bereits VerwA. 22, 369 aufgestellte Ansicht, daß es zwar grundsätzlich zulässig sei, gegen eine privatrechtliche Forderung mit einer öffentlich-rechtlichen aufzurechnen (Fall **RG.** 77, 411, von dem die Erörterung ausgegangen, vgl. auch Hartmann, DJZ. 12, 1519, JDR. 14 Nr. 3), daß aber das ordentliche Gericht (nach preuß. R.) auch nicht inzidenter über Gemeindesteuerfragen entscheiden dürfe, sondern verpflichtet sei, gemäß § 148 ZPO. die Entscheidung über den privatrechtlichen Anspruch des Klägers auszusetzen bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichts über die bestrittene Abgabenpflicht des Beklagten. Der Streit über die Verbindlichkeit zur Entrichtung allgemeiner öffentlicher Abgaben gehöre ausschließlich vor die Verwaltungsgerichte. Er könne folglich auch nicht dadurch zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gebracht werden, daß in einem vor diese gehörenden Rechtsstreit eine Steuerforderung zur Aufrechnung gestellt werde; denn die Zuweisung öffentlich-rechtlicher Ansprüche beruhe auf Gründen öffentlichen Interesses, und durch die Zulassung zur Aufrechnung würden jene Ansprüche dem Willen des Gesetzes zuwider der Entscheidung durch das ordentliche Gericht unterbreitet. Josef bekämpft ferner den Standpunkt RG. a. a. O. und 80, 372, wonach das ordentliche Gericht zwar nach seinem Ermessen berechtigt sei, den Rechtsstreit bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen oder selbständig über die Abgabenpflicht zu entscheiden, die Entscheidung der ordentlichen Gerichte aber nicht bindend sei, vielmehr die endgültige Entscheidung über das Bestehen der Steuerschuld immer gemäß §§ 69, 70 G. v. 14. 7. 93 den Verwaltungsgerichten verbleibe. Es könne nicht die Absicht des Gesetzes sein, daß die Richtigkeit der Entscheidung der ordentlichen Gerichte einer Nachprüfung des Verwaltungsgerichts unterliegen solle. § 148 ZPO. habe mit der Frage, ob nicht unter gewissen Voraussetzungen die Aussetzung geboten sei, nichts zu tun.

Vgl. hierzu a) Helms, GewuKfmG. 22, 48. Aus § 148 läßt sich nur die Möglichkeit, nicht die Notwendigkeit der Aussetzung herleiten (**RG.** 77, 142; 80, 372). Die einzig sachgemäße Lösung ist die, streitige Gegenforderungen, für welche die erkennende Instanz nicht sachlich zuständig ist, vom Verfahren auszuschließen. Die Entscheidung ergeht dann unbeschadet der Gegenforderung, also sachlich als Vorbehaltsurteil, wenn es auch formell und äußerlich kein solches ist, da § 302 ZPO. ein Nachverfahren vor denselben Gerichtsbehörden voraussetzt, während hier für die Gegenforderung ein anderes Verfahren vor anderen Behörden erforderlich ist. Vgl. RekEntsch. 2883, Amtl. Nachr. d. RVA. 16, 506.

b) Hartmann, LeipzZ. 16, 1536. Das im materiellen Rechte begründete Kompensationsrecht kann durch die Unzuständigkeit des Prozeßgerichts nicht ausgeschlossen werden. Rechtskräftig können, wie in Rechtslehre und Rechtsprechung fast einmütig anerkannt ist, die Gerichte über eine Gegenforderung nur dann entscheiden, wenn sie dem Gebiete der Gerichtsbarkeit im e. S. angehört, da ihm anderenfalls die Entscheidungsfähigkeit mangelt.

c) Oertmann 70. Die Gerichte müssen den Vorschriften des BGB. so lange unbedingt Folge leisten, als sich nicht aus anderen maßgebenden Vorschriften ihre Zurück-

drängung ergibt. Mangels solcher kann der bloße Umstand, daß für die Gegenforderung der Rechtsweg nicht offenstände, ihre Nichtberücksichtigung als bloßen Zwischenpunkt nicht rechtfertigen. — Nach §§ 148, 149 ZPO. begründet die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde für das Prozeßgericht nur ein „Kann", nicht ein „Muß" der Aussetzung.

d) Frankfurt 19. 6. 16, FrankfRundsch. 50, 71, OLG. 33, 172. Wenn, wie im Falle des § 7 KommunalbeamtenG., die Entscheidung der Verwaltungsbehörde lediglich eine gesetzliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtswegs bildet, so liegt ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 148 überhaupt nicht vor, so daß hier nicht ausgesetzt werden kann, sondern die Abweisung der Klage erfolgen muß.

5. Anhang. Über die Voraussetzungen für die Aussetzung des Verfahrens nach § 901 RVO. **RG.** 20. 1. 16, BayRpflZ. 16, 177, JW. 16, 496, PosMSchr. 16, 41, R. 16 Nr. 1637. Es wurde anerkannt, daß dann, wenn es nach Lage des Falles als völlig ausgeschlossen anzusehen ist, daß ein Betriebsunfall und somit die Anwendung des § 898 RVO. in Frage kommen kann, sei es z. B. daß der Kläger gar nicht zu den versicherungspflichtigen Personen (§ 544 RVO.) oder der Beklagte nicht zu den Unternehmern eines versicherten Betriebs (§§ 623, 633 RVO.) gehört, eine Aussetzung des Verfahrens auf Grund des § 901 nicht geboten ist. Auch mag in solchen Fällen, in denen die ordentlichen Gerichte sich der ständigen Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts über die Frage, ob im gegebenen Falle ein Betriebsunfall vorliegt, ohne jede Einschränkung anschließen, von einer Aussetzung des Verfahrens auf Grund des § 901 abgesehen werden können. (Dies erachtet Stier-Somlo, JW. 16, 496, für bedenklich, da die Erfahrung gelehrt habe, daß auch die ständige Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts sich ändern könne.) — Im gegebenen Falle wurde die Aussetzung für notwendig erachtet, da der Unfall einem in einer von der Beklagten angelegten Arbeiterkolonie wohnenden Arbeiter auf dem Wege von dieser Kolonie zur Betriebsstätte zugestoßen war, weil ferner der Ablauf der in § 72 GewUVG., §§ 1546, 1547 RVO. vorgeschriebenen Frist streitig war und hierüber die Versicherungsinstanzen zu entscheiden hatten. Vgl. hierzu

a) Stuttgart 9. 12. 14, WürttJ. 27, 286 u. **RG.** 7. 2. 16, LeipzZ. 16, 1313.

b) Schmid, Zivilrechtlicher Inhalt der RVO., AZivPr. 114, 288 u. 312.

c) Ferner zu § 405 RVO. Schmid a. a. O. 326.

§ 149.

GG. Mannheim 3. 11. 14, GewuKfmG. 21, 276. Im Falle der Aussetzung ohne bereits schwebendes Verfahren ist die die strafbare Handlung geltend machende Partei zugleich verpflichtet, die Strafanzeige zu erstatten, wenn das Gericht es nicht vorzieht, seinerseits die Akten der Staatsanwaltschaft herüberzugeben. (Die nachträgliche Weigerung der Beklagten wurde im gegebenen Falle für unberechtigt erachtet, ihr Antrag, Zeugen zu stellen, bis zur Erledigung des Strafverfahrens für unzulässig erklärt und ausgesprochen, daß die Weigerung der festgestellten Pflicht zur Erstattung der Anzeige der Nichtantretung des Beweises für die aufgestellte Behauptung gleichkommt.)

§ 156.

RG. 19. 4. 16, R. 16 Nr. 1563, WarnE. 16, 234. Abgesehen von den Erfordernissen des § 139 ist die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung völlig in das Ermessen des Gerichts gestellt, dessen Ausübung in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfen ist. Die Entschließung des Gerichts hierüber bedarf keiner Begründung, keiner Protokollierung und ist als Grundlage für einen Revisionsangriff gegen das Urteil nicht geeignet. Diese Grundsätze stehen in der Rechtsprechung des RG. fest (**RG.** 16, 417, JW. 93, 126; 98, 503; 02, 543; 04, 119; 08, 202), und zwar auch für Ehesachen (GruchotsBeitr. 39, 1130).

§ 157.

1. Anfechtung des Zurückweisungsbeschlusses. Heidecker, GewuKfmG. 21, 87, wendet sich gegen LG. Stettin 4. 12. 14, GewuKfmG. 20, 254 (JDR. 14, 2), wo die Anfechtung eines die Zulassung eines Prozeßbevollmächtigten abweisenden Beschlusses unter

Bezugnahme auf § 26 GewGG., §§ 495, 157 ZPO. für unzulässig erklärt wird, weil § 31 GewGG. den § 157 nicht vollständig ersetze, sondern nur eine Änderung des § 157 bezwecke, indem an Stelle des freien Ermessens eine zwingende Gesetzesvorschrift gesetzt werde. § 157 gibt dem Gerichte die Befugnis, Störungen der Gerichtstätigkeit, mögen sie verschuldet oder nicht verschuldet sein, zu beseitigen, er ist prozeßpolizeilicher Natur. Voraussetzung ist dabei, daß Störungen der Gerichtstätigkeit vorliegen (§ 157 Abs. 2) oder zu erwarten stehen (Abs. 1). — § 31 enthält eine Eigenart des gewerbe- und kaufmannsgerichtlichen Verfahrens, er will den unmittelbaren Verkehr zwischen Gericht und Parteien fördern. Er ist eine reine, zwingende Verfahrensvorschrift ohne weitere Voraussetzung, ohne das Erfordernis der Störung der Gerichtstätigkeit. § 31 bezweckt nicht eine teilweise Abänderung des § 157, sondern ist etwas völlig anderes. Die Beschwerde richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften, sie ist nach § 567 zulässig. ➠ Die Auffassung, daß § 157 Abs. 1 ZPO. lediglich eine Vorschrift prozeßpolizeilicher Natur enthalte und seine Begrenzung durch Abs. 2 erhalte, wird dem Gesetze nicht gerecht. Die Absicht des Gesetzgebers geht viel weiter, nämlich auf möglichste Unterbindung der Winkeladvokatur. Vgl. hierzu Levin, Richterliche Prozeßleitung 164 ff. und JW. 12, 778, sowie die zu 4 angeführten Schriften. Das Verhältnis zwischen § 31 GewGG. und § 157 Abs. 1 ZPO. ist vom LG. Stettin a. a. O. zutreffend festgestellt. ⇜

2. Gebührenfragen. AG. Stolzenau 8. 10. 15, DRAZ. 16, 76. Es wird zunächst ausgeführt, dem Prozeßagenten X. seien bei seiner Zulassung bis zur Wertstufe von 300 M. die vollen Gebühren (der Rechtsanwälte) festgesetzt worden, um ihm eine auskömmliche Existenz zu verschaffen, damit er nicht auf Nebenverdienste, die erfahrungsgemäß anderorts zu den allergrößten Unzuträglichkeiten führten, angewiesen sei. Ferner wurden 8,45 M. nachgewiesene Auslagen bewilligt, obwohl die Pauschgebühr des Rechtsanwalts nur 6 M. betragen würde. Daß der Prozeßagent hier mal mehr erhält als den Pauschsatz, erscheint nicht unbillig, denn ein Anwalt erhält bei der kleinsten Sache mindestens 4 M., X. evtl. aber nur 20—60 Pf. ➠ Die Begründung verkennt die gerichtsverfassungsmäßige Stellung des Anwalts und die für die Bemessung seiner Gebühren maßgebenden Gesichtspunkte. ⇜

3. Verwaltungsvorschriften. OVG. 4. 3. 15, JW. 16, 1425. Die Vorschriften des Handelsministers — für den Gewerbebetrieb der Personen, die fremde Rechtsangelegenheiten besorgen, v. 28. 11. 01/4. 12. 06 — finden auch auf juristische Personen und Gesellschaften Anwendung, insbesondere auch auf Gesellschaften, die nach dem HGB. oder besonderen Gesetzen, z. B. dem GmbHG. zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet sind.

4. Gesetzesvorschläge. Levin, Rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Anwaltszwanges 145 ff., und GruchotsBeitr. 60, 28. Der Gesetzgeber hat bei einer künftigen Neugestaltung des bürgerlichen Rechtsstreits zu beachten, daß zu jeder Einschränkung des Anwaltszwanges, wie zu jeder Neuordnung des Verfahrens, die einen unmittelbaren schriftlichen Verkehr mit dem Gericht ermöglicht, das notwendige Gegengewicht in Maßregeln liegt, die eine wirksame Bekämpfung des Rechtskonsulententums ermöglichen. Empfohlen wird (nach Darstellung des ausländischen Rechtszustandes) der Grundsatz des § 29 Abs. 2 ÖstPrO. v. 1. 8. 15, wonach Winkelschreiber zur Verhandlung oder zu anderen Prozeßhandlungen nicht zugelassen werden dürfen, sowie Strafbestimmungen im Sinne des § 265 des österr. Entw. zum StGB. und die Pflicht zur Zurückweisung von Eingaben, die offenbar von Winkelschreibern herrühren.

§ 160.

Nr. 1. 1. Über Kostenersparnis bei gütlicher Beilegung des Prozesses GesuR. 17, 157.

2. Colmar 12. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 321. Die Vergleichsgebühr ist nicht geschuldet, wenn die Rechtsanwälte lediglich die von den Parteien selbst gemachten Vergleichsvorschläge übermitteln.

3. **RG.** 26. 11. 15, R. 16 Nr. 438, vgl. oben Ziff. 1 zu § 761 BGB.

Zweiter Titel. Zustellungen.

Schrifttum: Kaufmann, Justizverwaltung und Zustellung in Belgien, JW. 16, 1180. — Levin, Kriegszustellungen, DJZ. 16, 402. — Meszlény, Einheitlicher Rechtshilfe- und Vollstreckungsvertrag zwischen Deutschland und Österreich-Ungarn, DJZ. 16, 715. — Proskauer, Ladung und Zustellung an Kriegs- und Zivilgefangene, JW. 16, 1395. — Thiesing, Der Rechtsverkehr zwischen Inland und Besetzungsgebiet, BankA. 16, 318.

I. Zustellungen auf Betreiben der Parteien.

§ 166.

1. Zustellung und „Eröffnung". München 21. 6. 16, BayRpflZ. 16, 330, OLG. 33, 50. Die im Militärhinterbliebenengesetze geforderte „Zustellung" ist ein engerer Begriff als „Eröffnung" und „Bekanntmachung", er bedeutet beurkundete Behändigung eines Schriftstücks (§§ 170, 190), während „Eröffnung" und „Bekanntmachung" auch mündlich, allenfalls gegen unterschriftliche Bestätigung der mündlichen Mitteilung, geschehen kann.

2. Über die von einem Rechtsanwalte bei Prüfung und Zustellung eines Urteils zu beobachtende Sorgfalt Kiel 16. 3. 16, SchlHolstAnz. 16, 82.

§ 170.

Rostock 3. 11. 15, OLG. 33, 51. Findet die Beglaubigung durch einen Anwalt statt, so genügt nicht, daß sich darunter die Angabe „der Rechtsanwalt" befindet, es ist Namensunterschrift erforderlich.

§ 172.

I. Schließt § 172 die persönliche Zustellung und die Ersatzzustellung aus? 1. Für die Zulässigkeit Levin 402, der ausführt, man habe lediglich die Zustellung innerhalb der Kaserne erleichtern und deshalb den Vorgesetzten zum Zustellungsbevollmächtigten bestellen wollen. Es wird vorgeschlagen, die Ersatzzustellungen der §§ 181 Abs. 1 u. 183, nicht §§ 181 Abs. 2, 182 für zulässig zu erklären, auch im Bereiche des § 201 ZPO., ferner die Ausdehnung des § 187 auf alle zuzustellenden Schriftstücke.

2. Gegen die Zulässigkeit: a) Goldschmit II, JW. 16, 610. Die Vorschrift sei nicht nur im Interesse der militärischen Ordnung erlassen, sondern auch aus der Erwägung, eine gewisse Garantie dafür zu geben, daß die für diese Militärpersonen bestimmten Zustellungen sie auch auf dem dienstlichen Wege erreichen; dieser Schutz würde durch die Zulassung einer beliebigen Ersatzzustellung vereitelt. Der Wortlaut spreche nicht dagegen. Die ZPO. verlange auch in anderen Fällen nicht das Wort „müssen" für zwingende Vorschriften. Zwischen § 172 und § 173 bestehe kein sachlicher Zusammenhang.

b) Keidel, LeipzZ. 16, 292. Wenn von Seuffert, Freudenthal und KG., OLG. 14, 394, dem § 172 die zwingende Natur abgesprochen wird, weil die Zustellungsform nicht mit den Worten „muß" vorgeschrieben ist, so kann entgegengehalten werden, daß auch das kategorische „erfolgt" im Gegensatze zu „kann erfolgen" (z. B. §§ 180, 181) eine zwingende Anordnung ausdrückt, wo sich nicht aus dem sonstigen Inhalte der Vorschrift, wie im § 173, das Gegenteil ergibt.

c) Für die Ungültigkeit der persönlichen Zustellung auch LG. Kiel 13. 1. 16, SchlHolst. Anz. 16, 32. Der Fall liege ähnlich wie bei Zustellungen im anhängigen Rechtsstreite, wenn die Partei einen Prozeßbevollmächtigten bestellt habe, nach § 176. Auch die Fassung der Bek. v. 22. 12. 15 spreche dafür. Ebenso Bamberg 12. 1. 16, JW. 16, 610, und LG. Breslau 9. 11. 15, JW. 16, 14.

d) München 1. 10. 15 über die Zulässigkeit der Ersatzzustellung in der Kompagniestube JDR. 14, I auch SeuffA. 71, 76.

II. Schließt § 172 insbesondere die Zustellung an einen Generalbevollmächtigten aus? Harder, JW. 16, 108, bekämpft LG. I Berlin 17. 9. 15, LeipzZ. 15, 1686 (JDR. 14, III), wonach die Zustellung an den Generalbevollmächtigten eines Heeresangehörigen (Unteroffiziere und Mannschaften) unwirksam sein soll, weil der Kompagniechef Einblick erhalten soll in die außerdienstlichen Verhältnisse seiner Untergebenen. Aus dieser Ansicht würde folgen, daß auch Zustellungen an Prozeßbevollmächtigte unwirksam wären.

Die Frage sei auch für den Frieden von Bedeutung. Empfohlen wird eine Bestimmung, welche die Möglichkeit eröffne, durch Angabe eines Zustellungsbevollmächtigten auf dem AG. die Wirksamkeit der einer Überrumpelung gleichkommenden Ersatzzustellung auszuschließen.

III. Ladung und Zustellung an Kriegs- und Zivilgefangene. Proskauer 1395. Die bei Ladung und Zustellung für Soldaten geltenden Bestimmungen der §§ 378, 172, 201 sind entsprechend anzuwenden. Nur die Zivilgefangenen, die zur freien Arbeitsaufnahme entlassen sind, stehen der militärischen Organisation völlig fern. Ladung und Zustellung an sie erfolgt wie an jeden anderen Zivilisten.

§ 176.

1. Ersatzzustellung an einen zeitweise an der Ausübung seines Berufs verhinderten Anwalt. **RG.** 17. 6. 16, JW. 16, 1340, LeipzZ. 16, 1367, R. 16 Nr. 1742, WarnE. 16, 380. Da der nach § 25 RAO. vertretene Anwalt auch während der Dauer der Vertretung Prozeßbevollmächtigter der Partei bleibt und als solcher jederzeit befugt ist, für sie neben dem Vertreter prozessual tätig zu werden, also auch rechtswirksame Zustellungen zu veranlassen, so muß auch der Gegner berechtigt sein und bleiben, die von ihm ausgehenden Zustellungen an den vertretenen Anwalt zu richten. Das Gegenteil aus dem Begriffe der Stellvertretung oder aus dem im § 25 RAO. erwähnten Stellvertretungsanlaß abzuleiten, dazu liegt ein zwingender Grund nicht vor, weil eine gültige Zustellung — mit Ausnahme der von Anwalt zu Anwalt — weder eine Handlung noch überhaupt einen Willensakt des Empfängers voraussetzt. Vgl. zu § 224 ZPO.

2. **RG.** 14. 3. 16, R. 16, 355. Keine wirksame Ersatzzustellung in der Heimat, wenn der Rechtsanwalt bereits gefallen war. Eine entsprechende Vorschrift ist weder in der BRVO. v. 22. 12. 15 noch in der v. 9. 3. 16 getroffen worden.

§ 181.

1. KG. 6. 1. 16, DJZ. 16, 345, R. 16, 204. Zulässig die Ersatzzustellung an die Ehefrau in Deutschland.

2. Über den Begriff der erwachsenen Person. PrOVG. 3. 12. 14; 69, 441, OLG. 33, 50.

3. Kiel 15. 4. 16, SchlHolstAnz. 16, 166. Der Direktor der Irrenanstalt, dem das zuzustellende Schriftstück übergeben wurde, muß sinngemäß als Hauswirt gemäß § 181 gelten. (SeuffA. 49, 205; 52, 52, OLG. 19, 145. — Betraf die Bek. eines Suspendierungsbeschlusses auf Grund des preuß. DisziplinarG. v. 21. 7. 52, dessen § 13 die Zustellung nach den Vorschriften der ZPO. vorschreibt. — Die formell gültige Zustellung wurde aber auf Grund § 104 BGB. für unwirksam erachtet.

§ 182.

Dresden 12. 7. 16, JW. 16, 1218, OLG. 33, 149. Die Ersatzzustellung des § 182 setzt zu ihrer Wirksamkeit voraus, daß der Empfänger an dem Orte der Zustellung eine Wohnung im Sinne des § 180 hat. Unter Wohnung in diesem Sinne ist die Räumlichkeit zu verstehen, die der Empfänger zur Zeit der Zustellung tatsächlich zum Wohnen benutzt, insbesondere die Stätte, wo er zu schlafen pflegt. Der bloße Besitz eines zum Wohnen eingerichteten Hauses genügt nicht. (Im gegebenen Falle wurde als entscheidend für die Aufgabe der Wohnung angesehen die polizeiliche Abmeldung, für unerheblich, daß der Beklagte noch Wohnräume und Möbel in seinem Grundstücke behielt. Er möge die Räume beibehalten haben, weil er zunächst nicht gewußt, wohin mit seinen Möbeln, oder gehofft haben, in nicht allzu ferner Zeit zurückkehren zu können. ➠ Diese Erwägungen werden in großstädtischen Verhältnissen nur von Fall zu Fall und mit Vorsicht angestellt werden können. ☚)

§ 183.

PrOVG. 22. 3. 15; 69, 452, JW. 16, 1290, OLG. 33, 50. Die Ersatzzustellung an den Gehilfen des Anwalts ist gültig, wenn der Gerichtsvollzieher den

Anwalt im Geschäftslokale nicht angetroffen hat. Ein Durchsuchen oder nur ein bloßes Abschreiten der gesamten Geschäftsräume ist nicht Vorbedingung einer gültigen Ersatzzustellung. — Vgl. auch PrOVG. 2. 3. 15; 69, 260, JW. 16, 1289.

§ 184.

PrOVG. 2. 3. 15; 69, 269, OLG. 33, 50. Den Gemeindekirchenrat vertritt nach § 184 für die Zustellung der Vorsitzende.

§ 187.

Lemberg, JW. 16, 199, stellt zur Erwägung, ob man nicht die auf Ladungen beschränkte Vorschrift des § 187 auf alle Zustellungen anwenden soll. Dadurch würde es vereitelt werden, daß eine Partei, die eine zuzustellende Urkunde tatsächlich erhalten hat, noch überhaupt einen Mangel der Zustellungsurkunde rügen darf, den die Gegenpartei, die die Zustellungsurkunde zunächst nicht einmal erhalten hat, gar nicht erkennen konnte.

§ 199.

1. Zustellungen an im Heere befindliche Personen. KG. 6. 1. 16, DJZ. 16, 345. Der § 199 enthält nur Vorschriften darüber, wie eine Zustellung, die im Ausland erfolgen muß, zu bewirken ist. Eine Zustellung im Ausland ist aber überhaupt nicht erforderlich, wenn derjenige, dem etwas zuzustellen ist, im Inland eine Wohnung oder ein Geschäftslokal hat. (Der Beklagte befand sich bei der k. k. Kontumazstation in Reszege.)

2. Zustellungen im besetzten Gebiete. a) PrJMVO. v. 15. 3. 16, JW. 16, 471, betr. Ersuchen um Rechtshilfe in denjenigen dem Oberbefehlshaber Ost unterstellten russischen Gebieten, in denen eine deutsche Verwaltung eingeführt ist. (Soweit nicht die Zuständigkeit der Militärjustizbehörde gegeben ist, sind die Ersuchen an die Kaiserlich Deutschen Friedensgerichte zu richten.) — b) Thiesing 318 empfiehlt für Belgien eine Vereinfachung des Rechtshilfeverkehrs nach dem Vorbilde der für das Generalgouvernement Warschau erlassenen Verordnungen. Vgl. auch Kaufmann, JW. 16, 1180.

3. Zustellungen im Auslande durch deutsche Konsuln. Hamburg 25. 2. 14, HansGZ. 16 Beibl. 197. a) Nach deutschem Rechte ist ein deutscher Konsul im Ausland allgemein zu Zustellungen ermächtigt, auch an Fremde. (§ 19 KonsG. v. 8. 11. 67, Allg. Dienstinstruktion v. 6. 6. 71. Betraf die Zustellung an einen Italiener im Sudan.)

b) Gegenüber dem Zustellungszeugnis aus § 202 Abs. 2 ZPO. ist der Beweis zulässig, daß der Vorgang unrichtig beurkundet ist. Es ist dabei einerlei, ob das Zeugnis nicht auf der eigenen Wahrnehmung des Konsuls beruht, da nach § 202 Abs. 2 und § 19 KonsG. anzunehmen ist, daß die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung des Konsuls unabhängig sein soll.

c) Eine Zustellung im Rechtssinne setzt eine tatsächliche Übergabe an den Zustellungsadressaten persönlich weder bei Zustellungen im Inlande noch bei Zustellungen durch die Behörden eines fremden Staates oder durch den Konsul voraus. Die Ersatzzustellung, die Zustellung durch Aufgabe zur Post, durch Niederlegung sind im Sinne der ZPO. auch Zustellungen, und nichts spricht dafür, daß ausnahmsweise im Sinne des § 202 ZPO. und des § 19 KonsG. das Wort lediglich im Sinne der Übergabe an den Adressaten persönlich gemeint sei. Bei solcher Auffassung wird das Zeugnis des Konsuls über die Zustellung noch nicht dadurch widerlegt, daß die Übergabe nicht an den Beklagten persönlich, sondern an eine andere Person für ihn erfolgt ist.

d) Bei der Art, wie er die Zustellung bewirkt, ist der Konsul jedenfalls nicht an die Vorschriften des deutschen Rechtes, nach der herrschenden Ansicht auch nicht an die des Rechtes seines Amtssitzes gebunden.

§ 203.

1. Die Partei befindet sich im Felde. Karlsruhe 11. 11. 14, OLG. 32, 272. Der Aufenthalt einer im Felde stehenden Partei ist nicht als unbekannt nachgewiesen, solange die Möglichkeit besteht, durch geeignete Erkundigungen die vorgesetzte Kommandobehörde (§ 201 ZPO.) zu ermitteln.

2. Die Partei befindet sich im besetzten Reichsgebiete. Colmar 26. 2. 16, ElsLothJZ. 16, 163, JW. 16, 612, LeipzZ. 16, 772 läßt dahingestellt sein, ob, wenn die Partei, an die zugestellt werden soll, ihren Wohnsitz in dem zur Zeit vom Feinde besetzten Teile des Reichsgebiets hat, Abs. 2 entsprechend angewendet werden kann. Jedenfalls müsse die öffentliche Zustellung nach Abs. 1 bewilligt werden, da der Aufenthalt unbekannt sei.

3. Wirksamkeit der öffentlichen Zustellung nicht Voraussetzung ihrer Bewilligung. Breslau 23. 9. 15, LeipzZ. 16, 706. Zu Unrecht hat das LG. die Bewilligung der Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung versagt, weil bei dem gegenwärtigen Kriegszustande keine Aussicht bestehe, daß die Bekanntmachung zur Kenntnis des in Afrika unbekannten Aufenthalts befindlichen Beklagten gelange. § 203 setzt lediglich voraus, daß der Aufenthalt einer Partei unbekannt ist. — Unter Abs. 2 gehören die Fälle des Abbruchs der diplomatischen Beziehungen oder der Kriegszustand. Auch in diesen Fällen kann nicht damit gerechnet werden, daß die öffentliche Zustellung zur Kenntnis der Partei gelangt.

§ 204.

Begriff des Prozeßgerichts. Breslau 25. 1. 16, BreslauAK. 16, 30, JW. 16, 446, OLG. 33, 101. Unter Prozeßgericht ist nicht allein das Gericht, bei dem ein Prozeß anhängig ist, zu verstehen, sondern im weiteren Sinne auch das Gericht, bei dem eine Klage anhängig gemacht werden soll (**RG.** 46, 392 für öffentliche Zustellungen) oder bei dem eine Klage wegen des fraglichen Anspruchs erhoben werden kann.

§ 207.

RG. 7. 3. 16, JW. 16, 753. Es geht nicht an, die im § 30 HGB. v. 11. 6. 74 eingeführte Ausschlußfrist als Notfrist im Sinne der erst mehr als zwei Jahre später erlassenen und noch später in Kraft getretenen ZPO. aufzufassen und zu behandeln.

II. Zustellungen von Amts wegen.

§ 210.

Beglaubigung der Klageschrift durch den Anwalt des Klägers. Naumburg 19. 4. 16, JW. 16, 921. § 210 bestimmt nicht, daß die Beglaubigung nur durch den Gerichtsschreiber zu erfolgen hat. Das Gegenteil ergibt sich aus § 340 a, der auch für den Amtsgerichtsprozeß gilt (§ 496). Aus den §§ 340 a, 553, 554 geht hervor, daß die Beglaubigung nach dem Willen des Gesetzes durch den Anwalt erfolgen soll.

§ 211.

Jena 21. 1. 16, ThürBl. 63, 137. Als „Geschäftsnummer" bei der Zustellung von Amts wegen (§§ 211, 212 ZPO.) genügt nicht das bloße Aktenzeichen (im gegebenen Falle O. 88/15); erforderlich ist eine Nummer, die ein bestimmtes einzelnes Schriftstück im Aktenbande ziffernmäßig nachweist (Ordnungsnummer oder Blattzahl oder Zustellungsregisternummer). Hätte die ZPO. nicht wie beim Gerichtsvollzieher (§§ 194, 195 Abs. 2) eine individuelle Unterscheidungsnummer gerade des zuzustellenden Schriftstücks, sondern nur das allgemeine auf dem Aktendeckel stehende Aktenzeichen gemeint, wie solche bei Schaffung des § 211 in ganz Deutschland gebräuchlich waren, so hätte sie sicherlich nicht deren dann wertlosen jedesmaligen Vermerk in den Akten vorgeschrieben (§ 211 Abs. 2). Daraus ergibt sich vielmehr, daß sie eine Unterscheidungsnummer verlangt, die das zugestellte Schriftstück im Aktenheft oder Aktenbündel hervorhebt und bestimmt kennzeichnet. [Vgl. dazu a) Anm. 4 a. a. O. 139. Das bloße Aktenzeichen hat der Senat nur da ausnahmsweise als Zustellungsgeschäftsnummer von ausreichender Bestimmtheit gelten lassen, wo es bis zum Tage der Zustellung überhaupt nur ein einziges Mal in den Akten vorkam und gerade bei dem Absendungsmerke stand (§ 24 Abs. 2 GeschO. f. LG., § 21 Abs. 2 Satz 3 GeschO. f. OLG.). b) Anm. 5. Es ist unzutreffend, wenn manche Gerichtsschreiber die fehlende Bestimmtheit dadurch zu ersetzen glauben, daß sie an den oberen Rand — außerhalb des Textes — schreiben: Ladung zum 17. 2 oder Urt. v. 23. 11.

i. S. Müller/Schulze. Ein solcher Randvermerk steht nicht auf dem Briefumschlage, fehlt also auf dem Papiere, das der Empfänger als verkürzte Zustellungsurkunde in die Hand bekomme und als Beweismittel dafür erhalten soll, wann und was ihm zugestellt wurde.]

Dritter Titel. Ladungen, Termine und Fristen.

§ 223.

1. Hamburg 2. 6. 16, HansGZ. 16, Beibl. 240. Ausschlußfristen (im gegebenen Falle die sechsmonatige Frist des § 51 EuWirtschaftsgG. v. 20. 5. 98) ruhen während der Gerichtsferien nicht. Die §§ 223 ff. betreffen ausschließlich prozessuale Fristen.

2. Berechnung. **RG.** 19. 10. 15; 87, 209, JW. 16, 51, R. 16 Nr. 75. Das Berufungsurteil war am 16. 7. 15 zugestellt worden; die Revision am 16. 8. 15 eingelegt und die Revisionsbegründung am 16. 10. 15 eingegangen. Die Revision wurde als unzulässig verworfen, da die Begründungsfrist nicht gewahrt gewesen. Da die Revisionsfrist am 16. 8. ablief (§§ 552, 223 Abs. 2), so kommt § 223 Abs. 1 Satz 3 zur Anwendung. Der Lauf der Begründungsfrist begann mit dem Ablaufe des 15. 9. Für die Berechnung der Fristen gelten nach § 222 die Vorschriften des BGB. Im vorliegenden Falle trifft § 187 Abs. 2 BGB. zu; denn nicht ein Ereignis oder ein in den Lauf des Tages fallender Zeitpunkt ist im § 223 Abs. 1 Satz 3 für maßgebend erklärt, sondern der Beginn eines Tages; das Ende der Ferien ist gleichbedeutend mit dem Beginne des 16. 9. Demnach lief die Begründungsfrist mit demjenigen Tage des Oktober ab, welcher dem Tage vorherging, der durch seine Zahl dem Anfangstage der Frist entsprach, d. h. den 15. 10.

§ 224.

Die Vereinbarung der Parteien, eine Zustellung solle keine Wirkung haben, ist ungültig, wenn die Zustellung eine Notfrist in den Lauf gesetzt hat. **RG.** 17. 6. 16, JW. 16, 1340, R. 16 Nr. 1754, WarnE. 16, 380. Steht die gesetzmäßige Zustellung des Urteils fest, so hat das Gericht die übereinstimmende Erklärung der Parteien, aus ihr keine Rechte herleiten zu wollen, für unerheblich zu halten. Der Wille der Parteien hat haltzumachen vor denjenigen Vorschriften, die nach dem Willen des Gesetzgebers zwingendes Recht enthalten. Ist daher eine mangelfreie Zustellung einmal zur Kenntnis des Gerichts gebracht, so steht es nicht mehr im Belieben der Parteien, sie als nicht geschehen zu behandeln und auf ihre prozessualen Wirkungen zu verzichten, ebenso wie sie nicht in der Lage sind, wesentliche Mängel der für eine Notfrist maßgebenden Zustellung durch Rügeverzicht zu heilen (§ 295 Abs. 2). Wollte man das eine oder andere gestatten, so würde man ihnen damit einen Einfluß auf den Lauf der Notfrist einräumen, der ihnen nach § 224 entzogen sein soll.

§ 228.

Heinsheimer, JW. 16, 687. Wer durch den Krieg seine Auslandsverhältnisse nicht aufklären kann, dem sollte für die Kriegsdauer eine gerichtliche Schonzeit gewährt werden: wie für die Kriegsteilnehmer in ihrer Person, so liegt für ihn in der Sache ein Befreiungsgrund, dem das Gericht etwa durch eine Vertagung von Amts wegen nach § 228 ZPO. oder durch eine bis nach Friedensschluß laufende Beweisfristsetzung nach § 356 Anerkennung verschaffen könnte, wenn nicht die Umstände dagegen sprechen.

Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 233.

1. Zum Begriffe der Säumnis überhaupt. **RG.** 20. 11. 15; 87, 298, JW. 16, 197. Eine Säumnis kann immer nur da angenommen werden, wo das Gesetz ein Handeln der Partei verlangt und wo die gesetzlichen Voraussetzungen für eine prozessuale Tätigkeit gegeben sind. Die Pflicht der armen Partei, alle zur Verschaffung des rechtlichen **Gehörs** erforderlichen prozessualen und außerprozessualen Schritte zu tun, beschränkt sich daher im Anwaltsprozesse zunächst auf die Stellung eines gehörig begründeten Antrags auf Armenrechtsbewilligung und beginnt von neuem nicht schon mit dieser, sondern erst mit der Beiord-

nung eines Armenanwalts, der ihr fortan zur Entgegennahme der Vollmacht zur Verfügung zu stehen hat. — Der Anspruch auf Zuordnung eines Pflichtanwalts entsteht als natürliche Folge der fortwirkenden Armenrechtsbewilligung immer von neuem, wenn der bestellte Anwalt aus irgendeinem Grunde rechtlich oder tatsächlich nicht mehr in der Lage ist, die Partei zu vertreten. Vor Befriedigung dieses Anspruchs ist eine prozessuale Säumnis auf ihrer Seite und daher ein Versäumnisurteil ausgeschlossen. (Der bisherige Armenanwalt war zu einem mobilen Truppenteil eingezogen. Es wurde angenommen, daß das Gericht, das durch die Eingabe des Anwalts von der Sachlage unterrichtet war, von Amts wegen helfend einzugreifen hatte.)

2. Kein unabwendbarer Zufall, wenn eigenes Verschulden vorliegt. a) **RG.** 18. 12. 15, LeipzZ. 16, 328, R. 16, 151 u. Nr. 373, WarnE. 16, 104. Schuldhaftes Handeln des Beklagten angenommen und deshalb unabwendbarer Zufall verneint, weil er es unterlassen, seinen Prozeßvertreter mit seinem Ortswechsel bekannt zu machen und Vorkehrungen zu treffen, die einen weiteren brieflichen Verkehr mit diesem ermöglicht hätten, und endlich zur Entscheidung über die Einlegung der Revision für alle Fälle einen anderen zu ermächtigen. (Versäumung der Frist infolge der Kriegskontrolle der Briefe.)

b) München 4. 3. 16, LeipzZ. 16, 969, OLG. 33, 52. Daß die Ursache der Versäumung der Frist nicht in einem Verschulden des Versäumenden ihre Grundlage hat, genügt nicht zur Annahme des unabwendbaren Zufalls (**RG.** 71, 322). Andererseits schließt jedes Mitverschulden des Versäumenden die Annahme des unabwendbaren Zufalls aus (**RG.** 48, 442). Die öffentliche Zustellung bildet keinen unabwendbaren Zufall im Sinne des § 233. Das schließt aber nicht aus, daß die Partei, an die öffentlich zugestellt worden ist, unter Umständen zum Antrag auf Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Notfrist des § 516 ZPO. berechtigt ist, vorausgesetzt, daß der versäumenden Partei auch bei dem äußersten zu erwartenden Maße von Vorsicht und Sorgfalt irgendein Verschulden an der öffentlichen Zustellung an sie nicht zur Last gelegt werden kann. (Verneint im gegebenen Falle, da die Beklagte durch absichtliche Verheimlichung ihres Aufenthaltsorts dem Manne gegenüber die öffentliche Zustellung fahrlässig ermöglicht hatte.)

3. Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, weil Verschulden des Prozeßbevollmächtigten vorliegt. a) Karlsruhe 3. 11. 15, BadRpr. 16, 19, OLG. 33, 54. Der Rechtsanwalt, der dem Gegner nur beglaubigte Abschrift der Urteilsausfertigung ohne Tatbestand und Entscheidungsgründe zustellen läßt, obwohl das Urteil nicht in der abgekürzten Form des § 313 Abs. 3 abgefaßt war, handelt schuldhaft. Infolgedessen kann der von ihm vertretenen Partei die Wiedereinsetzung nicht erteilt werden. — Über Fristversäumnis durch Verschulden des Anwalts vgl. ferner Hamburg 28. 10. 14, KG. 6. 1. 16, München 29. 7. 15, OLG. 33, 53 u. 55, PrOVG. 13. 10. 15, JW. 16, 1211, **RG.** 30. 6. 16, R. 16 Nr. 1564, sowie zu c.

b) α. **RG.** 11. 4. 16, JW. 16, 963, LeipzZ. 16, 881. Das KG. hat ohne Rechtsirrtum einen Mangel an der erforderlichen Sorgfalt darin erblickt, daß der Schriftsatz betr. Einlegung der Berufung, deren Frist am 16. 8. 15 ablief, am 11. 8. durch einen in den Briefkasten geworfenen Brief durch die Post an das KG. befördert worden ist (anstatt durch Einschreibesendung oder — entsprechend der unter beim KG. zugelassenen Anwälten herrschenden Übung — unmittelbar durch einen Boten). — Die gewöhnliche Vorsicht gebietet, für Vornahme von Handlungen, welche zur Wahrung von Rechten und Interessen bei Gefahr ihres Ausschlusses in einer streng vorgeschriebenen Frist vorzunehmen sind, unter mehreren gangbaren Wegen den sicheren zu wählen.

β. Karlsruhe 31. 5. 16, BadRpr. 16, 136. Die richtige Einkunft des Schriftstücks hätte in einem Falle, wo es sich um Einhaltung einer Notfrist handelte, gewährleistet werden können durch Einschreibsendung, durch Einwurf in den Briefkasten des Gerichts, durch persönliche Übergabe an eine Gerichtsperson oder durch ähnliche Sicherheitsmaßnahmen.

4. Unabwendbarer Zufall angenommen. a) **RG.** 16. 3. 16, JW. 16, 750, bei verspätetem Armenrechtsgesuch an das RG., nachdem sich die Ausfertigung des Urteils des Berufungsgerichts verzögert hatte.

b) **RG.** 23. 9. 16, LeipzZ. 16, 1476, weil die verspätete Bewilligung des Armenrechtsgesuchs darauf beruhte, daß der Gerichtsschreiber das im Gesuche fortgelassene Aktenzeichen der Sache durch Fernsprecher erfragt und sich dabei verhört oder das Gehörte unrichtig niedergeschrieben hatte.

c) BayVGH. 14. 4. 16, R. 16, 570. Als ein Ereignis, das mit der äußersten, nach Lage der Sache vernünftigerweise zu erwartenden Vorsicht weder ganz verhindert noch unschädlich gemacht werden konnte, kann unter Umständen auch Krankheit erachtet werden, jedoch nur dann, wenn die Erkrankung so schwer ist, daß sie die ordnungsmäßige Erledigung der in Frage kommenden Geschäfte ausschließt.

5. Kriegsfälle. a) Colmar 22. 5. 16, DJZ. 16, 827, ElsLothJZ. 16, 289. Höhere Gewalt angenommen im Hinblick auf die Versäumung der Berufungsfrist, weil der eine Geschäftsführer der klagenden Gesellschaft ins Ausland verreist und infolge Kriegsausbruchs nicht zu erreichen war, der zweite Geschäftsführer zum Militärdienst einberufen war; von den drei Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft, die satzungsmäßig zu ihren Beschlüssen mitzuwirken hatte, sich nur zwei in Deutschland befanden, der dritte in Paris wohnte, daher die satzungsmäßige Entscheidung darüber, ob gegen das landgerichtliche Urteil Berufung eingelegt werden sollte, außerordentlich erschwert war.

b) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit Rücksicht auf die durch den Krieg herbeigeführte Störung im Prozeßbetriebe. α. **RG.** 11. 12. 15, DJZ. 16, 337, JW. 16, 422, KGBl. 16, 24, LeipzZ. 16, 1377, R. 16, 88, WarnE. 16, 92. (Ein Rechtsanwalt besorgte auf briefliche Bitten eines im feindlichen Auslande zurückgehaltenen Anwalts B. unentgeltlich und aus Gefälligkeit dessen Praxis. Die Anwaltskanzleien blieben getrennt. Mit Rücksicht auf die geringen Einnahmen aus der B.schen Praxis wurde für seine Kanzlei (nach Entlassung der beiden früheren Angestellten) ein ungelerntes Schreibmaschinenfräulein angestellt. Sie unterließ es, die Handakten zur vorgeschriebenen Zeit behufs Einlegung der Berufung vorzulegen. Die Berufungsfrist wurde daher versäumt. KG. 17. 4. 15 wies den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurück, da keine genügende Aufsicht über die Rechtssachen der B.schen Kanzlei ausgeübt worden. RG. hob auf und wies zur Prüfung der Frage, ob ein persönliches Verschulden des Antragstellers — wie behauptet — vorliege, zurück.) Seit Ausbruch des Krieges ist aus dem Bestreben heraus, eine Milderung der durch ihn verursachten Schädigung einzelner herbeizuführen, eine anerkennenswerte gegenseitige Hilfsbereitschaft der Volksgenossen, ein weitgehendes Eintreten des einen für den anderen erwachsen, welches allerdings manchmal dazu führen wird, daß jemand mehr auf sich nimmt, als er mit der ihm sonst eigenen Sorgfalt und Genauigkeit erledigen kann. Unterläuft ihm unter solchen Umständen ein Versehen, so ist das nicht als Folge einer ungenügenden Sorgfalt, sondern als Folge der Einwirkung äußerer Störungen anzusehen und unbedenklich unter den Begriff eines unabwendbaren Zufalls zu bringen. — Ebenso KG. 23. 3. 16, KGBl. 16, 40.

β. Daß die in der vorstehenden Entscheidung bezeichneten besonderen Umstände vorliegen, wurde verneint von **RG.** 13. 5. 16, JW. 16, 1120, LeipzZ. 16, 1247, R. 16, 556 und Nr. 1743, in einem Falle, wo in Colmar ein Rechtsanwalt infolge der Einberufung eines anderen, mit dem er die Rechtsanwaltstätigkeit gemeinsam ausübte, ein umfangreiches Büro allein zu verwalten hatte. Der Anwalt hätte den Auftrag zur Zustellung des Urteils an den Gerichtsvollzieher nicht erteilen dürfen, ohne zugleich die Wiedervorlage der Akten mit dem Zustellungsnachweis innerhalb kurzer Frist anzuordnen und durch eigene Notiznahme sich die Kontrolle zu ermöglichen, daß diese Anordnung befolgt wurde. (Festgestellt war, daß die Bürodame in der Behandlung von Fristsachen keine Erfahrung hatte. Vom RG. wurde nicht für glaubhaft erachtet, daß die Unterlassung der Anordnung auf eine durch die Einziehung des Amtsgenossen

eingetretene Überlastung oder auf ein mit der Unruhe der Kriegszeit zusammenhängendes Versagen der Nervenkraft seines Vertreters zurückzuführen wäre.) Vgl. auch Friedländer, JW. 16, 1120 Anm. 11, der bezweifelt, ob allgemein, auch gegenüber erfahrenen und erprobten Kanzleibeamten, eine Pflicht, in Fristsachen die Wiedervorlegung der Akten anzuordnen, anzuerkennen sei, was die Entscheidung nicht klar erkennen lasse.

γ. KG. 22. 11. 15, LeipzZ. 16, 251. Selbst wenn man auf die durch die Kriegsverhältnisse erschwerte Geschäftslage der Rechtsanwälte und die Belastung der letzteren mit der Vertretung der zum Heeresdienst einberufenen Kollegen die erforderliche Rücksicht nimmt, kann man, ohne die Rechtssicherheit ernstlich zu gefährden, doch nicht so weit gehen, daß man es für einen unabwendbaren Zufall ansieht, daß einem Rechtsanwalte die Existenz einer dem von ihm vertretenen Rechtsanwalt übertragenen Prozeßsache während eines Zeitraums von vier Monaten völlig unbekannt bleibt, und er dadurch außerstande gesetzt ist, die in dieser Sache etwa notwendigen prozessualen Maßnahmen rechtzeitig zu treffen. (Versäumung der Berufungsfrist nach Fortfall der Unterbrechung.)

δ. **RG.** 30. 6. 16, BayRpflZ. 16, 353, WarnE. 16, 329. Vorausgesetzt wird, daß der Prozeßbevollmächtigte trotz der Betätigung der nach den Umständen des Falles vernünftigerweise zu erwartenden größtmöglichen Sorgfalt außerstande war, das Erforderliche vorzukehren. Diese Voraussetzung wurde im gegebenen Falle nicht dadurch hergestellt, daß der Prozeßbevollmächtigte im Felde stand und deshalb die Erledigung der Geschäfte auf seiner Kanzlei nicht zu beaufsichtigen vermochte. Die entsprechenden Pflichten gingen auf den Generalsubstituten über.

6. Abs. 2. Fuchs, JW. 16, 1227, bekämpft **RG.** JW. 06, 567, wonach eine entsprechende Anwendung des § 233 Abs. 2 auf das nicht kontradiktorische Urteil in Ehesachen, das kein Versäumnisurteil sei, ausgeschlossen sei. Es sei der Ähnlichkeitsschluß zu ziehen. Das Wesentliche im § 233 Abs. 2 sei: die schuldhafte Nichtkenntnis des beklagten Teiles vom Prozeß und Urteil.

§ 234.

Krönig, Die Unzulässigkeit der Wiedereinsetzung nach Jahresfrist — eine reformbedürftige Bestimmung der ZPO., BuschsZ. 46, 266, weist auf die große Härte der Bestimmung hin, deren Unbilligkeiten gerade auch infolge des jetzigen Krieges sehr erheblich seien. Die einjährige Frist würde auch heute genügen, wenn unser Gesetz zu der Bestimmung des preußischen und des norddeutschen Entwurfes zurückkehrte, wonach derjenige, der ohne sein Verschulden weder von der Zustellung der Klage noch von der des Versäumnisurteils Kenntnis erlangt, auch nach Ablauf der einjährigen Frist die Wiedereinsetzung erhalten kann.

§ 236.

Hamburg 25. 2. 14, HansGZ. 16 Beibl. 200. Unter Form ist auch die Stelle, bei der der Antrag einzureichen ist, und der Zeitpunkt, wann er als gestellt anzusehen ist, zu verstehen.

Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

Schrifttum: Hähn, Über die Wirkung der Zwangsverwaltung auf anhängige Prozesse, LeipzZ. 16, 353. — Keidel, Beschwerde gegen Ablehnung der Aussetzung nach Urteilsverkündung, LeipzZ. 16, 657. — Riesenfeld, Die Erbenhaftung nach dem BGB I, 285.

Vorbemerkungen:

1. *Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZVlFG. 16, 600 ff. Trotz Umwandlungsbeschlüssen der Garantiegemeinden eines nicht rechtsfähigen kommunalen Sparkassenvereins kann mangels einer besonderen Gesetzesbestimmung eine Gesamtrechtsnachfolge einer Kreissparkasse, in die der Sparkassenverein sich verwandeln wollte, nicht herbeigeführt werden.

2. Hähn 353 tritt der herrschenden Ansicht entgegen, wonach der Prozeß durch die Anordnung der Zwangsverwaltung nicht berührt wird. Mit der Anordnung der Zwangsverwaltung verliere der Grundeigentümer die Vertretungsbefugnis hinsichtlich derjenigen Rechte, auf welche sich die Zuständigkeit des Zwangsverwalters erstrecke. Er befinde sich in derselben

Lage wie der Gemeinschuldner hinsichtlich der zur Konkursmasse gehörigen Rechte. Mit dem Zwecke der Zwangsverwaltung sei die fortdauernde Berechtigung des Eigentümers zur Prozeßführung unverträglich. — Es wird untersucht, ob für die Übernahme des Prozesses durch den Zwangsverwalter das Vorbild des Konkursverwalters oder dasjenige des Nachlaßverwalters maßgebend sein soll, und gezeigt, daß nur die konkursrechtlichen Übernahmebestimmungen zu Ergebnissen führten, die mit der materiellen Rechtslage übereinstimmten.

§ 239.

1. Begriff der Rechtsnachfolge im Sinne der §§ 239, 265, 266 ZPO. **RG.** 21. 1. 16, R. 16 Nr. 497, WarnE. 16, 143. Der Begriff des Rechtsnachfolgers im Sinne des § 239 ZPO. ist mit Rücksicht darauf, daß die unnütze, mit Kosten und Zeitverlust verbundene Vervielfältigung und Häufung von Rechtsstreitigkeiten unter allen Umständen vermieden werden muß, im weitesten Sinne zu nehmen. Der Begriff des Rechtsnachfolgers im Sinne des § 239 ZPO. ist nicht derselbe wie der des materiellen Rechtes, umfaßt vielmehr jede Person, die infolge des Todes der bisherigen Partei in deren Rechtsstellung eintritt. — Auch im Sinne der §§ 265, 266 ZPO. ist unter „Rechtsnachfolger" nicht nur derjenige zu verstehen, der sein Recht von dem der bisherigen Partei ableitet, sondern derjenige, der jetzt das Recht der bisherigen Prozeßpartei innehat, gleichgültig, wie er es erlangt hat.

2. Kriegsrecht. **RG.** 11. 11. 15, WarnE. 16, 1. Wenn nach Anordnung einer Kriegsaussetzung die Voraussetzung dafür wegfällt, insbesondere die Partei, wegen deren ausgesetzt wird, nicht mehr zu den Kriegsteilnehmern gehört, so ist unter entsprechender Anwendung des § 239 der Gegner zur Aufnahme des Verfahrens zu laden (**RG.** 68, 390) und gegebenenfalls das Verfahren durch Versäumnisurteil für aufgenommen zu erklären.

§ 240.

1. Über Ansprüche, welche die Konkursmasse betreffen, insbesondere KG. 1. 12. 15, über den patentrechtlichen Rechenschaftsanspruch im Konkurse des Patentverletzers, vgl. zu §§ 6, 10 KO. und Frankfurt 10. 4. 16, über die Untersagungs- und Nichtigkeitsklage aus einem übertragenen Patente, vgl. Ziff. 2 zu § 14 KO.

2. KG. 4. 9. 15, KGBl. 16, 67. Keine Unterbrechung des Verfahrens, wenn es sich (bei der erlassenen einstweiligen Verfügung) um die Abwehr von Angriffen handelt, die gegen die Kreditwürdigkeit des früher vom Gemeinschuldner betriebenen Geschäfts und gegen seine Persönlichkeit gerichtet sind.

3. Dauer der Unterbrechung. **RG.** 26. 9. 16, LeipzZ. 16, 1552, R. 16 Nr. 2063. Unterläßt es der Konkursverwalter, den durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Prozeß gemäß § 10 KO. aufzunehmen, so dauert die Unterbrechung bis zur Aufhebung des Konkurses fort. Vgl. oben Nr. 3 zu § 211 BGB.

4. Beseitigung des trotz Unterbrechung ergangenen Urteils. **RG.** 2. 11. 15, LeipzZ. 16, 388, R. 16 Nr. 85. Ergeht in Rechtsstreitigkeiten, die einen die Konkursmasse betreffenden Anspruch verfolgen, ein Urteil, das den Gemeinschuldner persönlich als Partei behandelt, so ist damit zwar gegen das Gesetz verstoßen; das Urteil bleibt aber, wenn es nicht angefochten wird, als richterliche Entscheidung bestehen. Als solche kann das Urteil dem Gemeinschuldner Verpflichtungen auferlegen, die er wegen der Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen nicht zu erfüllen hat und nicht erfüllen kann. Durch eine solche Entscheidung wird der Gemeinschuldner persönlich belastet; deshalb ist er auch befugt, durch ein von ihm selbst eingelegtes Rechtsmittel ihre Beseitigung zu erstreben. Vgl. auch zu § 249 Nr. 2 u. 3.

5. Prozeßvollmacht. Frankfurt 30. 6. 15, OLG. 33, 81. Allerdings wird eine Prozeßvollmacht, die der Verwalter für die Konkursmasse erteilt hat, durch die Konkurseinstellung nicht aufgehoben (**RG.** 73, 312). Allein dieser Grundsatz läßt sich auf den Fall, daß sich der Verwalter selbst vertritt, nicht anwenden (JW. 10, 623).

§ 241.

*Riesenfeld 285. Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung wird ein wegen einer Nachlaßverbindlichkeit gegen Erben anhängig gemachter Prozeß nur dann unterbrochen,

wenn der geltend gemachte Anspruch sich gegen den Nachlaß richtet, weil nach Anordnung der Nachlaßverwaltung ein solcher Anspruch gerichtlich nur gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden kann (§ 1984 Abs. 1 Satz 3 BGB.). Ob der Rechtsstreit gegen die sämtlichen oder nur gegen einzelne der Miterben schwebt, kommt hierbei nicht in Betracht. Zwar kann ein Anspruch, der nicht gegen die sämtlichen Miterben anhängig gemacht ist, nicht zur Vollstreckung in den Nachlaß, vielmehr nur in die Anteile der Verurteilten gedeihen, aber er bleibt darum nicht weniger ein „gegen den Nachlaß" gerichteter Anspruch. Es kommt also nicht darauf an, was mit dem Vorgehen des Gläubigers angegriffen werden kann, sondern was für den geltend gemachten Anspruch rechtlich verhaftet ist. Ist dies der Nachlaß, so kann nur der Nachlaßverwalter angegriffen werden. Kreß, Erbengemeinschaft 168 Anm. 22, ist der Ansicht, daß auch der gegen einzelne Miterben geführte Rechtsstreit durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung unterbrochen werde, weil der Prozeß sich neben der Inanspruchnahme der Erbteile auch gegen den Nachlaß selbst (nämlich auf dem Wege der Anteilspfändung) richte. Hier ist die Begründung unrichtig, weil es, wie gesagt, nicht darauf ankommt, wogegen sich der Prozeß richtet, sondern ob für den Anspruch, der im Prozesse geltend gemacht ist, der Nachlaß (d. h. der Gesamtnachlaß) verpflichtet ist. (Eccius, GruchotsBeitr. 43, 822 Note 5 ff., 827 ist der Meinung, daß der gegen einzelne Miterben schwebende Prozeß nicht unterbrochen werde.) Dagegen kommt es für die Frage der Aufnahme des unterbrochenen Rechtsstreits allerdings darauf an, ob die etwa erzielte Verurteilung zur Vollstreckung in den Nachlaß oder nur in Anteile berechtigt. Im ersteren Falle, d. h. bei Inanspruchnahme sämtlicher Erben — sei es in einem Prozesse oder in mehreren —, kann die Aufnahme des Rechtsstreits von und gegenüber dem Verwalter erfolgen, denn hier ist der Gesamtnachlaß angegriffen. Dagegen richtet sich der Angriff nicht gegen den Gesamtnachlaß, wenn nicht sämtliche Erben verklagt sind; es hat demnach der Verwalter kein Interesse an der Aufnahme, weshalb er dazu auch nicht gezwungen werden kann. Ja, er ist zur Aufnahme gar nicht berechtigt. Da nämlich nur das Eigenvermögen der betr. Miterben einschl. des — dazu gehörigen — Anteils angegriffen ist, kann der Nachlaßverwalter die betr. Erben gar nicht vertreten; der Anteil des Miterben am Nachlasse realisiert sich erst bei der Teilung, d. h. zu einer Zeit, wo der Nachlaßverwalter sein Amt gar nicht mehr bekleidet; er hat kein Interesse an den dem einzelnen bei der Teilung zufallenden Nachlaßgegenständen und deshalb auch nicht an der Abwehr der Pfändung der Anteile. Der Nachlaßverwalter ist Vertreter der Miterben nur hinsichtlich des Gesamtnachlasses.

§ 245.

Über entsprechende Anwendung auf das Verwaltungsstreitverfahren PrOVG. 29. 6. 15, DJZ. 16, 244.

§ 247.

1. Dresden 17. 12. 15, SächsRpflA. 16, 122. Es gibt keine gesetzliche Bestimmung, wonach die Kriegsteilnehmerschaft eines Zeugen Grund zur Aussetzung eines Rechtsstreits wäre.

2. Fälle der Kriegsaussetzung. a) Hamburg 27. 10. 15, HansGZ. 16 Beibl. 46. Aussetzung bewilligt wegen eines verwickelten und langwierigen Prozesses über eine hohe Summe, obwohl der Beklagte seinerseits eigene Ansprüche gegen dritte Personen gerichtlich verfolgte.

b) Hamburg 14. 12. 15 a. a. O., LeipzZ. 16, 572. Der Beklagte befand sich seit Februar 1915 im Militärdienste, hatte im Felde gestanden nnd hielt sich nach kurzem Genesungsurlaub als vorläufig garnisondienstfähig beim Ersatze seines Regiments, gewärtig, dort wieder felddienstfähig befunden und in die Kampffront befohlen zu werden.

c) Abgelehnt Hamburg 29. 4. 15 a. a. O. in einer einfachen Streitsache auf eine August 1914 eingereichte Klage gegen den erst im Februar 1915 einberufenen Beklagten.

d) Über Aussetzung bei Streitgenossen **RG.** 7. 1. 16, R. 16, 151 u. Nr. 375, 376.

3. Hallbauer, DJZ. 16, 331, tritt für entsprechende Anwendung der Gesetzesvorschrift auf türkische und bulgarische Kriegsteilnehmer ein.

4. § 247 ZPO. und §§ 3, 2 KrTSchG. (vgl. Kriegsbuch I 18, II 1). König, R. 16, 641, erörtert die Zweifel, die entstehen, wenn das Gericht die Aussetzung sowohl auf § 247 wie auf das Kriegsteilnehmerschutzgesetz stützt, und empfiehlt im Anschluß an Hallbauer, SächsA. 15, 277, eine bestimmte Stellungnahme, damit zwiespältige Entscheidungen vermieden werden.

§ 249.

1. Allgemeine Bedeutung der Unterbrechung. Kohler, Prozeß und Nichtprozeß, Rechtsgang 2, 118. Nicht der ganze Prozeß, aber ein Teil des Prozesses ist ein Nichtprozeß, wenn eine Unterbrechung oder Aussetzung eingetreten ist. Dies hat die Bedeutung, daß auf den bisherigen Prozeß ein Stadium des Nichtprozesses folgt und daß mithin alle weiteren Prozeßakte in der Luft hängen: es sind Akte, aber keine Prozeßakte, denn es fehlt ein Prozeß, von dem sie getragen werden könnten. Daher ist insbesondere ein Versäumnisurteil in einem solchen Falle vollkommen nichtig, so insbesondere, wenn die ohne Vertreter prozessierende Partei gestorben und nach ihrem Tode für säumig erklärt worden ist: der Fortgang des Prozesses ist in einem solchen Falle ein Scheinverfahren gegen eine nicht existierende Person.

2. Bedeutung des nach Unterbrechung ergangenen Urteils (vgl. auch § 240 Nr. 4). **RG.** 18. 1. 16, JW. 16, 597, LeipzZ. 16, 1010. Das Berufungsgericht hat die Berufung gegen ein im Rechtszuge trotz Unterbrechung des Verfahrens ergangenes Urteil für unzulässig erklärt. RG. mißbilligt dies. Die Unwirksamkeit der Entscheidung trat nicht ohne weiteres ein, sondern bedurfte der Feststellung durch einen Ausspruch des Berufungsgerichts. Weil aber nur auf diesem Wege das Urteil beseitigt werden kann, so muß die Berufung des Klägers, zu dessen Ungunsten die Entscheidung ergangen ist, trotz des Fortbestehens der Unterbrechung für zulässig erachtet werden. Es steht nicht eine Handlung in der Hauptsache in Frage, vielmehr eine Handlung, durch welche die statthafte, nach wie vor bestehende Unterbrechung auch zur Geltung gebracht wird. (Vgl. **RG.** 64, 321, JW. 07, 18; 15, 1265; 16, 326.) Ebenso **RG.** 11. 4. 16; 88, 206, DJZ. 16, 63, JW. 16, 1024, NaumburgAK. 16, 60 (vgl. auch Hamburg 27. 5. 16, LeipzZ. 16, 1203). Unter Hauptsache im Sinne des § 249 ist alles zu verstehen, was sich nicht auf die Aussetzung oder deren Anfechtung oder auf die Aufnahme des Verfahrens bezieht. (Daher unzulässig der Erlaß einer einstweiligen Verfügung während der Aussetzung des Verfahrens.)

3. Rücknahme einer nach Eröffnung des Konkursverfahrens vom Gemeinschuldner rechtsunwirksam eingelegten Beschwerde durch den Gemeinschuldner. KG. 12. 1. 16, KGBl. 16, 58. Aus § 249 kann gegen die Wirksamkeit der Rücknahme einer Beschwerde nichts hergeleitet werden, zu deren Einlegung dem Gemeinschuldner wegen der Konkurseröffnung die Legitimation fehlte, und deren Rücknahme den Zweck verfolgt, die Kosten der Entscheidung über das unzulässige Rechtsmittel zu vermeiden. — Hat das LG. trotzdem die Beschwerde als unzulässig verworfen, so hat es ohne gesetzlichen Grund gegen den Gemeinschuldner selbst eine Entscheidung erlassen: Der Gemeinschuldner muß auch in diesem Falle für befugt angesehen werden, schon vor der Aufnahme des Verfahrens die Beseitigung dieser zunächst als gültig zu behandelnden Entscheidung zu betreiben, die ihn wegen der höheren Entscheidungsgebühren beschwert.

§ 250.

1. Gehörige Unterzeichnung. Dresden 21. 9. 15, SächsOLG. 37, 37. Die Wirksamkeit des Schriftsatzes als eines sogenannten bestimmenden hängt von der Unterzeichnung durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt ab (**RG.** 40, 369). § 295 kommt nicht zur Anwendung, da der Anwaltszwang nicht dem Parteiverzicht unterliegt.

2. Inhalt des Schriftsatzes. **RG.** 2. 11. 15, LeipzZ. 16, 387, R. 16 Nr. 86. Keine Aufnahme gefunden in dem lediglich an das Gericht gerichteten Antrag des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten, in dem um Verlängerung der Frist mit der Begründung gebeten wird, der Konkursverwalter der Beklagten sei verstorben.

§ 251.

Stillschweigende Vereinbarung. Kiel 30. 5. 16, LeipzZ. 16, 1203. Das Gericht hatte in einem Patentprozesse die Anregung gegeben, die Verhandlung im Reichsinteresse bis nach dem Kriege auszusetzen, der Anwalt des Klägers (einseitig) im Termin erklärt, daß die Sache für die Kriegsdauer ruhen solle. Hierin wurde ein prozeßrechtlicher Vertragsantrag (§ 145 BGB.) gefunden, dessen stillschweigende Annahme darin gelegen, daß die Beklagte dem Verfahren nicht binnen angemessener Frist Fortgang gegeben. Kläger hatte erst nach Jahresfrist geladen. Aus diesem langen tatsächlichen Ruhen des Verfahrens würde unter den obwaltenden Umständen zum mindesten auf eine stillschweigende Einigung der Parteien im Sinne der gerichtlichen Anregung geschlossen werden können.

§ 252.

Beschwerde gegen Ablehnung der Aussetzung nach Urteilsverkündung. Keidel 667. Die Verkündung eines anfechtbaren Endurteils (§ 300 ZPO.) schließt wohl die „Verhandlung" vor der Instanz, beendet aber die Instanz noch nicht. Denn die höhere Instanz wird erst durch die prozeßordnungsmäßige Rechtsmitteleinlegung eröffnet (**RG.** 68, 255). Jede Partei kann in der neu eröffneten Instanz durch einen Aussetzungsantrag das Verfahren alsbald zum Stillstand bringen; es ist nicht abzusehen, warum es ihr verwehrt sein soll, durch einen Aussetzungsantrag noch in der Vorinstanz die Rechtsmitteleinlegung zu verhindern und damit zugleich Kosten und Arbeit zu sparen.

Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urteile.

Schrifttum: Bondi, Das Schiedsgericht für die Einwirkung von Höchstpreisen auf laufende Verträge, JW. 16, 8. — Böters, Die Entwicklung der negativen Feststellungsklage in der Rechtsprechung des RG., BayRpflZ. 16, 378. — Du Chesne, Die Glaubhaftmachung im Grundbuchverfahren, RheinZ. 8, 305. — Eckstein, Die Kostenentscheidung bei Klagerücknahme und Klagermäßigung, Rechtsgang 2, 458. — Goldschmidt, Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrechte, 1914 (vgl. JDR. 13 zu § 253). — Hierzu Schultzenstein, JLBl. 16, 12. — Groß, Beiträge zur Lehre von der Verweisung wegen Unzuständigkeit im ZP. zu §§ 276, 505, 506 ZPO., BuschsZ. 46, 131. — Ketterle, Der Begriff der Rechtsnachfolge im Sinne der §§ 265 und 325 ZPO. 1916. — Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Rechte und Zivilprozesse. 2. Bd. Die prozessuale Bedeutung der bürgerlichrechtlichen Gesetzeskonkurrenz. 1916. — Marwitz, Bedenken gegen die Praxis bei Schadensersatzprozessen, DJZ. 16, 836. — Schultzenstein, Der Klagantrag im § 63 des Ges. über die ALV. v. 30. 7. 83, PrVerwBl. 37, 561, 579. — Zeiler, Der § 287 ZPO. als ein Fall der vermittelnden Entscheidung, RheinZ. 8, 313.

§ 253.

Ziff. 1. Bezeichnung der Parteien und des Gerichts. 1. **RG.** 20. 3. 16, WarnE. 16, 244. Eine Ehefrau klagte einen durch Unfall ihrem Manne verursachten Schaden (§ 845 BGB.) „im Beistand ihres Ehemanns" ein. Darin wurde eine die Klageberechtigung gebende Zustimmung gefunden, die richtigerweise in den Klagevortrag gehöre.

2. Hamburg 27. 11. 15, OLG. 33, 59, SeuffA. 71, 84. Unzulässig ist die Beschwerde gegen einen Beschluß auf Berichtigung der Beklagtenrolle in der Klage; der Streit ist im Urteilsverfahren auszutragen. (Geklagt war gegen den Kaufmann P. L. P. L. erschien und bestritt seine Passivlegitimation, da die Klägerin die streitige Ware an die Firma P. L. verkauft habe. Auf Antrag der Klägerin wurde vom LG. durch Beschluß die Beklagtenrolle berichtigt in „Firma P. L.". Hiergegen erhob die Ehefrau L. die Beschwerde, da sie als Inhaberin der Firma wider ihren Willen in den Prozeß hineingesetzt werde.)

Ziff. 2. Die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie der bestimmte Antrag. I. Zur Lehre vom Prozeßgegenstand im allgemeinen. *Lent. Prozeßgegenstand ist nicht ein Tatbestand, sondern

ein (privates) Recht; zu entscheiden ist, ob dieses besteht oder nicht besteht; sonst wäre die Feststellungswirkung und die Vollstreckung unmöglich (16 f.). Das Gericht hat nur zu entscheiden, ob gerade das vom Kläger behauptete (bzw. geleugnete) Recht besteht, nicht aber zu prüfen und festzustellen, welches Recht aus dem von ihm angeführten Tatbestande sonst folgt (19). Daher muß jeder Kläger ein subjektives Recht behaupten, kann nicht nur Tatsachen anführen und es dem Gericht überlassen, die rechtlichen Folgerungen aus ihnen zu ziehen und auszusprechen. Beweis hierfür ist positiv-rechtlich das Erfordernis des bestimmten Antrags (20 f.). Die vom Kläger aufgestellte Behauptung eines Rechtes ist für den Prozeß maßgebend. Das steht nicht in Widerspruch zu dem Grundsatze, daß Rechtsausführungen der Parteien für das Gericht nicht verbindlich sind; denn diese betreffen das objektive Recht, jene Anführung das subjektive Recht (25 f.). Nicht die Bezeichnung des Rechtes durch den Kläger (z. B. als Eigentum, Leihe usw.) ist maßgebend, sondern die Beschreibung, Individualisierung des Rechtes, für welche jene nur ein abkürzendes Hilfsmittel ist (28 f.). Die Individualisierung des Prozeßgegenstandes erfolgt nach den Regeln über die Individualisierung der Rechte im materiellen Rechte (32 f.), insbesondere bei Ansprüchen sind Individualisierungsmomente Grund und Inhalt, bei Gestaltungsrechten der Grund (35 f.). Daher ist der Tatbestand, wenn auch nicht Prozeßgegenstand, so doch Individualisierungsmoment für diesen, wenn er ein Anspruch oder ein Gestaltungsrecht ist, also bei allen Leistungs- und Gestaltungsklagen; entbehrlich ist der Tatbestand nur bei Feststellungsklagen, die gewisse absolute Rechte betreffen (44). Der Prozeßgegenstand bleibt nun derselbe, solange der Tatbestand in seinen Individualisierungsmomenten unverändert bleibt, auch wenn andere Bestandteile verändert werden (46 f.). Jene bestimmen sich nach bürgerlichem Rechte (vgl. Bd. I).

II. Neue Begründung der Individualisierungstheorie durch *Lent. Die Auffassung der Individualisierungstheorie, daß die bloße Bezeichnung des Rechtsverhältnisses in der Klage genüge, ist mißverständlich und überwunden, denn jene Bezeichnung reicht zur Individualisierung nicht aus und würde die Vorstellung der Partei vom objektiven Rechte für den Prozeß maßgebend machen. Die richtig verstandene Individualisierungstheorie fordert daher auch konkrete Anhaltspunkte und niemals die technische Bezeichnung für ein Recht. Nach allgemeinen Grundsätzen ist der Grund Individualisierungsmoment für alle Ansprüche und Gestaltungsrechte; wenn er in Grundrecht und hinzutretenden Tatbestand zerfällt, ist daher erforderlich sowohl Nennung des Grundrechts als auch Anführung der hinzutretenden Vorgänge. Daher ist der Gegensatz von Individualisierungs- und Substantiierungstheorie nicht der: hier Tatsachen, dort Rechtsverhältnis, sondern: hier alle zur Begründung erforderlichen Tatsachen, dort nur die zur Individualisierung notwendigen (359 f.). Die Substantiierungstheorie kann ihre Forderung einer vollständigen Geschichtserzählung nicht durchführen, theoretisch, weil nach §§ 268 Ziff. 1 und 529 es Ergänzungen der tatsächlichen Anführungen ohne Änderung des Klagegrundes gibt, dieser also nicht alle wesentlichen Tatsachen umfassen kann, praktisch, weil niemals eine Klage wirklich alles Material bringt, was zur Durchführung des Prozesses erforderlich ist. Den Maßstab für den Umfang, in welchem eine Erzählung der begründenden Vorgänge in der Klage erfolgen muß, gibt vielmehr das Bedürfnis nach eindeutiger Festlegung und Erkennbarkeit dieser Vorgänge, also nach ihrer Individualisierung (365 f.). Immerhin bleibt der Gegensatz beider Theorien sehr bedeutend, zunächst bei den dinglichen Rechten, bei denen der Entstehungsgrund zur Individualisierung nicht erforderlich ist. Die Mittelmeinung, welche unterscheidet, ob das dingliche Recht selbst Prozeßgegenstand ist oder nur Vorfrage für das Bestehen eines anderen Rechtes, schränkt den Gegenstand sehr ein, denn zu der ersten Gruppe gehören bei konsequenter Durchführung nur noch die dinglichen Feststellungsklagen, alle Leistungsklagen dagegen zur zweiten Gruppe, bei welcher der Entstehungsgrund nicht zum notwendigen Klaginhalte gehören soll (377 f.). Größer ist der Unterschied bei den obligatorischen Ansprüchen, weil nach der Individualisierungstheorie nur die Individualisierungsmomente, also nur ein Teil des Tatbestandes angeführt werden muß (383 f.). Die Entscheidung zwischen den beiden Theorien können nicht einzelne gesetzliche Vorschriften bringen, sondern nur die Betrachtung

der Klage als Glied des ganzen Prozesses und ihrer Funktionen und Zwecke. Vor allem ist zu unterscheiden zwischen den Aufgaben der Klage und denen der mündlichen Verhandlung; die Klage ist nicht Vorbereitung des Beweisverfahrens; daher hat sie nicht alle Tatsachen anzuführen, die zum Gegenstand einer Beweisaufnahme gemacht werden sollen, sondern nur die, die einen konkreten Tatbestand eindeutig bestimmen. Unter diesem Gesichtspunkte gehört der Erwerbsgrund dinglicher Rechte, weil nur im Falle eines Beweises und auch dann nicht immer notwendig, nicht zum wesentlichen Klaginhalte (404 f.). Die Klage kann ferner kein vollständiges Streitprogramm und keine vollständige Erzählung sein, sie ist nur eine Auswahl nach bestimmten Gesichtspunkten; einmal bringt sie nur die Tatsachen, die dem gesetzlichen Tatbestand entsprechen, sodann kann sie alle diejenigen auslassen, die nach Verteilung der Behauptungs- und Beweislast von einer Partei nicht anzuführen sind, also alle Einreden, Einwendungen und Repliken, ferner alle Indizien, d. h. nur mittelbar erheblichen Tatsachen, und endlich alle Einzelheiten, die zur Individualisierung der Vorgänge nicht erforderlich sind. Daher kann die Klage kein Bild von den wirklichen Streitpunkten geben. Worauf sich die Beweisaufnahme richtet, wird erst durch die mündliche Verhandlung bestimmt. Was die Klage zum bestimmenden Schriftsatze macht, muß daher wo anders stecken (410 f.). Die Aufgabe der Klage ist vielmehr die Festlegung des Prozeßgegenstandes. Sie muß die nach § 322 erforderliche Grundlage für die Rechtskraft liefern. Hierfür ist erforderlich, genügt aber auch die Individualisierung, alles weitere geht über diese Aufgabe der Klage hinaus. Die Klage muß bestimmen, worüber das Urteil ergeht, die mündliche Verhandlung und die Beweisaufnahme ergeben, wie das Urteil ausfällt (419 f.).

III. Bestimmter Antrag. 1. Bei Anfechtungsklagen. **RG.** 25. 2. 16, GruchotsBeitr. 60, 878, HessRspr. 17, 35, JW. 16, 845, R. 16 Nr. 1566, 1567. Geklagt war auf Grund § 9 **AnfG.** auf Zahlung, Wertersatz, vorsorglich auf Herausgabe der dem Schuldner übertragenen „Mobiliar und Weinvorräte" zum Zwecke der Zwangsvollstreckung (anstatt umgekehrt). Kläger war nicht imstande gewesen, durch Ergänzung der Sachanführungen seinen Anspruch bezüglich der aus dem Schuldnervermögen aufgegebenen Sachen bestimmt und genügend zu begründen. Die Abweisung angebrachtermaßen wurde gebilligt, wenngleich derartige Klagabweisungen nach geltendem Prozeßrechte durch sachgemäße Ausübung des richterlichen Fragerechts tunlichst vermieden werden sollen. — Vgl. hierzu Jäger, JW. 16, 845, der darauf hinweist, daß das RG. mit Recht auf den Hauptantrag nicht eingegangen sei, solange die ursprünglichen Rückgewährgegenstände, wegen deren Aufopferung der Wertersatz beansprucht worden, nicht bezeichnet seien.

2. Bei Klagen auf Vornahme einer Handlung. BayObLG 21. 2. 16, R. 16 Nr. 972, 973. Bei Klagen, deren Antrag auf Verurteilung zur Vornahme einer Handlung geht, bemißt sich das Erfordernis der Bestimmtheit nach den Umständen des Falles; maßgebend ist dabei weniger die Rücksicht auf die Möglichkeit oder Leichtigkeit der Vollziehung des Urteils als auf die Sicherung der Verteidigung des Beklagten. (Im gegebenen Falle wurde für ausreichend erachtet der Antrag, die dem Kläger zugesprochene Grundfläche von zwei näher bezeichneten Hypotheken frei zu machen, da die Fläche durch die Angabe ihrer Grenzen und ihrer Beschaffenheit ausreichend bestimmt war.)

3. Bei Schadensersatzklagen. a) Marwitz 836 wendet sich gegen den seit **RG.** 21, 387 allgemein für zulässig erklärten Klagantrag, den Beklagten zu einer nach richterlichem Ermessen oder nach dem Gutachten eines Sachverständigen festzusetzenden Summe zu verurteilen. Ein solcher Antrag ist kein bestimmter im Sinne des § 253 Ziff. 2. (Vgl. dagegen neuestens Hamm 29. 10. 15, OLG. 33, 56, unter Hinweis auf **RG.** 10, 355 u. 12, 391.) Versäumnisurteil und Anerkenntnisurteil sind unmöglich. — Es liegt kein Grund vor, eine auf Geldzahlung gerichtete Klage ohne Bezifferung der beanspruchten Summe zuzulassen. § 92 Abs. 2 zeigt, daß das Gesetz die Möglichkeit eines Irrtums bei der Schätzung nicht für genügend erachtet, die Stellung eines ziffernmäßig bestimmten Antrags zu unterlassen. — Läßt man den Antrag bei Schadensersatz- und Enteignungsprozessen zu, so muß er auch in anderen Prozessen zulässig sein. — Die Zulassung derartiger Klagen, die den

Kläger einer genauen Prüfung seines Anspruchs enthebt, vermehrt die Zahl der Prozesse und erschwert die Lage des Beklagten. — Vgl. auch zu §§ 256, 304, 538 ZPO.

b) **RG.** 19. 2. 16, LeipzZ. 16, 596, R. 16 Nr. 1565. Der Antrag auf Verurteilung eines dem Betrage nach nicht bestimmten Schadens kann nach Lage der Sache unter Umständen als Feststellungsantrag aufgefaßt werden (JW. 11, 188). Im gegebenen Falle wurde aus der ausdrücklichen Erklärung des Klägers in Verbindung mit dem Wortlaute hergeleitet, daß nicht Feststellung, sondern Verurteilung zur Leistung gewollt, und deshalb der Antrag in Ermangelung der erforderlichen Bestimmtheit für unzulässig erklärt.

4. Schultzenstein 561, 579 zu § 63 ALVG. erörtert die verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkte unter Gegenüberstellung mit dem Zivilprozesse.

§ 256.

I. Allgemeine Fragen. 1. Heinsheimer, JW. 16, 675. Die Feststellungsklage, die nicht dem regelmäßigen Zwecke des staatlichen Rechtsschutzes — der Durchsetzung der Privatrechte — unmittelbar zustrebt, sondern sich zunächst mit einem Vor-Urteil, der bloßen Feststellung, begnügen will, ist eben deshalb nur ausnahmsweise zulässig, weil sonst durch die stückweise Erledigung des Streites eine Häufung von Prozessen eintreten könnte. — Die Klage darf, was von Amts wegen zu prüfen, sich nicht auf ein einzelnes Element des Rechtsverhältnisses beschränken, da sonst die Gefahr vorläge, daß der Feststellungsprozeß selbst wiederum in mehrere Einzelprozesse zerfiele.

2. Rechtsverhältnis unter den Parteien. Rechtliches Interesse. a) **RG.** 7. 12. 15, BayRpflZ. 16, 132, R. 15 Nr. 265. Allerdings ist die Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht unter allen Umständen davon abhängig, daß das festzustellende Rechtsverhältnis auf unmittelbaren rechtlichen Beziehungen der Prozeßparteien beruht. Ergibt sich jedoch aus dem Mangel solcher Beziehungen zugleich ein Fehlen des rechtlichen Interesses des Klägers an der Feststellung, so kann die Klage nicht zugelassen werden.

b) **RG.** 15. 2. 16, JW. 16, 43. Es genügt das Interesse der Partei, zu wissen, woran sie in Ansehung eines bestimmten Rechtsverhältnisses ist, um hiernach ihr Verhalten einzurichten. Vgl. II 1.

c) Fortfall des rechtlichen Interesses. **RG.** 10. 3. 16, WarnE. 16, 161. Wenn bei der negativen Feststellungsklage das rechtliche Interesse des Klägers an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses auch regelmäßig mit der Erhebung der entsprechenden Leistungsklage von seiten des Beklagten erlischt (72, 68), so sind doch Ausnahmen von dieser Regel unter besonderen Umständen anzuerkennen, namentlich dann, wenn der Rechtsstreit auf die erhobene Feststellungsklage bis zur Entscheidungsreife vorgeschritten ist (**RG.** 12. 5. 09, JW. 09, 417). — Vgl. **RG.** 29. 1. 16, R. 16 Nr. 1509, wo das Vorliegen eines besonderen Interesses verneint wurde.

3. Klagantrag, Rechtshängigkeit, Versäumnisurteil bei der negativen Feststellungsklage. Boeters 380. Bei der negativen Feststellungsklage rechtfertigt es die Natur der Dinge, daß der Streitgegenstand nicht mit allen wesentlichen Merkmalen bezeichnet ist, sie muß aber soviel enthalten, daß bestimmte einzelne Rechtsverhältnisse praktisch danach identifiziert werden können. Die durch die Klagerhebung begründete Rechtshängigkeit erstreckt sich nur auf die Rechtsverhältnisse, die in ihrer Individualität nach der Klage bestimmbar sind. Und dasselbe gilt von der Rechtskraft eines Urteils, das ohne erfolgte Klagebeantwortung ergeht. — Wenn der Antrag seinem Zwecke und eigentlichen Inhalte nach auf die Entscheidung über das oder die in ihm bezeichneten Rechtsverhältnisse zielt, so darf die teilweise Feststellung dessen, was er verneint, nur zu einer teilweisen Abweisung führen und nicht daran hindern, über die weiteren unter die Klage begriffenen Teile des Streitgegenstandes gesondert zu erkennen (381). — Es gibt im Sinne des § 331 kein „den Klagantrag rechtfertigendes tatsächliches Vorbringen"; der Beklagte kann sich darauf beschränken, die Entstehung des Rechtsverhältnisses zu bestreiten. Gibt er freilich

die Entstehung zu und stützt er seinen Antrag auf Einwände oder Einreden, so kann allerdings eine Prüfung der Schlüssigkeit der Klage im Sinne des § 331 stattfinden (382).

4. Marwitz, Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage, DJZ. 16, 839, wendet sich gegen die Rechtsprechung des RG., wonach das nach § 256 erforderliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses nur bei der Klagerhebung vorhanden zu sein braucht und der Kläger berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, zur Leistungsklage überzugehen (RG. 71, 70). — Wenn die Entwicklung des Schadens während des Rechtsstreits zum Stillstande gekommen ist und der Kläger berechnen kann, was er endgültig zu fordern hat, hat er kein Interesse mehr daran, seinen Anspruch feststellen zu lassen. Die Ansicht des RG. führt zu einer Vermehrung der Prozesse und zu einer Hinausschiebung der endgültigen Erledigung des Rechtsstreits, was sowohl im allgemeinen Interesse als auch im Interesse der Parteien zu bedauern ist.

5. Gerichtsstand. Hamburg 3. 12. 15, HansGZ. 16 Beibl. 107. Für die sogenannten negativen Feststellungsklagen sind auch die besonderen Gerichtsstände gegeben, in denen die umgekehrten positiven Feststellungsklagen oder eine Klage auf Leistung erhoben werden können. (Handelt es sich um Anerkennung des Eigentums an Wertpapieren und auf Einwilligung in deren Auslieferung, so kann an dem Orte geklagt werden, wo das angebliche Versprechen des Klägers, anzuerkennen und einzuwilligen, zu erfüllen wäre.)

II. Besondere Einzelfälle. 1. Befristete und bedingte Ansprüche. Karlsruhe 24. 3. 15, BadRpr. 16, 54. (Feststellungsbegehren eines Klägers auf Anerkennung des beklagten Reichsfiskus, nach dem Tode des Klägers seiner Frau und Tochter die ihnen nach dem RBHinterblG. v. 17. 5. 07 gebührenden Witwen- und Waisengelder zu bezahlen, — bejaht.) Nach feststehender Rechtsprechung kommt als rechtliches Feststellungsinteresse schon das Interesse in Betracht, das sich in irgendeiner Weise auf die Rechtsverhältnisse des Feststellungsklägers bezieht, und zwar auch das bloß wirtschaftliche Interesse, das jemand daran nimmt, zu wissen, woran er in Ansehung eines gewissen Rechtsverhältnisses sei, um sein Verhalten danach einzurichten. Vgl. JDR. 14, III 5. — Dagegen unzulässig die Klage auf Feststellung eines theoretischen Rechtssatzes. RG. 13. 4. 16, GruchotsBeitr. 60, 1019, R. 16 Nr. 1571 (daß die Beklagte den Sohn herauszugeben hat, vorausgesetzt, daß sie nach den Verhältnissen zur Zeit eines etwaigen späteren Herausgabeverlangens kein Recht zur Vorenthaltung des Sohnes hat). Vgl. Ziff. 2 zu § 1632 BGB.

2. Erbrecht. a) RG. 14. 2. 16, JW. 16, 675, R. 16 Nr. 1570. Ein für die Feststellung nach § 265 geeignetes Rechtsverhältnis und ebenso ein Interesse des Klägers an der Feststellung tritt erst dann prozeßrechtlich in die Erscheinung, wenn unter Zugrundelegung des klägerischen Gesamtvorbringens und unter Mitberücksichtigung der Verteidigung des Beklagten, auch soweit sie auf §§ 2327, 2328, 2329 Abs. 2 BGB. gestützt ist, ersichtlich wird, daß sich aus der Durchführung der Erbauseinandersetzung gegen den Beschenkten ein Anspruch aus § 2329 oder in der Erbauseinandersetzung gegen den Miterben ein Anspruch aus §§ 2325 ff. ergeben kann. (Daher für unzulässig erachtet die Klage auf Feststellung, daß der Erblasser eine bestimmte Schenkung, gleichviel an wen, vorgenommen hat.)

b) RG. 20. 12. 15, R. 16 Nr. 1568. Ergibt sich, daß der Kläger nur zum Teil am Nachlaß erbberechtigt ist, so ist die auf Feststellung des Erbrechts am Gesamtnachlasse gerichtete Klage nicht in voller Höhe abzuweisen, sondern zum Teil zuzusprechen.

3. Rückgriffshypothek. Werneburg, BayNotZ. 53, 19, JheringsJ. 66, 87, erörtert die Frage, wie der Pfandgläubiger einer verpfändeten Hypothek nach durchgeführter Zwangsversteigerung die Eintragung seines Pfandrechts an der, nach Ansicht des RG. fortbestehenden, inzwischen gemäß § 53 ZVG., § 1164 BGB. auf den Subhastaten übergegangenen Hypothek — der Rückgriffshypothek — im Grundbuch erreichen kann. Da dem Grundbuchrichter die Prüfung der wahren materiellen Rechtslage nicht zugemutet werden kann, bedarf es gegen den eingetragenen Hypotgekar und Verpfänder der Hypothek sowie den nicht eingetragenen Subhastaten einer Feststellungsklage des Pfandgläubigers bezüglich des erfolgten Überganges der Hypothek. Die Voraussetzungen des § 256 liegen

vor; denn der Pfandgläubiger hat ein rechtliches Interesse daran, daß der Übergang der Hypothek seines Verpfänders auf den Subhastaten alsbald durch Urteil festgestellt wird, da er diesen Übergang der Hypothek dem Grundbuchrichter in der Form des § 29 GBO. zwecks Eintragung des Pfandrechts an ihn nachweisen muß.

4. Schiedsspruch. **RG.** 18. 4. 16, LeipzZ. 16, 1313, R. 16 Nr. 1572 u. 1598, WarnE. 16, 235. Zulässigkeit der auf Nichtigkeit des Schiedsspruchs gerichteten Feststellungsklage, soweit nicht Raum für die Aufhebungsklage eröffnet ist, bejaht mit Rücksicht auf die Unsicherheit nicht nur der wirtschaftlichen, sondern auch der rechtlichen Lage eines Kaufmanns im Hinblick auf die Frage der Einstellung in die Bilanz. Das Gesetz gibt der verurteilten Partei bei der gewöhnlichen Sachlage, wenn gemäß § 1039 verfahren ist, selbständig den Weg der Aufhebungsklage, ohne daß sie sich auf entsprechende Einwendungen im Wege der Vollstreckungsklage vertrösten lassen muß. Der Aufhebungsklage aber entspricht, wenn sie prozessual nicht oder noch nicht möglich ist, die Feststellungsklage als gewiesener Weg zur Erreichung des berechtigten Zieles.

5. Sparkassenverein. *Fraeb, ZBlFG. 16, 600 ff. Es kann gleichzeitig auf Feststellung der Gläubigerschaft an einem Sparkassenguthaben gegenüber der Sparkasse und auf Feststellung des Umfanges der Leistungen, die die Sparkasse möglicherweise zu machen hat, geklagt werden.

6. Stempelrecht. **RG.** 15. 2. 16, JW. 16, 843. Zulässigkeit der Feststellungsklage bejaht in betreff Zuwendungen vor Erteilung der landesherrlichen Genehmigung. Vor der Genehmigung stellen die durch die Schenkung begründeten Rechte und Pflichten, und ebenso die Steuerpflicht gegenüber dem Beklagten (Fiskus) ein schon rechtlich vorhandenes, aber noch nicht vollendetes, sondern in der Entwicklung begriffenes Rechtsverhältnis dar, das je nach der Art der Entwicklung zur vollen Wirksamkeit erstarken oder nach rückwärts hin wieder aufgehoben werden kann. In Übereinstimmung mit **RG.** 75, 406 u. 76, 384 muß daher angenommen werden, daß in Fällen der vorliegenden Art jedenfalls ein „in schwebender Ungewißheit" befindliches Rechtsverhältnis besteht, das den Erfordernissen des § 256 genügt.

7. Vorfragen. **RG.** 9. 12. 15, R. 16 Nr. 264. Streitig war die Vorfrage, ob die Abtretungen, auf die die Kläger ihre Ansprüche stützten, überhaupt zu Recht bestanden. Das rechtliche Interesse an dieser Feststellung wurde bejaht, obwohl den Klägern die Leistungsklage auf Auskunftserteilung über die Buchforderungen und die Eingänge darauf gegeben war. Wird diese Rechtsvorfrage zu ihren Ungunsten entschieden, dann ist damit jeder weitere Streit erledigt; wird sie zu ihren Gunsten entschieden, so ist für die Verfolgung der Ansprüche selbst der Weg geebnet.

§ 257.

Verhältnis zu § 561. **RG.** 24. 3. 16; 88, 178, LeipzZ. 16, 1010, R. 16 Nr. 840. Wenn der im zweitinstanzlichen Urteile bestimmte künftige Zahlungstag zur Zeit der Entscheidung der höheren Instanz bereits eingetreten ist, hat das Berufungsurteil die Bedeutung der Verurteilung zu einer künftigen Zahlung verloren. Es handelt sich nicht um die unzulässige Berücksichtigung einer neuen oder neu vorgebrachten Tatsache im Sinne des § 561. Die Verurteilung des Beklagten ist ohne Prüfung, ob der im § 257 vorausgesetzte Tatbestand mit Recht als vorliegend angenommen worden, aufrechtzuerhalten.

§ 258.

Könnemann, DJZ. 16, 103, tritt für die Ausdehnung der Bestimmung auf das Anfechtungsgesetz ein, da die Beschränkung der Anfechtbarkeit auf fällige Forderungen, besonders bei Unterhaltsansprüchen unehelicher Kinder, als bedauerlicher Mißstand empfunden werde. v. Harder, DJZ. 16, 528, meint, daß das von Könnemann erstrebte Ziel nur erreichbar sei durch Ausdehnung des § 843 Abs. 3 BGB. auf die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen.

§ 259.

Hamburg 2. 11. 15, JDR. 14 Ziff. 3 zu § 257 auch DJZ. 16, 251.

§ 260.

Zum Begriffe der Klagenhäufung. Rechtliche Behandlung der mehreren Klagegründe. *Lent. 1. Klagenhäufung liegt auch vor, wenn äußerlich nur ein Antrag vorliegt, aber auf verschiedene Rechte gestützt wird (z. B. Antrag auf Zahlung von 1000 M. auf unerlaubte Handlung und Vertragsverletzung). Denn er führt damit verschiedene Grundrechte an und bringt damit nicht etwa Rechtsausführungen, sondern tatsächliche Behauptungen. Beweis: Die Grundrechte müssen in der Klage erwähnt werden (auch nach der Substantiierungstheorie) 64 f. 2. Sind mehrere Grundrechte angeführt, so handelt es sich um mehrere selbständige Tatbestände, auch wenn deren übrige Bestandteile (der hinzutretende Vorgang, z. B. die Beschädigung) dieselben sind, und mehrere Ansprüche des bürgerlichen Rechtes, auch wenn ihr Inhalt derselbe ist (90 f.). Sie alle müssen Prozeßgegenstand sein (93). 3. Die Einheit des Prozeßgegenstandes folgt nicht aus der Einheit des Antrags, denn dieser ist Ausdruck einer Rechtsbehauptung und bestimmt erst zusammen mit dem Klagegrunde den Prozeßgegenstand; daher kann auch bei Antragseinheit mehrfaches Klagebegehren vorliegen (93 f.). 4. Würde nur über einen der mehreren behaupteten Ansprüche entschieden und könnte das Gericht auf Grund der Feststellung des einen Anspruchs mit Verurteilung den Prozeß beenden, so würde der Prozeß enden ohne vollständige Aburteilung des Prozeßgegenstandes (96 f.). Daher müssen, wenn mehrere Grundrechte angeführt sind, auch alle damit behaupteten Ansprüche abgeurteilt werden, und erst nach Entscheidung über alle kann der Prozeß enden. Nur durch Zurücknahme der Klage kann ein Anspruch aus dem Prozeß ausscheiden (101 f.). Diese Grundsätze gelten auch, wenn die mehreren behaupteten Ansprüche in Anspruchskonkurrenz oder Subsidiarität stehen; der Prozeßgegenstand ist trotz Einheit des Antrags ein mehrfacher (103 f.). Dagegen besteht bei Gesetzeskonkurrenz (z. B. die Klage wird auf § 823 Abs. 1 u. 2. BGB. gestützt) Einheit des behaupteten Rechtes und des Prozeßgegenstandes, daher auch die Freiheit des Gerichts, welchen Tatsachenkomplex es zuerst prüfen will, und die Möglichkeit, den Prozeß zu beenden, wenn auf Grund des einen Komplexes das Recht bejaht werden kann (104 f.).

§ 263.

*Lent. 1. Die objektive Identität, welche für die Einrede der Rechtshängigkeit Voraussetzung ist, beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Identität des Prozeßgegenstandes (112 f.). Daher heben nur solche Abweichungen im Tatbestande der neuen Klage die Identität auf, welche dessen Individualisierungsmomente betreffen; alle Veränderungen und Ergänzungen bei den übrigen Tatsachen bleiben außer Betracht. Daher greift die Einrede der Rechtshängigkeit bei solchen Veränderungen durch, während sie bei der ersten Klasse nicht Platz greifen kann (114). 2. Die Einrede der Rechtshängigkeit greift nicht durch, wenn die zweite Klage von dem Rechtsnachfolger einer Partei des ersten Prozesses oder gegen ihn erhoben wird (123 f.). Eine Analogie zu § 325 ist ausgeschlossen (132 f.), nicht nur, weil § 263 im Gegensatze zu § 325 die Rechtsnachfolge nicht erwähnt, sondern weil § 325 nur von der subjektiven Identität absieht, die objektive Identität dagegen aufrechterhält. (Gegenstand der rechtskräftigen Feststellung ist stets nur das Recht des Rechtsvorgängers, im Prozesse des Rechtsnachfolgers kann die Rechtsnachfolge selber stets bestritten werden, der Prozeßgegenstand ist ein anderer als wie in dem rechtskräftig entschiedenen Vorprozesse.) Sollte dagegen die Einrede der Rechtshängigkeit auf die Rechtsnachfolge ausgedehnt werden, so müßte auch das Erfordernis der objektiven Identität fallen gelassen werden. Daher ist die Lage in §§ 325 und 263 sehr verschieden (164 f.). 3. Wird erst der eine, dann der andere von mehreren konkurrierenden oder subsidiären Ansprüchen geltend gemacht, so besteht keine Identität der Prozeßgegenstände, auch wenn der Inhalt beider Ansprüche derselbe ist; damit ist die Einrede der Rechtshängigkeit im zweiten Prozeß ausgeschlossen. Handelt es sich dagegen

in zwei Prozessen um Tatbestände, die nach verschiedenen in Gesetzeskonkurrenz stehenden Gesetzen gebildet sind, so greift die Einrede des Rechtshängigkeit durch (157 f.). Dies ist ein Beweis, daß die prozessuale Behandlung von Anspruchs- und Gesetzeskonkurrenz völlig verschieden sein muß.

§ 264 (268 Ziff. 1).

I. Über die Voraussetzungen der Klagänderung im allgemeinen. *Lent 351. 1. Verneinung der Klagänderung bedeutet für den Kläger freie Hand, neue Tatsachen zur Stützung seiner Klage nachträglich anzuführen, Bejahung der Klagänderung bedeutet in der Regel, daß er die Tatsachen nicht mehr anführen kann und daß sie für diesen Prozeß ausscheiden. In einer neuen Klage können aber neue Tatsachen nur dann vorgebracht werden, wenn sie einen anderen Prozeßgegenstand ergeben, weil ihnen sonst die Einreden der Rechtshängigkeit und Rechtskraft entgegenstehen. Im Zusammenhange mit diesen ergibt sich daher, daß Klagänderung nur diejenigen Veränderungen sind, deren Vorbringen in einer neuen Klage jene Einreden nicht entgegenstehen. Daher liegt Klagänderung nur vor, wenn der Prozeßgegenstand verändert wird. Diese Auffassung der Klagänderung läßt sich durchführen, wenn man annimmt, daß ein Substantiierungszwang nicht besteht, andernfalls steht sie im Widerspruche zu den Vorschriften über den notwendigen Inhalt der Klage. 2. Der Übergang von der Behauptung eines konkurrierenden Anspruchs zu einem anderen stellt immer eine Klagänderung dar; ebenso ist es, wenn die Ansprüche im Verhältnisse der Subsidiarität stehen. Führt der Kläger dagegen nur eine andere gesetzliche Vorschrift an und belegt sie mit neuen Tatsachen, ohne die Individualisierungsmomente des bisher behaupteten Rechtes zu ändern, so bleibt der Prozeßgegenstand derselbe, und es liegt deswegen eine Klagänderung vor. Hieraus folgt wiederum ein wesentlicher Unterschied zwischen Anspruchs- und Gesetzeskonkurrenz (447).

II. Aus der Rechtsprechung. A. Parteiänderung als Klagänderung. 1. Hamburg 15. 4. 16, HansGZ. 16 Beibl. 159, OLG. 33, 59. In der Einführung einer neuen Prozeßpartei an Stelle einer bisherigen anderen ist in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des RG. eine Klagänderung zu sehen. Eine solche liegt aber nicht vor bei Abänderung in den Namen einer Person, die in der Klage als Geschäftsführer einer (nicht eingetragenen) G. m. b. H. angeführt ist, wenn sich ergibt, daß die Klage von Anfang an als gegen die Einzelperson gerichtet anzusehen ist.

2. Hamburg 20. 3. 16, OLG. 33, 59. Als Klagänderung wurde es angesehen, daß die weder in der Klagebezeichnung noch im Antrag ursprünglich benannte Ehefrau des Beklagten später geladen wurde, obwohl am Schlusse der Klage davon die Rede war, daß „beide Beklagte" als Gesamtschuldner hafteten und verurteilt werden sollten.

3. München 5. 5. 15, OLG. 33, 60. Keine Klagänderung wurde gefunden in der Einführung zweier Baumeister als Gesamtgläubiger statt der Firma. Darin liege die Berichtigung einer Unklarheit, die wiederum durch den Mißbrauch veranlaßt worden sei, sich so auszudrücken, als ob jemand eine Firma sei, während man in Wirklichkeit nur ein Einzelkaufmann oder eine Handelsgesellschaft sein und eine Firma führen könne. Der Einwand der Klagänderung wurde ferner als nahezu arglistig bezeichnet, da nicht abzusehen, welches Interesse der Beklagte daran habe, nur einen Vertragsgegner statt deren zwei zu haben, wenn es aus dem Vertrage zu Schadensersatzansprüchen ihrerseits käme.

4. RG. 17. 2. 16, KGBl. 16, 34. Die Klage gegen eine inländische Zweigniederlassung kann in eine Klage gegen das ausländische Hauptgeschäft umgeleitet werden. (Die Zweigniederlassung als solche kann überhaupt nicht verklagt werden, da sie nicht prozeßfähig ist. Verklagt werden kann nur der Inhaber des Hauptgeschäfts unter der Firma seiner Zweigniederlassung.)

B. Ergänzung oder Berichtigung der tatsächlichen oder rechtlichen Anführungen. 1. Nichtverhandelte Klagebegründung. Dresden 10. 6. 15, SeuffA. 71, 119. Eine Klagänderung liegt nicht vor, wenn der Kläger in der Berufungsinstanz

auf einen schon in der Klageschrift geltend gemachten Klagegrund zurückkommt, den er in der mündlichen Verhandlung des ersten Rechtszugs nicht vorgetragen hat (JW. 11, 50).

2. Vorweggenommene Klageeinlassung. Kiel 11. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 49. Der Beklagte kann der Aneignung seiner eigenen Sachdarstellung durch den Kläger nicht die Einrede der Klagänderung entgegensetzen.

3. Weitere „Substantiierung". **RG.** 11. 5. 16, NaumburgAK. 16, 44. Keine Klagänderung liegt vor, wenn die maßgebende Tatsache in der Klageschrift erwähnt ist, mag sie auch damals in unvollkommener Weise für die Klagebegründung verwendet worden sein. — Die Klage darf nicht gleichzeitig wegen unzulässiger, aber in einem neuen Prozesse wiederholbarer, neuer Begründung und wegen sachlicher und darum die neue Klage ausschließender Hinfälligkeit ihrer Begründung abgewiesen werden. (Feststehende Rechtsprechung des RG.)

4. Frankfurt a. M. 6. 4. 16, FrankfRundsch. 50, 27. Neues Vorbringen gegen bloße Einreden des Beklagten enthält keine Klagänderung.

C. Weitere besondere Einzelfälle. 1. Übergang von der persönlichen zur dinglichen Begründung. **RG.** 22. 12. 15, R. 16 Nr. 499. Klage auf Einräumung eines Weges über den Grundbesitz des Beklagten ursprünglich auf § 917 BGB. und vertragsmäßige Verpflichtung gestützt, demnächst als dinglicher Anspruch begründet. Klagänderung angenommen.

2. Übergang vom Anspruch auf Ersatz des sogenannten Vermögensschadens zum Anspruch auf Ersatz des sogenannten Grundstücksschadens als Klagänderung bezeichnet **RG.** 8. 7. 16, R. 16 Nr. 1756, WarnE. 16, 383. (In erster Instanz war geklagt auf Grund der Behauptung, daß die zum Grundstücke der Klägerin als Zubehör oder Bestandteil gehörige Seilbahn durch bergbauliche Einwirkungen entwertet worden sei, und auf Befragen ausdrücklich körperliche Beschädigung verneint, in der zweiten wurde der sog. Grundstücksschaden neu eingeführt.)

3. Übergang von der Vertrags- zur Bereicherungsklage. **RG.** 23. 12. 15, R. 16 Nr. 707. Der Bereicherungsanspruch ist von der erhobenen Klage auf Feststellung von Darlehnsforderungen völlig verschieden.

4. Übergang von der Anfechtungs- zur Delikts- oder Vertragsklage und umgekehrt. Riehl, Die Arglist beim Vertragsschlusse, GruchotsBeitr. 60, 790. a) (823.) Der Betrogene mag den Vertrag anfechten oder unangefochten lassen, in beiden Fällen steht ihm die Deliktsklage zur Verfügung. — Der Übergang von der Anfechtungsklage zur Deliktsklage und umgekehrt der Übergang von der Deliktsklage zur Anfechtungsklage sowie die nachträgliche Hinzufügung der einen Klage zu der anderen ist keine Klagänderung, stellt vielmehr lediglich eine anderweite rechtliche Charakterisierung des Tatbestandes dar. b) Die Anfechtungs- und Bereicherungs- und die Vertragsklage vertragen sich nicht miteinander, sie schließen sich gegenseitig aus. Wer beide Klagen in einem Rechtsstreite dem richterlichen Spruche entgegenführen will, muß die eine Klage zur anderen in ein vorsorgliches Verhältnis setzen. Die Rechtslogik erfordert, daß die Anfechtungs- und Bereicherungsklage als Hauptklage erhoben wird. — Der Übergang von der Anfechtungsklage zur Vertragsklage und umgekehrt ist eine Klagänderung. c) Da es widersinnig ist, gleichzeitig Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der Vertrag erfüllt wäre, und des Zustandes, der bestehen würde, wenn der Vertrag nicht erfüllt wäre, zu fordern, so kann auch die Deliktsklage nicht kumulativ mit der Vertragsklage verbunden werden, die eine Klage ist zur anderen stets in ein vorsorgliches Verhältnis zu bringen. — Der Übergang von der Vertragsklage zu der Deliktsklage ist Klagänderung.

5. Übergang von einer Lieferung zu einer anderen. **RG.** 16. 11. 15, LeipzZ. 16, 597, R. 16 Nr. 87. Keine bloße Klagerweiterung liegt vor, wenn der neue Anspruch auf einen völlig selbständigen, in sich geschlossenen Tatbestand gestützt wird (andere Teillieferung, anderer Abruf, andere Fristsetzung). Die rechtliche Selbständigkeit der

Ansprüche erhellt daraus, daß die Zu- oder Aberkennung des Klageanspruchs keine Rechtskraft für die Entscheidung über die neu geltend gemachten Ansprüche bildet.

6. **RG.** 7. 1. 16, R. 16 Nr. 708. Klagänderung liegt in der Ausdehnung der Anfechtung auf einen älteren Vertrag, wenn in der Klage nur ein bestimmter Vertrag angefochten wurde.

7. Übergang von einem Aufsichtsratsbeschlusse zu anderen. Hamburg 21. 12. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 115. Beruht die Vorprämienerhöhung und die Festsetzung einer Nachschußpflicht auf gesonderten Beschlüssen des Aufsichtsrats, so sind das verschiedene Klagegründe, deren einer nicht ohne Klagänderung dem anderen nachgeschoben werden kann.

8. Übergang von der Klage auf Unterlassung beleidigender und kreditschädigender Behauptungen zur Klage auf Ersatz des Schadens aus diesen Behauptungen. **RG.** 24. 2. 15; 88, 129. Beide Klagen sind ihrem Wesen nach verschieden, wenn sie sich auch aus einer unerlaubten Handlung ableiten. Der Unterlassungsanspruch erzielt die Abwehr künftigen unerlaubten Handelns, der Schadensersatzanspruch Erstattung des wenn auch erst künftig entstehenden Schadens aus dem vergangenen abgeschlossenen Handeln.

9. **RG.** 26. 1. 16, R. 16 Nr. 1161. Klagänderung liegt vor, wenn die Ehefrau auf Grund eines Ausstattungsversprechens klagt und geltend macht, daß sie aus dem dem Ehemann erteilten Zuschußversprechen ein unmittelbares Recht herleite, demnächst aber ein in der Person ihres Ehemanns entstandenes Forderungsrecht geltend macht.

D. Rechtliche Natur des Einwandes der Klagänderung. Verfahren. 1. **RG.** 16. 11. 15, R. 16 Nr. 89. Der Einwand der Klagänderung ist keine prozeßhindernde Einrede im Sinne des § 274, die vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorgebracht werden müßte. — Die Einwilligung in die Abänderung setzt voraus, daß der Kläger zunächst den Antrag der Klage vorgetragen und der Beklagte in der mündlichen Verhandlung sich darauf eingelassen hat.

2. Sachliche Entscheidung trotz Klagänderung? a) BayObLG. 22. 5./5. 6. 16, R. 16 Nr. 1575. Der Kläger hat ein prozessuales Recht darauf, daß das Gericht, wenn es die vorgebrachte Tatsache aus dem formalen Grunde der unzulässigen Klagänderung zuungunsten des Klägers für diesen Rechtsstreit ausscheidet, sie nicht gleichwohl in eben diesem Verfahren dazu verwertet, um eine dem Kläger ungünstige sachliche Entscheidung zu treffen (**RG.** 53, 36.) Vgl. aber auch:

b) **RG.** 7. 1. 16, R. 16 Nr. 709. Keine Beschwerde, wenn das Gericht Klagänderung feststellt, aber vorsorglich sachlich prüft. Ebenso **RG.** 27. 10. 15, LeipzZ. 16, 227, R. 16 Nr. 266 (da die sachliche Entscheidung nicht in Rechtskraft übergeht).

§ 265.

I. Zum Begriffe der Rechtsnachfolge im Sinne des § 265 (u. § 325) ZPO. im allgemeinen. Ketterle 153, gelangt zu dem Ergebnisse, daß Rechtsnachfolge im Sinne des Privatrechts und der §§ 265, 325 ZPO. verschiedene Begriffe sind, daß prozessuale Nachfolge zwar in der Regel gegeben ist bei Vorliegen solcher im Sinne des bürgerlichen Rechtes, daß sie jedoch auch ebenso gut trotz Vorliegens bürgerlicher Nachfolge fehlen kann. Er weist ferner eine Anzahl von Fällen prozessualer Rechtsnachfolge nach, in denen es sich um abgeleiteten oder originären Erwerb handelt (Aneignung 42, Vormerkung 98, Restitutiver Rechtserwerb 109, Verträge auf Leistung an Dritte 116). Begriffsbestimmung der Rechtsnachfolge im Sinne des § 265. Rechtsnachfolger ist derjenige, der unter Begründung eines nicht immer mit Kausalität zusammenfallenden Abhängigkeitsverhältnisses von der Rechtsstellung einer anderen Person eine gewisse Rechtslage lite pedente überkommen hat.

II. Aus der Rechtsprechung. 1. **RG.** 23. 2. 16, JW. 16, 847, R. 16 Nr. 1745. Wenn der Zedent eines rechtshängigen Anspruchs seinen Antrag nicht ändert, sondern den Anspruch weiter als eigenen geltend macht, so hat Klagabweisung zu erfolgen, auch wenn die Gegenpartei aus der erfolgten Abtretung einen Einwand nicht herleitet. Das

Gericht hat die Berechtigung des Klagebegehrens auf der Grundlage des ihm unterbreiteten Sachverhalts von Amts wegen zu prüfen, ohne dabei durch die Rechtsauffassung der Parteien und die von diesen vorgebrachten rechtlichen Gesichtspunkte irgendwie gebunden zu sein (**RG.** 74, 276; 80, 363; 84, 253). — Ebenso **RG.** 10. 1. 16, R. 16 Nr. 500; **RG.** 6. 7. 16, LeipzZ. 16, 1302; KG. 31. 1. 16, KGBl. 16, 27., München 6. 4. 16, LeipzZ. 16, 1390. (Abtretung und Pfändung nach Rechtshängigkeit können gemäß §§ 265 Abs. 3, 325 nur zum Antrag auf Hinterlegung führen.) (Herrschende Ansicht.)

2. Gegen die Anwendung des § 265 auf das Verwaltungsstreitverfahren, PrOVG. 7. 7. 15; 69, 194, JW. 16, 1290.

§ 266.

1. Anwendung auf nachbarrechtliche Rechtsverhältnisse, insbesondere Baubeschränkungen nach lübischem Rechte. Kiel 30. 11. 15, SchlHolstAnz. 16, 57. Der allgemein herrschenden Ansicht entspricht es, den § 266 auf Rechtsstreitigkeiten auf nachbarrechtlichen Verhältnissen anzuwenden (**RG.** 40, 335, JW. 12, 471). Der Beklagte führt aus, daß der § 266 auf den vorliegenden Fall nicht zutreffe, weil die Klage aus Verletzung nachbarrechtlicher Befugnisse nicht gegen den Eigentümer des Nachbargrundstücks als solchen, sondern gegen den Störer, im vorliegenden Falle gegen den zu Unrecht Bauenden, zu richten gewesen sei. Allein es wird mit der Klage eine Verpflichtung geltend gemacht, die auf dem jetzt dem Beklagten gehörigen Grundstücke kraft der gesetzlichen Vorschriften des lübischen Rechtes ruht, eine Beschränkung, die diesem Grundstückseigentum unmittelbar anhaftet. Da diese gesetzliche Eigentumsbeschränkung ohne weiteres gegen jeden neuen Eigentümer Platz greift, ruhen die aus ihr sich ergebenden Verpflichtungen im Sinne des § 266 ZPO. auf dem Grundstücke.

2. Vormerkung als „Verpflichtung" im Sinne des § 266. KG. 15. 2. 16, OLG. 33, 58. Das durch Vormerkung gesicherte Recht ist im Sinne des § 266 schon als ein Recht anzusehen, durch das eine auf dem Grundstücke ruhende Verpflichtung begründet werden soll.

§ 268.

1. Ziff. 3 für anwendbar erachtet. a) **RG.** 26. 1. 16; 88, 55. Keine unzulässige Klagänderung, wenn der Kläger an Stelle seiner ursprünglichen Geldforderung, nachdem er diese gegen eine auf seinem Grundstücke für den Beklagten eingetragene Hypothek aufgerechnet hat, den dinglichen Anspruch auf Löschung der Hypothek erhebt. α. § 268 Ziff. 3 macht hinsichtlich der Zulässigkeit der Forderung eines anderen Gegenstandes statt des ursprünglich geforderten keinen Unterschied, ob der Eintritt der Veränderung auf dem Verhalten der einen oder der anderen Partei oder aber auf einem zufälligen Ereignisse beruht. (**RG.** 70, 337, GruchotsBeitr. 48, 1107.) β. Der Umstand, daß der ursprünglich geltend gemachte Anspruch ein schuldrechtlicher war, der neue Anspruch dagegen ein dinglicher ist, steht der Annahme der Zulässigkeit des letzteren Anspruchs nicht entgegen. (Vgl. GruchotsBeitr. 55, 1058 für den umgekehrten Fall.)

b) **RG.** 29. 10. 15, LeipzZ. 16, 307. Die Klägerin hatte ihren Anspruch auf Rechnungslegung und Zahlung damit begründet, daß die Einnahmen an die Beklagten abgeliefert worden seien. Nachdem sich diese Behauptung als unrichtig erwiesen, stützte sie sich darauf, daß die Beklagten die Einziehung vertragswidrig unterlassen hätten, also gerade umgekehrt darauf, daß die Einnahmen an die Beklagten nicht abgeliefert wurden. Das ist nicht bloß eine Veränderung in bezug auf den Klagegegenstand, sondern ein wesentlich anderer rechtlicher Tatbestand.

2. Übergang zur Schadensersatzforderung bei Nachfristbestimmung im Laufe des Prozesses (§ 326 BGB.), zulässig nach **RG.** 22. 9. 16; 88, 405, LeipzZ. 16, 1431, R. 16 Nr. 1929, 1930.

3. LG. I Berlin 17. 4. 16, KGBl. 16, 55. Der streitige Betrag war bereits vor Klageerhebung an den beklagten Justizfiskus als Kostengläubiger nicht ausgezahlt, sondern

bei der Hinterlegungsstelle hinterlegt, da außer den Parteien noch der Vermieter darauf Anspruch erhob. Es wurde als unzulässige Klagänderung angesehen, daß Kläger, der in erster Instanz Zahlung vom Beklagten verlangte, in zweiter seine Verurteilung zur Einwilligung in eine Zahlung der Hinterlegungsstelle beantragte, da bei gehöriger Erkundigung die unrichtige Antragstellung von Anfang an vermieden worden wäre.

§ 270.

1. Stillschweigende Entscheidung über die Klagänderung. BayObLG. 22. 5./5. 6. 16, R. 16 Nr. 1576. Eine der Anfechtung entzogene Entscheidung im Sinne des § 270 liegt auch vor, wenn das Gericht sich tatsächlich mit dem Widerspruche des Beklagten gegen die Änderung der Klage befaßte und ihn in gewissem Maße für begründet erklärte, im übrigen aber auf den in zweiter Reihe gestellten Antrag eingegangen ist.

2. **RG.** 18. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 693, R. 16 Nr. 501. § 270 schließt eine Anfechtung der Zulassung der Klagänderung schlechthin aus, insbesondere auch mit Bezug auf die Entscheidung, daß eine Änderung der Klage deshalb zuzulassen sei, weil die Verteidigung des Beklagten dadurch nicht wesentlich erschwert werde. (Für unerheblich wurde erachtet, daß das LG. seinen Standpunkt damit begründet hatte, das neue Vorbringen sei nicht geeignet, den Klaganspruch zu rechtfertigen, während das Berufungsgericht hierin entgegengesetzter Ansicht war. Dadurch wurde die Maßgeblichkeit jener Entscheidung nicht beschränkt.)

§ 271.

1. Anwendung auf den Eheprozeß. **RG.** 29. 3. 16, LeipzZ. 16, 872, OLG. 33, 44, R. 16 Nr. 1577, 1593, WarnE. 16, 225. Die Klage kann zweifellos auch im Eheprozesse mit der Wirkung des § 271 zurückgenommen werden, und diese Wirkungen können nicht durch Berufung auf irrtümliche Voraussetzungen oder durch Anfechtung wegen Irrtums beseitigt werden (**RG.** 81, 177). Im gegebenen Falle wurde die Erhebung einer Widerklage gegenüber der anhängig gebliebenen Widerklage unter Hinweis auf **RG.** 58, 314 für neu entstandene Klagegründe mit Rücksicht auf die Eigentümlichkeiten des Eheverfahrens an sich für unbedenklich bezeichnet, aber nicht näher geprüft, ob dies auch für alte Klagegründe gelten kann oder in der Rücknahme schlechthin der Verzicht auf weitere Verfolgung im laufenden Prozeßverfahren zu erblicken sei, da es an einem vom Gesetze zugelassenen Scheidungsgrunde fehlte.

2. Umfang der Wirkungen der Klagerücknahme. Einfluß auf ein erlassenes Versäumnisurteil. Neumann hält gegen Bendix, JW. 15, 1391, an seiner JW. 14, 719 ausgesprochenen Ansicht fest, daß es an jedem gesetzlichen Mittel fehle, im Falle der Klagerücknahme ein vorläufig vollstreckbares Urteil zu beseitigen, insbesondere die Unwirksamkeit dieser Vollstreckung nicht gemäß § 766 geltend gemacht werden könne. Nach § 755 Abs. 1 höre die vorläufige Vollstreckbarkeit erst auf, wenn das vollstreckbare Urteil durch ein späteres aufgehoben sei (vgl. JDR. 14, 5). Dagegen Bendix, JW. 16, 1406. Die Rücknahme der Klage beseitigt wie die Rechtshängigkeit auch das gegen den Beklagten ergangene und vollstreckbare Versäumnisurteil mit rückwirkender Kraft. Das Urteil gilt mithin als nicht erlassen. Dem Schuldner stehen zur Beseitigung der auf Grund des außer Kraft gesetzten Urteils bewirkten Pfändung der Rechtsbehelf aus § 766 ZPO. und die Klage gemäß §§ 812 ff. BGB. offen.

3. Die Kostenentscheidung. a) Allgemeine Grundsätze. Eckstein. α. Das Urteil aus § 271 ist ein Kostenbeschluß, der nur die Form eines Urteils hat. (Der Rechtsstreit ist nicht mehr anhängig.) Folgen: Kein Versäumnisurteil gegen den Kläger, keine Entscheidungsgebühr für den Anwalt, nur die „Gebühr für eine gewöhnliche Rechtshandlung im Interesse der Parteien".

β. Der Richter ist befugt, bei der Kostenentscheidung nach § 271 die Kosten dem Beklagten insoweit aufzuerlegen, als es auf Grund der Vorschriften der §§ 95 ff. und 344 ZPO. gerechtfertigt ist. Der in diesen Bestimmungen enthaltene Rechtsgedanke ist ein allgemeiner.

γ. Die Klageteilrücknahme ist nicht ein teilweises Unterliegen und kann nicht zu einer Kostenteilung führen. Die Entscheidung hat zu lauten: Die Kosten trägt der Beklagte mit Ausnahme derjenigen, die durch die Klagermäßigung nach § 271 vom Kläger zu tragen sind.

b) Nach Bezahlung sämtlicher Kosten. Dresden 1. 10. 15, SächsOLG. 37, 76. Das Kostenurteil hat lediglich die Verpflichtung der Klägerin zur Tragung der noch nicht bezahlten Kosten ausgesprochen. Ebensowenig wie eine Verurteilung der Partei zur eingeklagten Leistung erfolgen darf, wenn sie diese bereits bewirkt hat, kann der Kläger, der alle Kosten bezahlt hat, noch in die Kosten verurteilt werden. Der Ausspruch wäre solchenfalls gegenstandslos. (Anders KG. 17. 3. 15, JDR. 14, 3.)

§ 274.

1. Ziff. 1. KG. 2. 11. 15, OLG. 33, 61. Der § 274 hat die Einrede der Unzuständigkeit allen anderen vorausgestellt, und nach der von ihm gegebenen Reihenfolge bestimmt sich in der Regel die Reihenfolge der Prüfung, wenn mehrere prozeßhindernde Einreden erhoben werden.

2. Ziff. 2. a) KG. 28. 4. 16, OLG. 33, 62. Die nachträgliche Erfüllung der Prozeßvoraussetzung in der zweiten Instanz genügt für die Anerkennung der Zulässigkeit des Rechtswegs (**RG.** 42, 283. — Im gegebenen Falle war die nach § 707 II. 11 ALR. erforderliche Entscheidung des geistlichen Oberen über die Notwendigkeit des Baues nachträglich dadurch erfüllt worden, daß das Konsistorium die Erbauung der Leichenhalle gefordert und die Regierung erklärt hatte, sie wolle die Notwendigkeit der Leichenhalle nicht mehr bestreiten. — **RG.** 34, 308; 50, 313).

b) Kiel 2. 3. 16, SchlHolstAnz. 16, 121. Die Geltendmachung der Tatsache, daß eine für die Anrufung des Gerichts vorgesehene Frist verstrichen sei (90tägige Klagefrist des Komm.-VerwG. v. 13. 11. 07), bedeutet die Einrede der Präjudizierung der Klage, nicht der Unzulässigkeit des Rechtswegs.

3. Ziff. 3. a) **RG.** 11. 7. 16, LeipzZ. 16, 1433. Der Rechtsnachfolger muß sich die Einrede aus der Schiedsgerichtsklausel entgegenstellen lassen.

b) Replik des Schiedsvertrags gegenüber der Aufrechnungseinrede. München 16. 10. 16, LeipzZ. 16, 1564. Wird das Bestehen einer Gegenforderung bestritten, so ist deshalb, ehe der Aufrechnung die Wirkung der Tilgung beigemessen werden kann, erst festzustellen, ob der Aufrechnende die Gegenforderung hat. Eine solche Feststellung hat zur Voraussetzung, daß dem angerufenen Gerichte die Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung nicht entzogen ist. Dies ist aber der Fall, wenn die Parteien vereinbart haben, die Entscheidung über die Gegenforderung solle durch Schiedsgericht erfolgen. (Im Anschluß an **RG.** GruchotsBeitr. 56, 590.)

c) Prozeßhindernde Einrede des Schiedsvertrags nach Erlaß des Schiedsspruchs. **RG.** 24. 3. 16, JW. 16, 965, LeipzZ. 16, 952. Das RG. hat wiederholt ausgesprochen (JW. 10, 711), daß die Einrede aus § 274 Abs. 2 Nr. 3 nur solange als eine prozeßhindernde gegeben ist, als ein formgültiger Schiedsspruch noch nicht vorliegt. Mit dem Erlasse des Schiedsspruchs ist nach § 1040 ZPO. das Bestehen oder Nichtbestehen des streitigen Anspruchs oder des streitigen Rechtsverhältnisses rechtskräftig festgestellt. Solange der Spruch nicht im Wege der Klage nach § 1041 aufgehoben oder seine Ungültigkeit durch Abweisung der gemäß § 1042 erhobenen Klage ausgesprochen ist, steht dem Beklagten nur noch die Einrede der entschiedenen Sache zur Seite. (Vorausgesetzt ist dabei, daß das schiedsgerichtliche Verfahren, der Vorschrift des § 1039 ZPO. entsprechend, durch die Zustellung und Niederlegung des Schiedsspruchs auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts seinen ordnungsmäßigen Abschluß gefunden hat).)

d) Über die Einrede, daß die Entscheidung des Rechtsstreits durch Schiedsrichter zu erfolgen habe auf Grund der BRVO. v. 15. 11. 15, RGBl. 769, vgl. Bondi, JW. 16, 8.

4. Ziff. 5 vgl. zu § 110 ZPO.

§ 276.

1. Nichtigkeit der Verweisungsentscheidung. — Folgen und Umfang der Verweisung. Groß 131. a) Urteile oder Beschlüsse, denen es an einem wesentlichen Merkmale fehlt, sind Nichtakte. — Das Urteil des § 276, das an einem solchen Mangel leidet, ist mit Rechtsmitteln angreifbar; es bedarf ihrer aber nicht, um seine Nichtexistenz beachten zu können. — Schriftstücken, die als Beschlüsse der §§ 505 und 506 auftreten, ohne es zu sein, ist mit keinem Rechtsmittel beizukommen. Der Beschluß ist von jedermann als nicht vorhanden anzusehen (z. B. Verweisungsbeschluß ohne obligatorische mündliche Verhandlung oder ohne den erforderlichen Antrag).

b) Das mit den wesentlichen Merkmalen ausgestattete, also vorhandene, möglicherweise formell rechtskräftige Urteil oder ein solcher Beschluß können einen Mangel des Inhalts aufweisen, der sie nichtig sein läßt. (Gänzlich unbestimmte Entscheidung, Verweisung an einen Privatmann, an ein Sondergericht.) Man begegnet ihnen mit formloser Geltendmachung der Nichtigkeit.

c) Vorausgesetzt, daß überhaupt ein Verfahren vorliegt, das eine Verweisungsentscheidung mit der ihr zukommenden bindenden Kraft zu erzeugen imstande ist, deckt die formelle und materielle Rechtskraft der Entscheidung prozessuale Verstöße und Rechtsirrtümer.

2. Da in den Fällen der §§ 276 und 505 der Rechtsstreit in seinem ganzen Umfange vor dem verweisenden Gericht unzuständig war, findet eine Fortsetzung des Verfahrens in keinem Punkte statt. Anders in den Fällen des § 506. Die Verweisung erfolgt teils auf Grund der Unzuständigkeit: insoweit keine Fortsetzung des Verfahrens; teils trotz Zuständigkeit wegen des Zusammenhanges des Vorprozesses mit dem nachträglich angegliederten Prozeß: insoweit Fortsetzung. Für den letzteren Fall ist eine Analogie mit dem Richterwechsel am Platze (143).

§ 280.

1. Geltendmachung der Teilforderung. RG. 26. 11. 15, BayRpflZ. 16, 93, R. 16 Nr. 90. Voraussetzung ist, daß die betreffende Forderung auch wirklich als Teilforderung geltend gemacht worden ist. (Verneint im gegebenen Falle, da die Beklagte erklärt hatte, sie begehre die 5000 M. als Gesamtbetrag ihres Schadens, obwohl sie früher beabsichtigt hatte, diesen Betrag nur als Teil einer größeren Forderung zu banspruchen.)

2. Dresden 26. 10. 15, SächsRpflA. 16, 16. Wird von einem Anspruche zunächst nur ein Teilbetrag klageweise geltend gemacht, so kann der Beklagte, der die ganze Forderung bestreitet, die „negative Inzidentfeststellungswiderklage“ mit dem Antrage erheben, das Nichtbestehen des ganzen Anspruchs, auch des eingeklagten Teiles, festzustellen. Diese (herrschende) Ansicht entspricht dem berechtigten Interesse des Beklagten und verdient deshalb den Vorzug vor der von Stein vertretenen. Das gilt auch, wenn der Kläger zunächst vor dem AG. den ganzen Anspruch durch Erhebung von Teilklagen rechtshängig macht. Denn der Beklagte hat ein unmittelbares rechtliches Interesse daran, durch Erhebung der Widerklage mit dem entsprechenden Antrage den Rechtsstreit über den ganzen Betrag an das LG. verwiesen zu sehen. (Nachdem der Kläger vor dem LG. einen alle drei Teilbeträge zusammenfassenden Antrag gestellt hatte, fiel das Interesse der Beklagten an der Widerklage weg. Wenn sie nunmehr die Widerklage für erledigt erklärte, so handelte sie durchaus folgerichtig und sachgemäß. Durch diese Erklärung erfolgte keine Rücknahme, sondern eine Beschränkung auf die Kosten.)

§ 286.

I. Allgemeines. 1. Verhältnis zum Verhandlungsgrundsatze. RG. 11. 12. 15, R. 16 Nr. 504. Der Verhandlungsgrundsatz geht nicht so weit, daß das Gericht gehindert wäre, innerhalb des Rahmens, den die streitigen Parteibehauptungen abgeben, als Beweisanzeichen Umstände, die in der Verhandlung oder der Beweisaufnahme hervorgetreten sind oder die sich aus der Erfahrung ergeben, auch dann zu verwerten, wenn sie von den Parteien nicht besonders betont worden sind.

2. Verhältnis der Begründungspflicht zur freien richterlichen Beweiswürdigung. BayObLG. 3./17. 3. 16, R. 16 Nr. 977. Ist die Aussage eines Zeugen nicht erwähnt, so ergibt sich daraus für die Regel der Schluß, daß ihr der Richter keine oder doch keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen hat; nicht aber kann daraus ohne weiteres gefolgert werden, daß er die Aussage überhaupt nicht gewürdigt habe. Die Begründungspflicht ist im wesentlichen positiver Natur; es genügt, wenn sich vom Standpunkte der als leitend bezeichneten Erwägungsgründe nach logischer Schlußfolgerung die Bedeutungslosigkeit der nicht erörterten ergibt. Ein Verstoß gegen § 286 würde nur dann vorliegen, wenn aus der Urteilsbegründung zu entnehmen wäre, daß eine wesentliche tatsächliche Behauptung oder ein wesentliches Beweismittel übersehen werde.

3. Abstandnahme von einem Beweisbeschlusse. **RG.** 30. 9. 15, JW. 16, 133. Dem Gerichte steht es zwar jederzeit frei, von einer angeordneten Beweisaufnahme wieder Abstand zu nehmen (JW. 10, 191); war der Beweissatz aber erheblich und steht dem Gerichte nicht einer der besonderen Gründe zur Seite, aus denen ein Beweisantrag mit Recht abgelehnt werden darf, dann begründet die Abstandnahme von der beschlossenen Beweisaufnahme einen Verstoß gegen § 286 ZPO. — Vgl. auch zu § 374.

II. Einzelne Fälle. 1. Verwertung von Parteibehauptungen. a) **RG.** 25. 10. 15, LeipzZ. 16, 43, R. 16 Nr. 516. Der Stand der neueren Rechtsprechung des RG. (vgl. früher JW. 93, 95; 98, 413) ist der (**RG.** 67, 364; 78, 345; 86, 14), daß Behauptungen einer Partei, die vom Gegner bestritten sind, zwar nicht als Geständnisse i. Sinne des § 288 ZPO. behandelt, wohl aber bei freier dem Gerichte nach § 286 ZPO. zustehender Beurteilung, der, wie das Verhalten einer Partei im Rechtsstreit überhaupt, so auch ihre Behauptungen unterliegen, gegen den Behauptenden verwertet werden dürfen. Vgl. JDR. 14 II, **RG.** 19. 3. 15, jetzt auch SeuffA. 71, 209.

b) **RG.** 2. 10. 16, WarnE. 16, 482. Unbedenklich statthaft ist es jedenfalls, und zwar auch für den Eheprozeß, derartige Behauptungen bei der nach § 286 über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache nach freier Überzeugung zu treffenden Entscheidung zu berücksichtigen.

2. Verwertung eidesstattlicher Versicherungen und schriftlicher Gutachten und Zeugenaussagen. a) **RG.** 14. 2. 16, R. 16 Nr. 1578. Eidesstattliche Versicherungen einer verstorbenen Person sind prozeßrechtlich verwertbar, ihre Bedeutung ist nach § 286 zu schätzen.

b) Schriftlicher Zeugenbeweis. **RG.** 7. 12. 15, LeipzZ. 16, 537. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung führt nicht dahin, daß das Gericht sich an Stelle der Vernehmung des Zeugen mit einer bloßen schriftlichen Erklärung desselben begnügen und eine nicht beeidigte Angabe wie eine beeidigte behandeln darf. (Im Anschluß an **RG.** 8, 408; 10, 416). Vgl. andererseits

c) **RG.** 13. 12. 15, LeipzZ. 16, 1432, wo die Verwertung eines schriftlichen Gutachtens eines nicht vernommenen Sachverständigen im Wege des Urkundenbeweises gebilligt wurde, wenn von keiner Seite gegen die Verlesung des Gutachtens und dessen Verwertung als Beweismaterial Widerspruch erhoben wurde.

3. Beweis einer Pfändung. **RG.** 21. 12. 15, R. 16 Nr. 506. Das Berufungsgericht hatte die Tatsache der Pfändungen nicht auf Grund der betr. Pfändungsprotokolle, sondern aus anderen Umständen entnommen. RG. hält dies für eine sehr weitgehende Anwendung des § 286; jedoch sei die Grenze der Gesetzesvorschrift nicht überschritten.

4. Ablehnung eines Zeugenbeweises. a) **RG.** 12. 11. 15, R. 16 Nr. 91, hält daran fest, daß die Ablehnung des Zeugenbeweises nur begründet ist, wenn das Gericht bereits die Überzeugung von Tatsachen gewonnen hat, die unvereinbar sind mit dem von den weiteren Zeugen zu Bekundenden. Die Bemerkung, der Zeuge sei von vornherein als unglaubwürdig anzusehen, ist eine unstatthafte Vorwegnahme der Beweiswürdigung, die darauf hinausläuft, daß die Vorschrift des § 446 in unzulässiger Weise auf den Zeugenbeweis ausgedehnt wird. Vgl. JDR. 14 V 1; ferner **RG.** 31. 1. 16, LeipzZ. 16, 939.

b) RG. 21.6.15, HessRpr. 16, 288. Ein Beweisantrag der Klägerin, die sich auf Zeugen dafür beruft, daß das Nachsuchen (nach explodiertem Zündmaterial) auf dem Platze sehr oberflächlich gewesen sei, hatte das BG. abgelehnt, weil anzunehmen sei, daß die Zeugen nach so langer Zeit Genaues nicht mehr würden bekunden können; wenn sie aber doch genaue Bekundungen machten, die im Widerspruche mit denjenigen der Militärpersonen ständen, die letzteren den Vorzug verdienen würden. Diese Ablehnung des an sich erheblichen Beweisantrags verstößt gegen § 286 und enthält eine unzulässige Vorausnahme der Beweiswürdigung. Erst nach der Vernehmung der Zeugen, gegen deren persönliche Glaubwürdigkeit Bedenken nicht bestehen, kann die Bedeutung ihrer Aussagen gegenüber denen der Militärpersonen ermessen werden. Ebenso RG. 31. 5. 16, LeipzZ. 16, 1011, R. 16 Nr. 1932, wo nicht für berechtigt anerkannt wurde, daß das OLG. der künftigen Aussage den Beweiswert abgesprochen, weil starke aus der Sachlage entnommenene Zweifelsgründe beständen, insbesondere nach der Richtung, daß den Zeugen seine Erinnerung an die Verhandlungen täuschen könnte. Die Zuverlässigkeit der Aussage könne in Aufzeichnungen oder in anderen Umständen eine Stütze finden. Erst wenn die Zeugenaussage vorliege, werde sich ihre Beweiskraft beurteilen lassen.

Dagegen die Ablehnung des Zeugenbeweises gebilligt:

c) RG. 2. 11. 15, LeipzZ. 16, 597, wo die Beeidigung abgelehnt wurde, weil das OLG. angenommen, seine aus dem Inhalte des Briefwechsels geschöpfte Überzeugung von der Unrichtigkeit der Bekundung des Zeugen könne durch dessen Beeidigung nicht beeinflußt werden, und zwar einmal, weil der Zeuge mit seiner Angabe, er und B. seien darüber einig gewesen, daß der Vertrag fest geschlossen, nur ein Urteil ausspreche, ohne die rechtfertigenden Tatsachen zu bezeichnen, und dann weil er bei seiner Vernehmung seine wirtschaftliche Abhängigkeit von der Klägerin zunächst abgeleugnet und hinterher nur mit sichtlichem Widerstreben zugestanden habe.

d) RG. 23. 3. 16, WarnE. 16, 168, erklärt als gerechtfertigt die Ablehnung der Vernehmung eines Zeugen, weil es sich offenbar nicht um eine Tatsache handelte, die der Zeuge bekunden sollte, sondern um ein Urteil, das er abgegeben, einen Schluß, den er aus dem ihm angeblich bekannten Bestehen unsittlicher Beziehungen zwischen der Klägerin und der Erblasserin ziehen sollte. Das sei keine unzulässige Vorwegnahme des Ergebnisses der beantragten Beweisaufnahme.

e) RG. 25. 10. 15, R. 16 Nr. 975. Der Antrag (nachdem bereits 9 Zeugen vernommen), 15 weitere Zeugen über die Gutartigkeit eines Hundes zu vernehmen, wurde mit Recht abgelehnt, weil es sich um Nachbarn, Verwandte, jetzige oder frühere Angestellte des Beklagten handelte, und erfahrungsgemäß sich Hunde, die gegen Fremde bösartig seien, Bekannten und solchen gegenüber, die öfters mit ihnen umgehen, friedfertig zeigen.

f) Ablehnung wegen leerer Vermutungen. α. Dresden 9. 12. 15, SeuffA. 71, 210. Zeugenbeweis abgelehnt, weil das eigene Vorbringen des Klägers deutlich ergibt, daß er nicht Tatsachen unter Beweis stellt, die auf bestimmten Wahrnehmungen beruhen, sondern solche, die er, dafern er sie nicht überhaupt aus der Luft greift, aus nicht nachweisbaren Tatsachen folgert. (Der Kläger hatte auf Befragen erklärt: er nehme an, daß die Zeugen von dem, worüber sie aussagen sollten, gehört hätten; es sei aber auch nicht ausgeschlossen, daß es Gegenstand ihrer Wahrnehmung sei.)

β. RG. 15. 4. 16, WarnE. 16, 219. Die Ablehnung des Beweisantrags wurde gebilligt, weil das Berufungsgericht auf Grund der sonstigen Vorgänge das Gegenteil für erwiesen erachtete und die Behauptung der Klägerin mangels jeder näheren Begründung als auf leerer Vermutung beruhend ansah.

5. Ablehnung der Vernehmung von sachverständigen Zeugen und Sachverständigen. a) RG. 26. 1. 16, R. 16 Nr. 714. Mißt der Richter sich eine hinreichende Sachkunde bei, so ist er befugt, Anträge der Parteien auf Zuziehung von Sachverständigen abzulehnen, und die Art und Weise der Ausübung dieses Ermessens ist der Nachprüfung

des Revisionsgerichts entzogen. Dasselbe gilt aber nicht auch für die Vernehmung von sog. sachverständigen Zeugen, die über bestimmte Tatsachen benannt sind.

b) RG. 17. 4. 16, R. 16 Nr. 1162. Es ist nicht richtig, daß ein Sachverständiger nur sein Gutachten über den jetzigen Gesundheitszustand des Beklagten abzugeben vermöchte. Aus der Art der Erkrankung, namentlich wenn es sich, wie behauptet war, um ein chronisches Leiden handeln sollte, können sich sehr wohl Schlüsse auch für die Zukunft ziehen lassen.

6. Berücksichtigung von Rechenfehlern. **RG.** 23. 11. 15, R. 16 Nr. 976. Nicht um eine offenkundige Tatsache, die, um berücksichtigt zu werden, des Vorbringens durch die Partei bedarf, sondern um Beweiswürdigung handelt es sich, wenn ein offensichtlicher Rechenfehler in einem Gutachten von Amts wegen in den Urteilsgründen festgestellt wird.

§ 287.

1. Allgemeines. Hartung 117—128. § 287 Abs. 1 Satz 1 erweitert die dem Gerichte nach § 286 Abs. 1 zustehende freie Beweiswürdigung. Nach § 287 Abs. 1 Satz 2 kann das Gericht unter Abschneidung von Beweisantretungen die Begutachtung durch Sachverständige anordnen. Dagegen gibt § 287 Abs. 1 Satz 3 dem Gerichte kein Offizial-, sondern nur ein Initiativrecht (vgl. vor § 139). Folglich hat der Schätzungseid subsidiären Charakter und kann der Partei nicht gegen ihren ausdrücklichen Willen auferlegt werden. Die Auflage eines Schätzungseids setzt ebenfalls einen unvollkommenen Hauptbeweis voraus. (Der Eid kann daher vom Richter dem Beweisführer nur dann auferlegt werden, wenn es überhaupt unmöglich ist, in anderer Weise diesen Wert zu bestimmen.) Der Schätzungseid ist stets in die Überzeugungsform zu kleiden. Er ist ein reiner richterlicher Eid; die §§ 476 und 477 finden daher auf ihn Anwendung.

2. Zeiler 313 erörtert die grundsätzliche Frage, ob die Gesetzesstelle meint, der Richter dürfe sich mit einem geringeren Grade des Fürwahrhaltens begnügen, oder ob sie sagen will, er solle nur freier gestellt werden hinsichtlich des Weges zu der gleichwohl wie im ordentlichen Verfahren geforderten Überzeugung in seinem Gewissen. Es wird gezeigt, daß die zweite (in der Rechtsprechung des RG. zutage tretende) Auffassung nicht befriedige und es dem wohlverstandenen Vorteile der beiden Rechtsuchenden diene, dem Richter die Freiheit einer vermittelnden Entscheidung zu geben; — auch außerhalb des Gebiets der Schadensklagen. (Im Anschluß an seine Schrift „Unbestimmtheit der Rechtsanwendung" usw., 1915, und Hartzfeld, Der Streit der Parteien, 1911.)

Vgl. ferner Heinsheimer, JW. 16, 423 Anm. Dem ganzen Zusammenhange des § 287 nach muß bezweifelt werden, ob damit wirklich das gleiche bestimmte Fürwahrhalten gemeint sein kann, als welches sich die „Überzeugung" in der allgemeinen Vorschrift des § 286 darstellt, oder ob nicht vielmehr im Gebiete des § 287 auch subjektiv das minder-gewichtige „Ermessen" an die Stelle der nach dem Wortlaut auch hier geforderten „Überzeugung" treten darf.

3. Aus der Rechtsprechung. a) **RG.** 20. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 697, JW. 16, 423, LeipzZ. 16, 1365, R. 16 Nr. 1933. Die Bestimmung des § 287 gewährt dem Richter einen freieren Spielraum als diejenige des § 286; es ist ihm nicht nur ausdrücklich nachgelassen, ob er eine beantragte Beweisaufnahme anordnen wolle oder nicht; er darf auch Umstände berücksichtigen, die nicht Gegenstand der Verhandlungen und der Beweisaufnahme waren, und von der Anführungs- und Beweispflicht der einen oder der anderen Partei absehen (**RG.** 9, 418; 10, 405; 67, 203; 68, 165; 76, 175). Nach feststehender Rechtsprechung findet § 287 auch Anwendung für die Frage des ursächlichen Zusammenhanges zwischen einer Handlung oder einem Ereignis und dem von einer Partei daraus abgeleiteten Schaden; — keine Anwendung findet dagegen § 287 auf die Feststellung des Tatbestandes der schädigenden Handlung selbst, des tatsächlichen Herganges bei einem Unfalle (**RG.** 45, 356; 46, 407; JW. 12, 800; 15, 1199). (Im gegebenen Falle hatte das Berufungsgericht rechtsirrtümlich nach § 287 gewürdigt, wo die

Klägerin zu Falle gekommen war, wo die glatte Stelle vor dem Hause des Beklagten sich befunden hatte und wie sie beschaffen war.) Vgl. auch zu § 549 ZPO.

b) BayObLG. 22. 11. 15; 16, 15. Nach § 287 Abs. 2 ist für die Frage des ursächlichen Zusammenhanges die Beweiswürdigung dem richterlichen Ermessen überlassen; die in Ausübung dieses Ermessens gewonnenen Erwägungen können im allgemeinen nicht einen Gegenstand der Nachprüfung in der Revisionsinstanz bilden. Nur grundsätzliche Verstöße können gerügt werden.

c) **RG.** 14. 1. 16, BayRpflZ. 16, 177. Die durch § 287 ZPO. gebotene Würdigung aller Umstände erforderte zunächst Aufklärung und Feststellung der Umstände. Statt dessen ergänzt der Berufungsrichter die Lücken seiner Kenntnis des Sachverhalts durch Mutmaßungen, die bei Erhebung des angetretenen Beweises sich als haltlos herausstellen können; ein solches Verfahren wird durch den Satz 2 des § 287 nicht gerechtfertigt. (Die Abweisung einer Schadensklage war lediglich darauf gestützt, es sei nicht bewiesen, daß die Hypothek des Klägers 10 000 M. wert war und ihr Verlust auf die von den beklagten Rechtsanwälten auftragswidrig eingeleiteten Zwangsvollstreckungsmaßregeln zurückzuführen sei.) Vgl. aber auch **RG.** 19. 5. 16, LeipzZ. 16, 1296. Eine Substantiierungspflicht besteht nicht.

§ 288.

Gegenstand des Geständnisses. Rechtsgeständnis. *Lent. 1. Unrichtig ist es, daß ein Geständnis nur dieselben Tatsachen betreffen könne wie die Beweisaufnahme (82 f.). Denn es sind zwei verschiedene Fragen, welche Stücke des Tatbestandes derjenige, der ein Recht behauptet, beweisen muß (Regelung der Beweislast) und wie er den danach notwendigen Beweis bewerkstelligt (Regelung der Beweisaufnahme). Es können Ereignisse Gegenstand der Beweisaufnahme sein, die überhaupt nicht zum Tatbestande gehören, der unter die Beweislast fällt, z. B. beim ganzen Indizienbeweis. Das Geständnis bezieht sich nun nicht nur auf das, was Gegenstand der Beweisaufnahme sein kann, sondern auf das, was nach der Beweislast bewiesen werden muß, ohne Rücksicht darauf, ob dasselbe unmittelbar überhaupt Gegenstand einer Beweisaufnahme sein kann. 2. Auch das Rechtsgeständnis ist Zugeben eines Tatbestandsstücks, nicht Rechtsausführung (75 f.). Seine Zulassung ergibt sich daraus, daß es in der Mitte zwischen dem Geständnisse von Tatsachen und dem Anerkenntnisse (welches den Prozeßgegenstand betrifft) steht. Es kürzt auch den Prozeß ab und entlastet ihn von einer Beweisaufnahme über Dinge, über welche die Parteien einig sind. Vgl. hierzu **RG.** 11. 4. 16, R. 16, 424, Unzulässigkeit eines gerichtlichen Geständnisses betr. Anbaufertigkeit einer Straße. Man hat die §§ 288 ff. auf die sogenannten Tatsachenurteile und selbst auf Rechtsverhältnisse einfachen und allgemein bekannten und geläufigen Tatbestandes erstreckt. Zu weit würde es aber gehen, wollte man auch die Anbaufertigkeit einer Straße als Gegenstand eines gerichtlichen Geständnisses zulassen. Bei diesem dem Gebiete des öffentlichen Rechtes angehörenden Begriffe handelt es sich keineswegs um einen einfachen und jedermann geläufigen Tatbestand, sondern um eine Summe einzelner tatsächlicher Erfordernisse, die dem in Betracht kommenden Ortsstatut und den betreffenden baupolizeilichen Bestimmungen zu entnehmen sind.

§ 291.

1. Offenkundigkeit und Parteivertrag. **RG.** 23. 12. 15, LeipzZ. 16, 143, R. 16 Nr. 716, WarnE. 16, 143. Die Offenkundigkeit darf regelmäßig nicht die Folge haben, Tatsachen in den Rechtsstreit einzuführen, die keine Partei behauptet hat; ihre Bedeutung besteht vielmehr nur darin, daß ein sonst zu beweisendes tatsächliches Vorbringen wegen der Offenkundigkeit keines Beweises bedarf. Hieraus folgt aber nicht, daß auch jede bei dem Gericht offenkundige Einzelheit behauptet sein müßte, um ihre Verwertung zu ermöglichen (wenn auch in bezug auf solche Umstände, über die sich die Parteien nicht besonders in der mündlichen Verhandlung geäußert haben, große Vorsicht geboten ist. Betraf Tatsachen aus einem anderen Prozesse).

2. Offenkundigkeit auf Grund eigener Prozeßakten. **RG.** 23. 12. 15, R. 16 Nr. 715. Daß das Gericht Tatsachen als bei ihm offenkundig behandelt, die es aus anderen Rechtsstreitigkeiten kennt, ist im Grundsatze nicht zu beanstanden (JW. 11, 102).

3. Erfahrungsgrundsätze. **RG.** 14. 12. 15, JW. 16, 401. Das Berufungsgericht hatte den allgemeinen Erfahrungsgrundsatz aufgestellt, daß Verpflichtungen zum Mitbieten bei Zwangsversteigerungen regelmäßig auf die ganze Dauer des Verfahrens eingegangen werden. RG. stellt dem den umgekehrten Satz entgegen, daß jene Verpflichtungen sich wegen der schwankenden Verhältnisse des Grundstücksmarkts häufig gerade auf einzelne Versteigerungstermine beschränken. (Landsberg, JW. 16, 401, weist darauf hin, in der Entscheidung verfahre RG. wie **RG.** 17, 271; d. h. behalte sich die freie Nachprüfung vor, dort eines als unbestritten aufgestellten, eine allgemeine wissenschaftliche Wahrheit enthaltenden Satzes, hier eines Satzes, der auf wirtschaftlichem Gebiet, aus der Lebenserfahrung als allgemeine Wahrheit gewonnen werde.) Vgl. auch Nr. 4.

4. Über die Abgrenzung der gerichtskundigen Tatsachen von den sog. Erfahrungstatsachen Hegler, Rechtsgang I, 209 Anm. 1 im Anschluß an seinen Aufsatz AZivPr. 104, 166 mit kritischen Bemerkungen gegen Stein. — Vgl. auch § 401 ZPO. und § 292.

§ 292.

Tatsächliche Vermutungen. Reichel, GrünhutsZ. 42, 225. Weit entfernt, in ihnen eine Einschnürung der freien Beweiswürdigung zu wittern, wird die Wissenschaft ihre Aufgabe vielmehr darin erblicken, auf Grund sorgfältiger Sammlung und Würdigung von Tatsachen des Rechtslebens empirische Erfahrungssätze zu induzieren, welche geeignet sind, die Rolle faktischer Präsumtionen zu übernehmen.

§ 293.

1. Diözesanstatuten. BayObLG. 3./17. 3. 16, R. 16 Nr. 978. Da das Gericht die in Frage kommenden Diözesanstatuten nicht von sich aus zu kennen und von Amts wegen zu berücksichtigen brauchte, so mußte die beklagte Partei, wollte sie auf das Vorhandensein dieser Vorschriften Gewicht legen, darauf besonders aufmerksam machen. Die bloße Vorlegung der Akten, in denen die einschlägigen Konstitutionen enthalten sein sollten, genügte nicht; dadurch wurde der Inhalt der Akten noch nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

2. Verkehrsgebräuche. Nußbaum, ABürgR. 42, 160, weist darauf hin, daß in der Praxis die Verkehrsgebräuche hinsichtlich des Beweises ebenso behandelt werden wie das Gewohnheitsrecht, daß insbesondere sich die Gerichte auch ohne Parteiantrag über derartige allgemeine, der Beurteilung des Streitstoffs dienende Regeln unterrichten können und tatsächlich (Einholung amtlicher Auskünfte) unterrichten.

3. Erkenntnisquellen. Schultzenstein, DJZ. 16, 666. Unter die anderen Erkenntnisquellen fällt auch eine Auskunft, selbst wenn sie schriftlich erteilt ist. Die Benutzung einer solchen Auskunft hat nicht wie die des Gutachtens eines Sachverständigen zu erfolgen.

§ 294.

1. Wesen der Glaubhaftmachung. Du Chesne, RheinZ. 8, 305, erblickt (im Anschluß an die Motive zur ZPO.) für das streitige wie für das Grundbuchverfahren das Ziel der Glaubhaftmachung in der Begründung einer Überzeugung des Richters bis auf die Herbeiführung einer Gegenüberzeugung, und in dem Glaubhaftmachungsverfahren ein unförmliches Beweisverfahren.

2. Gegen den Mißbrauch schriftlicher eidesstattlicher Versicherungen wendet sich Schneider, BuschsZ. 46, 216. (Die Tätigkeit des Rechtsanwalts hierbei wird durch die Gebühr des § 13 Nr. 1 RAGebO. abgegolten, Stettin 10. 8. 14.) Vgl. auch Schneider, DJZ. 12, 948.

3. Gebührenpflichtigkeit einer Beweisaufnahme im Arrestverfahren. Naumburg 9. 7. 15, LeipzZ. 16, 85. Die Loslösung der Beweisaufnahme zum Zwecke der Glaubhaftmachung von gewissen Formvorschriften der ZPO. entkleidet sie nicht des Charakters

einer Beweisaufnahme, und ihre Anordnung im Arrestverfahren fällt ebenso unter § 18 Nr. 2 RAGebO. wie die auf Vernehmung eines von einer Partei zum Termin ohne Ladung mitgebrachten Zeugen im gewöhnlichen Prozesse. — Vgl. JDR. 14, 3.

§ 295.

Hartung 27. Es gibt absolut unverzichtbare Prozeßmängel (z. B. § 56), absolut verzichtbare (z. B. §§ 88 Abs. 1, 110—113, 253 Abs. 4) und relativ verzichtbare Prozeßmängel. Die letzteren sind nur bei Versäumnis des Gegners von Amts wegen zu rügen (z. B. die wesentlichen Bestandteile der Klageschrift, die nicht ordnungsmäßige Form der Klagerhebung).

§ 299.

1. Recht auf Einsicht von Beiakten. Celle 6. 10. 15, OLG. 33, 63, verneint das Recht der Partei auf Einsicht von Beiakten (im gegebenen Falle von Personalakten des Polizeipräsidiums). Die Personalakten sind trotz ihrer Heranziehung nicht Teile der Prozeßakten, sondern in Wahrheit fremde Akten, die zu den Prozeßakten im Gegensatze stehen (JW. 04, 67), es sei denn, daß die Prozeßakten inhaltlich in Urkunden, die in Hilfsakten enthalten sind, eine Ergänzung finden.

2. KG. 3. u. 8. 6. 15, JDR. 14, 2, über das Recht des Konkursgläubigers auf Akteneinsicht und Abschriftenerteilung auch OLG. 32, 406 u. 407.

3. Mathes, R. 16, 597, Einsicht in Prozeß-, Konkurs- und Vollstreckungsakten, empfiehlt, in den klaren Fällen des Vollstreckungsinteresses die Gestattung der Einsicht dem Gerichtsschreiber zu überlassen.

4. Prisenrecht. Oberprisengericht Hamburg 26. 2. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 83, über das Recht zur Akteneinsicht und auf Erteilung von Abschriften aus den zu den Gerichtsakten gelangten Schriftstücken an die Parteivertreter und die Parteien nach § 31 PrisenO.

Zweiter Titel. Urteil.

Schrifttum: Abel, Zur Frage der Vollstreckungshilfe zwischen dem Deutschen Reiche und Österreich, JW. 16, 731. — Behr, Über die Zulässigkeit gegenseitiger Aufrechnung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Forderungen, DJZ. 16, 771. — Cohn, Die materielle Rechtskraft des Beschlusses aus § 3 PrFürsorgeG. v. 2. 7. 00, BrschsZ. 46, 159. — Fuchs, Zur soziologischen Auslegung der ZPO., JW. 16, 1449. — Holländer, Der Schutz gutgläubiger Rechtsnachfolger gegen rechtskräftige Urteile im § 325 Abs. 2 ZPO. und seine Grenzen, JW. 16, 1464. — Kohler, Prozeß und Nichtprozeß, Rechtsgang 2, 119. — Derselbe, Das materielle Recht im Urteile (Festschrift für Franz Klein 1914, 1). — Derselbe, Aequitas gegen res judicata, AZivPr. 114, 270. — Derselbe, Rechtskraft gegen Rechtskraft, ABürgR. 42, 113. — Kreß, Gegenvorstellung gegen unanfechtbare Gerichtsbeschlüsse, BayRpflZ. 16, 81. — Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Rechte und Zivilprozesse, II, 1916. — Marwitz, Bedenken gegen die Praxis bei Schadensersatzprozessen, DJZ. 16, 836. — Mendelssohn-Bartholdy, Rechtskraftwirkung auf Dritte, RheinZ. 8, 176. — Derselbe, Die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruchs, Festgabe für Klein, 1914, 147. — Meyn, Richtige Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter der Parteien, LeipzZ. 16, 1355. — Oertmann, Ausbeutung der Rechtskraft, ABürgR. 42, 1. — Derselbe, Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrechte. 1916. — Pagel, Prozessieren wider Treu und Glauben, Rechtsgang 2, 305. — Schoetensack, Zur Urteilssystematik des Straf- und Zivilprozesses, Rechtsgang 3, 2. — Schultz, Über den gegenwärtigen Stand der Rechtslehre und Rechtsprechung zur Rechtskraft des Urteils, Rechtsgang 1, 153, 246, 349, 424. — Senff, Ist ein Teilurteil als Vorbehaltsurteil zulässig? ThürBl. 63, 134. — Sommer, Die Vollstreckung deutscher Urteile in der Schweiz, R. 16, 185. — Sperl, Unwahrheit im Urteile (Festschrift für Franz Klein 1914, 15).

Vorbemerkungen.

1. Wesen und Einteilung der Urteile. Schoetensack 5. Es ist scharf zu unterscheiden zwischen Inhalt und Zweck eines Rechtsinstituts. — Wäre Rechtsvergewisserung Urteilszweck, so könnte sie nicht zugleich Urteilsinhalt sein. Denn der Zweck eines Instituts liegt stets außerhalb seines Inhalts. Inhaltlich ist aber das Feststellungs- wie Leistungsurteil Rechtsvergewisserung, Gewißmachung und bindende Feststellung eines

ungewissen Rechtsverhältnisses, genauer Tatbestandsnormierung, und zwar Konstatierung, nicht Konstituierung. Daran darf nicht irremachen, daß diese Urteile, eben weil staatliche Machtsprüche, sich zugleich als Befehle darstellen, dahin gehend, den Urteilsinhalt als Norm des Verhaltens zu nehmen. Im Gegensatze zu diesen, eine autoritative Deklaration enthaltenden Urteilen erschöpft sich eine weitere Urteilsart nicht in autoritativer Feststellung, hat vielmehr zugleich konstitutive Bedeutung: das Gestaltungsurteil. — Auf einer Verkennung des Unterschieds von der Wirkung eines Aktes und seinem Inhalte beruht es, wenn man als Inhalt des Leistungsurteils die Schaffung eines „publizistischen Vollstreckungsanspruchs" ausgibt und damit das Leistungsurteil ganz zu Unrecht zum Gestaltungsurteile stempelt. [Es wird weiter gezeigt — insbesondere gegen Kirsch, Beiträge zur Urteilslehre (71 ff.) und Kuttners „Anordnungsurteilen" (Urteilswirkungen außerhalb des ZP. 21 f.) —, daß die beiden großen Urteilsgruppen der konstatierenden und konstituierenden Urteile restlos alle Urteile des heutigen Zivilprozeßrechts umfassen (6—14)).] Die große praktische Bedeutung der Frage, ob ein Urteil feststellenden oder rechtsgestaltenden Charakter hat, liegt darin, daß das Konstitutivurteil zugleich Entscheidung und Verfügung ist; in seiner feststellenden Funktion wirkt es Rechtskraft inter partes, in seiner rechtsverändernden Funktion wirkt es als rechtsgestaltender Staatsakt — und zwar vom Eintritte der formalen Rechtskraft an — als „eine Verfügung, die durch Urteil geschieht", inter omnes. (Im Anschluß an Hellwig, Klagerecht und Anspruch 480.)

2. Nichturteile. Kohler, Rechtsgang 2, 119. Das Urteil ist Nichturteil, wenn es auf etwas Unmögliches oder auf etwas Unsittliches geht; ebenso wie ein unmöglicher oder unsittlicher Vertrag nicht nur anfechtbar und nicht nur unwirksam, sondern nichtig ist. (Gegen Hellwig.)

§ 301.

1. Unzulässiges Teilurteil. Behandlung von Eventualanträgen. **RG.** 22. 10. 15, JW. 16, 138, R. 16 Nr. 94, 108. Geklagt war in erster Linie auf Zahlung, hilfsweise auf Erlassung eines Vollstreckungsurteils aus einem ausländischen Urteil und weitere Zahlung. Das Berufungsgericht hatte das von ihm als Zwischenurteil bezeichnete Urteil dahin erlassen, daß der Antrag zu 1, soweit er auf das ausländische Urteil gestützt wurde, für unbegründet erklärt und der Eventualantrag auf Erlassung des Vollstreckungsurteils abgewiesen wurde. RG.: Die Entscheidung zu 1 ist Zwischenurteil und die Revision insoweit unzulässig. Soweit der Eventualantrag abgewiesen ist, liegt ein unzulässiges Teilurteil vor. Der Eventualantrag war so lange als nicht vorhanden zu behandeln, als nicht der Erstantrag verworfen wurde. Letzteres ist nicht geschehen, da nur über einen Klagegrund entschieden war. Dem Eventualantrage durfte bei dieser Sachlage nicht stattgegeben werden. Denn damit würde, dem § 308 ZPO. zuwider, der Klägerin etwas zugesprochen worden sein, was sie nicht, nämlich noch nicht beantragt hatte. Was aber in dieser Hinsicht von einer der Partei günstigen Entscheidung gilt, muß ebenso von einer ungünstigen gelten; sie darf nicht erfolgen, so lange der Anspruch, auf den sie sich bezieht, nur als ein eventueller erhoben und der Fall, für den die Erhebung erfolgt ist, noch nicht eingetreten ist.

2. Teil- statt Zwischenurteil. **RG.** 30. 5. 16, WarnE. 16, 420. (Die Klägerin hatte ihren Anspruch unterschiedslos auf jeden einzelnen von vier Verträgen gestützt, das Berufungsgericht unter teilweiser Abänderung des ersten Urteils die Klage, soweit mit ihr Ansprüche aus zwei Verträgen geltend gemacht werden, abgewiesen.) Die Entscheidung stellt, da durch sie kein zahlenmäßig begrenzter Teil des Anspruchs endgültig erledigt wurde, kein Teilurteil im Sinne des § 301 ZPO., sondern ein Zwischenurteil dar. In einem derartigen Falle ist für die rechtliche Bedeutung der Entscheidung allein maßgebend, was sie ihrem Inhalte nach wirklich ist, nicht wie das erkennende Gericht sie bezeichnen zu müssen glaubte. Die Revision wurde daher als unzulässig zurückgewiesen, die gerichtlichen Kosten der Revisionsinstanz gemäß § 6 GKG. niedergeschlagen.

§ 302.

1. Über die rechtliche Natur des Vorbehaltsurteils. Oertmann, Die Aufrechnung 186. Das Urteil nach § 302 ist kein bloßes Zwischenurteil. Es bezieht sich weder

auf einen bloßen Zwischenstreit noch auf ein einzelnes Angriffs- oder Verteidigungsmittel, sondern auf den Anspruch selbst, auf den gesamten Prozeßstoff mit Ausnahme nur des einzigen Punktes der Aufrechnungsfrage. Es ist aber ebensowenig ein Teilurteil. Es erledigt den Rechtsstreit überhaupt, aber nicht endgültig, sondern nur bis auf weiteres. Es stellt ein auflösend bedingtes Endurteil dar; es bleibt bestehen, wenn es nicht im Nachverfahren aufgehoben wird.

2. Form. Oertmann 194. Daß der Vorbehalt gerade in der Formel stehen müsse, läßt sich nicht mit Fug behaupten. — Die Urteilsformel wird dadurch inhaltlich keine andere, daß sie mit Vorbehalt gelten soll. Das bloße Schweigen über den Vorbehalt enthält an sich noch keine Verneinung desselben, läßt vielmehr der Auslegung im einen oder anderen Sinne Raum.

3. Keine Anfechtung wegen bloßer Unzweckmäßigkeit. Darmstadt 9. 2. 16, HessRspr. 16, 293. Die Frage, ob der Erlaß des Vorbehaltsurteils zweckmäßig ist, unterliegt dem freien Ermessen der ersten Instanz und ist in der Berufungsinstanz nicht nachzuprüfen. — Ebenso Oertmann 197.

4. Ist ein Teilurteil als Vorbehaltsurteil zulässig? Senff 134 verneint die Frage. (A. klagt auf Bezahlung des Mietzinses. B. stellt drei Schadensersatzforderungen zur Aufrechnung: 1. wegen Entziehung der mitgemieteten Kammer, 2. wegen Mitbenutzung des Hofes durch den Kläger, 3. wegen erfolgten Abhaltens von Zimmermietern.) Es sei unzulässig, nach Beweis über 1 und 2 ein Teilvorbehaltsurteil dahin zu erlassen, daß der Beklagte die Klageforderung abzüglich des ersten Gegenanspruchs bezahlen soll und die Entscheidung über die dritte Forderung vorbehalten bleibt. Die Klageforderung selbst sei erst spruchreif, wenn sämtliche Gegenforderungen in vollem Umfange zur Entscheidung reif seien. Vgl. aber Oertmann 195. Das Vorbehaltsurteil kann entweder den Klageanspruch ganz erledigen oder sich auf einen Teil davon beschränken (Vorbehaltsteilurteil).

5. Wegen des Begriffs des rechtlichen Zusammenhanges vgl. zu § 145 ZPO., ferner Dresden 18. 10. 15, OLG. 33, 64 (mehrere eng zusammenhängende Geschäfte, deren gemeinsame Behandlung von Treu und Glauben gefordert wurde) und Hamburg 5. 2. 16, LeipzZ. 16, 1146.

6. Erlaß des Vorbehaltsurteils bei Anerkenntnis des Saldos. Rostock 15. 5. 14, OLG. 32, 155. Erkennt der Beklagte die Zahlen des geltend gemachten Saldos an, ohne die sachliche Richtigkeit des Saldos anzuerkennen und unter ausdrücklichem Vorbehalte seiner Ansprüche, so liegt darin der Ausdruck des Willens, den Gegenansprüchen unabhängig sowohl von den bisherigen im Saldo untergegangenen Einzelforderungen als auch von den Gegenforderungen rechtliche Selbständigkeit zu geben. Vorabentscheidung nach § 302 ZPO. zulässig.

7. Ist außer den im Gesetze vorgesehenen Fällen (§§ 302, 540, 599 ZPO.) ein Urteil unter Vorbehalt zulässig? Fuchs 1449 verteidigt die Zulässigkeit entsprechender Anwendung auf den Fall, daß ein Verteidigungsmittel rechtzeitig vorgebracht sei, aber während des Krieges nicht voll aufgeklärt werden könne. (**RG. JW. 16, 686.**) Anders v. Harder, JW. 16, 1577, der durch Änderung der Restitutionsklage helfen will.

§ 304.

1. Handhabung im allgemeinen. Marwitz 841 wendet sich dagegen, daß die Vorentscheidung unterschiedslos zur Regel gemacht werde, wie es bei manchen Landgerichten geschehe. Der Rechtsstreit schleppe sich dadurch bis zu seiner endgültigen Erledigung oft viele Jahre hin. Der Kläger, der auf die beanspruchte Rente zu seinem Unterhalt angewiesen sei, leide unter diesem Mißstande. Werde das Rechtsmittel über das Grundurteil zurückgewiesen, so erhöhen sich die Anwaltsgebühren nach § 27 RAGebO. erheblich. Die Möglichkeit eines Vergleichs rechtfertige nicht die Anwendung des § 304 in ungeeigneten Fällen. Es dürfe nicht unbeachtet bleiben, daß der Kläger in Schadensersatzprozessen sich häufig nur durch seine Notlage zu dem Vergleiche bestimmen lasse, und daß der Beklagte, hinter dem in sehr vielen

Fällen eine Versicherungsgesellschaft stehe, häufig den Prozeß hinzuschleppen suche, um den Kläger zu einem ungünstigen Vergleiche zu nötigen.

2. Ist ein über den Grund des Anspruchs vorabentscheidendes Vorbehaltsurteil zulässig? **Oertmann** 195 bejaht die Frage. § 302 verlangt nur ein Reiffsein zur Entscheidung überhaupt. Daß ein dem Grunde nach festgestellter Anspruch insoweit auch entscheidungsreif sei, ist angesichts des § 304 nicht zu bezweifeln.

3. Ansprüche im Sinne des § 304. **RG.** 3. 11. 16, WarnE. 16, 499. Eine Vorabentscheidung ist nur möglich bei Ansprüchen, die auf Zahlung einer Geldsumme oder Lieferung vertretbarer Sachen gerichtet sind (nicht wie im gegebenen Falle auf Belegung des Estrichs mit Linoleum. — Im Anschluß an 60, 368).

4. Vorabentscheidung bei Eventualanträgen. **RG.** 9. 10. 15; 87, 237, JW. 16, 132, LeipzZ. 16, 382, R. 16 Nr. 92. Klägerin verlangte in erster Linie Minderung des Kaufpreises, in zweiter Linie Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das Gericht hatte sich mit dem Schadensersatze wegen Nichterfüllung erst dann zu befassen, wenn sich der Minderungsantrag als unbegründet erwies. Es war lediglich Sache des Klägers, den Hilfsantrag rechtzeitig zum Hauptantrage zu machen, falls er diesen Schritt mit der genügenden Sicherheit glaubte als vorteilhaft ansehen zu können. Daher bestand für das LG. kein rechtliches Hindernis, über den Grund des Minderungsanspruchs gemäß § 304 vorab zu entscheiden. (Hervorgehoben wurde, daß der Übergang zum Schadensersatzanspruch auch noch in der Berufungsinstanz, ja im Nachverfahren offenstand.) Vgl. hierzu **Heinsheimer**, JW. 16, 132: Meist werde, so von **Stein**, bei eventueller Häufung mehrerer Klagegründe nur Zwischenurteil gemäß § 303 für zulässig erachtet. Der Standpunkt des RG. rechtfertige sich auch aus allgemeinen prozessualen Grundsätzen (**RG.** 45, 316, JW. 06, 313).

5. Feststellungsklage. a) Dresden 10. 6. 15, SächsOLG. 37, 58. Geklagt war aus unerlaubter Handlung auf Ersatz eines entstandenen, ziffernmäßig bestimmten Schadens und auf Verpflichtung des Beklagten zur Ersetzung des künftig entstehenden Schadens. LG. hatte den Klaganspruch in seiner Gesamtheit unter der Bedingung, daß der Kläger den ihm auferlegten Eid leiste, dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. OLG. hebt auf, da der zweite Anspruch als Feststellungsanspruch gar nicht einen Streit über einen Betrag betrifft.

b) Ebenso **RG.** 18. 2. 16, HessRspr. 16, 65. Geklagt war mit dem Antrage, dem Kläger allen aus dem Unfalle bereits entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen. Kein Raum für § 304, da Kläger den Betrag, den er fordere, bisher nicht angegeben.

c) **RG.** 7. 7. 16, R. 16 Nr. 1750, WarnE. 16, 355. Ein den unbezifferten Anspruch dem Grunde nach feststellendes Urteil ist in Wahrheit Endurteil über die Feststellungsklage. Diese Erwägung führt aber nicht zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit es den Feststellungsanspruch betrifft, und zu einer dementsprechenden Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, es genügt vielmehr, wenn in solchen Fällen das RG. die vom Berufungsgericht ausgesprochene Zurückverweisung der Sache hinsichtlich der Entscheidung über den Feststellungsanspruch aufhebt.

6. Feststellung der Entschädigung durch eine Ärztekommission. **RG.** 3. 3. 16, R. 16 Nr. 1748. Ist die Entscheidung über die Höhe der Entschädigung nach den Versicherungsbedingungen durch eine Ärztekommission zu fällen, so ist kein Grundurteil möglich. Vielmehr kann nur auf Feststellung der Entschädigungspflicht bzw. auf Verurteilung der Beklagten zur Entschädigung nach Maßgabe des von der Ärztekommission zu fällenden Spruches erkannt werden.

7. Anspruch auf Schadensersatz oder negatives Vertragsinteresse. **RG.** 16. 10. 15, R. 16 Nr. 93. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist etwas nach Inhalt und Rechtsgrund anderes als der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse, die Entscheidung darüber, wenn streitig, ob Schaden wegen Nichterfüllung oder negatives Vertragsinteresse zu ersetzen, gehört daher in das Verfahren über den Grund des Anspruchs.

8. Zeitliche Begrenzung einer Rente. Kiel 31. 5. 16, SchlHolstAnz. 16, 137,

schließt sich unter Anführung der verschiedenen in der Rechtsprechung aufgetretenen Richtungen der „milderen" Richtung an, nach der die zeitliche Begrenzung einer Rente dem Urteil über den Betrag des Anspruchs vorbehalten werden kann (um eine das Verfahren noch mehr verzögernde Verdopplung der Forderungen und Beweiserhebungen bei streitiger und unübersehbarer Sachlage zu vermeiden).

9. Erledigung der Aufrechnungseinrede. a) **RG.** 7. 7. 16, BayRpflZ. 16, 387, LeipzZ. 16, 1296, R. 16 Nr. 1749, WarnE. 16, 355, hält an seiner ständigen Rechtsprechung fest, wonach vor Erledigung der Einrede der Aufrechnung nach Grund und Betrag ein Urteil aus § 304 nicht möglich ist (vgl. 61, 411; 77, 138 sowie **RG.** 16. 11. 15, LeipzZ. 16, 388), und zwar nicht nur in den Fällen, in denen die Aufrechnungseinrede im Falle ihres Bestehens den Anspruch vollständig beseitigen würde, oder in denen es ungewiß ist, ob der Gegenanspruch noch etwas vom Klaganspruch übrig lassen würde, sondern auch in Fällen, in denen die Aufrechnungseinrede, wenn begründet, den Klaganspruch nur teilweise beseitigt.

b) Gegen die herrschende Ansicht Oertmann 206. Der Rechtsgrund für einen Anspruch kann bestehen, auch wenn er im Betrag auf den Nullpunkt herabgedrückt wird. Die Aufrechnung ist begrifflich kein den Anspruch vernichtender, sondern nur herabmindernder Umstand, und es ist der reine Zufall, wenn der Subtrahendus dabei den Minuendus erreicht. Nach der herrschenden Meinung müßte, bevor die Entscheidung über den Grund ergeht, das Verteidigungsmittel der Aufrechnung in höherem Maße — nämlich auch der Höhe nach — festgestellt werden als der Klaganspruch selbst, um dessen Feststellung es sich doch handelt. (Ausgeführt wird weiter, daß sich auch mit der herrschenden Ansicht in den meisten Fällen zu befriedigenden Ergebnissen gelangen lasse.)

10. **RG.** 7. 7. 16 (s. Nr. 9 a). Die Frage der Sachlegitimation muß in dem auf Grund § 304 zu erlassenden Urteile vollständig erledigt werden. Dagegen betrifft der Einwand der Pfändung nicht die Sachlegitimation.

§ 307.

1. Wann liegt ein Anerkenntnis im Sinne des § 307 vor? **RG.** 7. 3. 16, FrankfRundsch. 50, 5. Ein bloßes Nichtbekämpfen des Anspruchs, das Nichtstellen des Antrags auf Abweisung der Klage in der Hauptsache genügt zur Annahme eines Anerkenntnisses nicht, jedenfalls dann nicht, wenn der Beklagte seinen Antrag auf Verurteilung des Klägers in die Kosten mit Ausführungen begründet, aus denen erhellt, daß er den Klaganspruch nicht anerkennen will. Ebenso **RG.** 12. 7. 16, LeipzZ. 16, 1432, R. 16 Nr. 1934, wo kein bindendes Anerkenntnis darin gefunden wurde, daß der Beklagte Abweisung beantragt, aber erklärt hatte, er erkenne den Klaganspruch dem Grunde nach an und bestreite ihn nur der Höhe nach, insbesondere erkenne er den Anspruch auf Schmerzensgeld an und sei bereit, ein solches in Höhe von 500 M. zu zahlen. Hierin liege die Äußerung der unrichtigen Rechtsansicht, daß nach Art. 1384 Code civ. ein Anspruch auf Schmerzensgeld begründet sei.

2. Wie ist zu verfahren, wenn der Antrag auf Erlaß des Anerkenntnisurteils nicht gestellt wird? a) Dresden 17. 6. 15, SächsRpflA. 16, 103. Erlaß eines kontradiktorischen Urteils trotz Anerkenntnisses als Mangel des Verfahrens angesehen und zurückverwiesen (**RG.** GruchotsBeitr. 50, 1067). Vgl.

b) Stuttgart 8. 6. 16, WürttRpflZ. 16, 93, wo aber von der Zurückverweisung abgesehen wurde, weil nach Erlaß des Urteils erster Instanz Hauptsumme und Zinsen bezahlt, der Rechtsstreit in der Hauptsache also erledigt war. Dem Beklagten wurden auch die Kosten beider Instanzen auferlegt, weil er die fällige Schuld nicht alsbald bezahlt hatte, und der Antrag, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären, erst mit der nach Verkündung des LG. erfolgten Zahlung Erfolg haben konnte. Da aber angenommen wurde, daß bei pflichtgemäßer Ausübung des Fragerechts durch den Vorsitzenden erster Instanz nicht kontradiktorisches, sondern Anerkenntnisurteil ergangen wäre, anstatt der vollen Entscheidungsgebühr nur drei Zehntel dieser Gebühr entstanden wären, so wurden die Mehrkosten gemäß § 6 GKG. niedergeschlagen.

c) Hamburg 29. 6. 16, HansGZ. 16 Beibl. 265. Wenn der Kläger nach Anerkennung des Klaganspruchs durch den Beklagten das Anerkenntnisurteil nicht beantragt, so ist der Rechtsstreit für erledigt zu erklären und nur über die Kosten zu entscheiden (JW. 94, 139).

3. Bedeutung im Verwaltungsrechtsstreite. PrOVG. 20. 5. 15; 69, 447. Aus dem den Verwaltungsprozeß beherrschenden Untersuchungsgrundsatze folgt, daß das Anerkenntnis in diesem Prozesse stets nur eine Unterlage für die vom Verwaltungsrichter zu treffende sachliche Entscheidung bilden kann.

§ 313.

1. Ziff. 1. a) Meyn, LeipzZ. 16, 1355, wendet sich dagegen, daß bei Aktiengesellschaften und Vereinen, die nach dem Gesetze durch den „Vorstand" vertreten werden (§§ 26 Abs. 2, 55 ZPO., § 231 Abs. 1 HGB.), einzelne Vorstandsmitglieder namhaft gemacht werden. Auch die Stadtgemeinde werde durch den Magistrat, der preußische Staat, vertreten durch die königliche Regierung Abt. für direkte Steuern usw., als vertreten bezeichnet, ohne die einzelnen Mitglieder anzugeben. Rechtsgrundsatz ist, daß, wenn die gesetzliche Vertretung einer juristischen Persönlichkeit aus mehreren Personen besteht, sie während des Rechtsstreits fortlaufend stets in jedem Augenblicke durch die jeweilig vorhandenen Mitglieder der gesetzlichen Vertretung in ihrer Gesamtheit vertreten wird. Der Zustellungsbeamte muß sich unter allen Umständen nach Maßgabe der die Zustellung regelnden Bestimmungen der ZPO. darüber unterrichten und vergewissern, an wen er rechtswirksam zuzustellen hat, wer also im Zeitpunkte der Zustellung den Vorstand bildet. — Wenn dagegen die gesetzliche Vertretung einzelnen bestimmten Personen zusteht, wie z. B. bei der GmbH., bei Bevormundeten, ist der allgemeinen Übung der Vorzug zu geben, die die Namhaftmachung des Vertreters verlangt.

b) **RG.** 5. 11. 15, WarnE. 16, 16. Verklagt war eine badische Stadtgemeinde, vertreten durch ihren Bürgermeister. Nach § 161 BadGemeindeO. ist gesetzlicher Vertreter der Gemeinde der Gemeinderat. Die Bezeichnung im Urteile wurde ohne weiteres geändert.

c) **RG.** 15. 2. 16, HessRspr. 17, 52. Die Parteibezeichnung „Direktion des Großherzoglichen Hoftheaters" berichtigt in „Seine Kgl. Hoheit den Großherzog von Hessen". Vgl. zu § 56 ZPO.

2. Ziff. 3. **RG.** 29. 11. 15, R. 16 Nr. 507/508, SeuffA. 71, 292. Die Parteien haben ein Recht darauf, daß ihre Behauptungen, soweit sie nicht gänzlich abwegig und ohne jede Beziehung zur Entscheidung sind, vollständig in den Tatbestand aufgenommen werden, selbst wenn das entscheidende Gericht sie für unwesentlich hält. — Wollte das Berufungsgericht den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze nicht in knapperer Zusammenfassung unmittelbar seiner Sachdarstellung einfügen, so bot ihm die durch § 313 Abs. 2 zugelassene Verweisung ein geeignetes Mittel, dem Vollständigkeitserfordernis unbeschadet der Klarheit und der durch § 313 Abs. 1 Ziff. 3 gebotenen Gedrungenheit der Darstellung gerecht zu werden. (Das Berufungsgericht hatte auf den Antrag, den Tatbestand zu ergänzen, zwar festgestellt, daß der Inhalt gewisser vorbereitender Schriftsätze vorgetragen war, aber die Aufnahme in den Tatbestand abgelehnt, da dem Erfordernis einer gedrängten Darstellung des Sach- und Streitstandes genügt sei. RG. weist darauf hin, der Beschluß habe sachlich bereits dem Erfordernisse der Berichtigung entsprochen. Durch den unterlassenen Vermerk auf dem Urteil und den Ausfertigungen sei die Partei in ihren prozessualen Rechten nicht verkürzt, insbesondere nicht verhindert worden, bei der Begründung der Revision auf den Inhalt jener Schriftsätze zurückzugreifen.)

§ 314.

Rostock 7. 2. 16, MecklZ. 34, 288. Die Beweiskraft des Protokolls ist davon abhängig, daß bei seiner Aufnahme die gesetzlichen Förmlichkeiten beachtet sind, insbesondere die Vorschriften der §§ 162, 160 ZPO. Die Unterlassung einer Rüge seitens der Partei (§ 295) läßt die Frage unberührt, welche Beweiskraft der Richter einer Urkunde beizulegen hat.

§ 319.

1. Zum Begriffe der offenbaren Unrichtigkeit. Nuß, DRAZ. 16, 96. Infolge undeutlicher Information hatte der Anwalt des Klägers in einem Termine vor dem AG. bei Stellung des Antrags auf Erlaß des Versäumnisurteils die unrichtige Angabe gemacht, daß der Beklagte 50 M. (anstatt 5 M.) auf die Schuld abgezahlt habe. Das AG. lehnte den Berichtigungsantrag ab, da es sich um eine durch Versehen einer Partei verursachte Unrichtigkeit handle. Dies wird vom Verf. bekämpft. Die Frage des Verschuldens sei im § 319 nicht aufzuwerfen; die Unrichtigkeit könne auch auf den Angaben der Partei beruhen. Es bedeute eine Härte, den Kläger auf den kostspieligen Weg der Feststellungs- und Bereicherungsklage zu verweisen, und ferner, daß gegen den die Berichtigung zurückweisenden Beschluß kein Rechtsmittel stattfinde.

Dagegen Gumbert, DRAZ. 16, 119. Es liege ein klarer Klagantrag vor, keine offenbare Unrichtigkeit. Im übrigen stehe einer neuen Klage auf 45 M. der Einwand der Rechtskraft nicht entgegen, da über den abgesetzten Betrag gar nicht entschieden sei. Hilfsweise bliebe immer die Bereicherungsklage.

2. LG. Dresden 9. 8. 15 u. OLG. Dresden 20. 8. 15, SächsRpflA. 16, 146. Eine vollstreckbare Ausfertigung von Berichtigungsbeschlüssen gibt es nicht, sondern nur eine solche von Urteilen und diesen gleichstehenden, einer Vollstreckung fähigen Titeln. — Die Vollstreckungsklausel zu dem unberichtigten Urteile deckt auch das berichtigte Urteil.

3. PrOVG. 9. 10. 14, DJZ. 16, 906, schließt sich **RG.** 21, 403; 65, 299 an, wonach eine Berichtigung des Urteils auf den Lauf der von dessen Zustellung ab beginnenden Rechtsmittelfrist keinen Einfluß ausübt.

§ 320.

RG. 5. 11. 15, R. 16 Nr. 269. Ist Vorbringen einer Partei in den Gründen enthalten, so muß die Partei, die die Angaben nicht gemacht haben will, Berichtigung des Tatbestandes beantragen.

§ 322.

I. Wesen und Geltendmachung der Rechtskraft. 1. Cohn (170) untersucht die materielle Rechtskraft auf ihren inneren Grund und gelangt zu dem Satze (175): Alleiniger Zweck und Grund der materiellen Rechtskraft ist Erhaltung der Rechtssicherheit. Alle Gründe, die sonst für die Einführung der materiellen Rechtskraft angeführt werden, sind unzutreffend oder bloße Folgen ihrer Einführung. — Der Grundsatz von der materiellen Rechtskraft ist nicht auf Zivil- und Strafurteile beschränkt, sondern gilt für alle Entscheidungen, die Rechtsgewißheit schaffen sollen, d. h. rechtsprechenden Charakter haben, da sie ohne materielle Rechtskraft ihren Zweck nicht erfüllen können. — Das Urteil, das nach § 387 Abs. 1 ZPO. über die Rechtmäßigkeit der Weigerung eines Zeugen entscheidet, ist materiell rechtskräftig, da es ein Rechtsprechungsakt ist (179). Dasselbe gilt von der Entscheidung über die Höhe der Prozeßkosten nach § 104. — Dagegen ist z. B. die Festsetzung der Zeugen- und Sachverständigengebühren nur ein Verwaltungsakt, der eine nachträgliche Änderung der Festsetzung nicht ausschließt. Ebenso sind die im Zwangsvollstreckungsverfahren ergehenden gerichtlichen Entscheidungen Verwaltungsakte. — Darum ist z. B. ein Pfändungsbeschluß der materiellen Rechtskraft nicht fähig (180). — Vgl. im übrigen unten zu § 18 FGG.

2. *Lent. a) Beim Streite um das Wesen der Rechtskraft verdient die prozessuale Theorie den Vorzug vor der materiellen. Die bisher in der Literatur gebrachten einzelnen Beispiele sind allerdings nicht ausschlaggebend, entweder weil beide Theorien, wenn auch auf verschiedenen Wegen, zu demselben Ergebnisse gelangen können, oder weil das Ergebnis, zu dem eine Theorie genötigt wird, nicht unannehmbar, daher nicht gegen sie als Beweis verwendbar ist. Schwierig ist für die prozessuale Theorie nur die Folge, daß für eine durch rechtskräftiges Urteil festgestellte, in Wahrheit aber nicht bestehende Forderung ein gültiges Pfandrecht nicht bestellt werden kann; für die materielle Theorie ist besonders bedenklich das Urteil über Echtheit einer Urkunde, da es, wenn unrichtig, die festgestellte Wirkung nicht schaffen kann. Die materielle Theorie ist aber undurchführbar, denn selbst wenn man die

materielle Wirkung der unrichtigen Urteile ihr zugibt, ist sie doch nicht in der Lage, die stete Wahrheit der Urteile zu erreichen und damit die Rechtskraft zu erklären (194). Denn die rechtsändernde Kraft der Urteile reicht durchaus nicht immer aus, um den rechtskräftig festgestellten Rechtszustand herzustellen. Dies ergibt sich, wenn man folgende drei Gruppen von Prozessen mit unrichtigen Urteilen unterscheidet: 1. Prozesse über gar nicht bestehende Rechte — positive Urteile, die das Bestehen des Rechtes feststellen; 2. Prozesse über wirklich bestehende Rechte, an denen der wahre Inhaber nicht als Partei beteiligt ist — positive Urteile, welche eine der Parteien als Inhaber des Rechtes feststellen; 3. Prozesse über bestehende Rechte unter Beteiligung des wahren Inhabers — positive Urteile, die für den Gegner des wahren Inhabers das Recht feststellen, und negative, welche das Recht des Inhabers verneinen (196, 198, 220, 225, 240). b) Pagenstechers Theorie (vgl. JDR. 13, 2), daß die Feststellungswirkung des Urteils nicht weiter geht als seine materielle Wirkung, ist nicht durchführbar (243 f.). Zunächst ist die Auffassung der materiellen Urteilswirkung als Teil der Rechtswirkungen, die das geltend gemachte Recht ausmachen, unmöglich, da auch das neugeschaffene Recht ein einheitliches subjektives Recht sein muß. Die angeblichen Beziehungen der Parteien, die durch das Urteil geschaffen und festgestellt werden, sind keine absoluten Rechte, sondern nur obligatorische Ansprüche. Die Unterscheidung des Feststellungsgegenstandes bei richtigen und unrichtigen Urteilen widerspricht dem Wortlaute der Urteile, der Absicht der beteiligten Richter und vor allem dem Prozeßgegenstande, der stets das behauptete Recht ist; Prozeß- und Feststellungsgegenstand müssen ein und dasselbe sein (255 f.). Auch für das Verhältnis der Parteien ist die Frage, ob das Urteil richtig ist, danach entscheidend, besonders wenn ein absolutes Recht festgestellt wird, das keinem der Prozeßparteien zusteht. c) Wenn die materielle Urteilswirkung die Rechtskraft doch nicht erklären kann, so ist sie um so eher zu verneinen. Zu ihren Gunsten kann auch nicht auf die konstitutiven Urteile hingewiesen werden, denn die rechtsgestaltende Wirkung ist von der Rechtskraft deutlich geschieden. Den Fortbestand der Ehe nach einem rechtskräftigen Scheidungsurteil zu behaupten, wird man nicht durch die Rechtskraft gehindert, sondern durch den Satz des bürgerlichen Rechtes, wonach die Folge jenes Urteils die Trennung der Ehe ist (283 f.). d) Geltendmachung der Rechtskraft. α. Wird eine Klage einfach wiederholt und die rechtskräftig festgestellte Behauptung nochmals aufgestellt, so ist das kein Verstoß gegen die Rechtskraft, die neue Klage wird vielmehr mangels des Rechtsschutzinteresses abgewiesen (304 f.). β. Wird eine widersprechende Rechtsbehauptung aufgestellt, während der Prozeßgegenstand derselbe bleibt, so greift die Berufung auf die Rechtskraft durch. Jene ist eine Erklärung zur Sache. Zu prüfen ist, ob die durch Berufung auf die Rechtskraft gestützte Behauptung mit der rechtskräftigen Feststellung identisch ist und der vom Kläger jetzt aufgestellten widerspricht; für jene Prüfung gelten die allgemeinen Grundsätze der Identität, diese Frage wird rein logisch untersucht (306 f.). γ. Ist der Prozeßgegenstand nicht derselbe, handelt es sich aber um dasselbe Recht im Sinne des bürgerlichen Rechtes, so ändert sich gegenüber dem vorigen Falle nur, daß die Unvereinbarkeit der neuen Rechtsbehauptung mit der festgestellten unter Zuhilfenahme von Rechtssätzen geprüft werden muß (308 f.). δ. Handelt es sich im neuen Prozeß um ein anderes Recht als in dem rechtskräftig erledigten, so kommt die Berufung auf die Rechtskraft nicht nur zur Abwehr widersprechender Behauptungen, sondern auch als Stütze neuer Rechtsbehauptungen in Betracht. Die Rechtskraft trifft aber hier nicht direkt das neue behauptete Recht, sondern nur einen Teil von dessen Tatbestand (309 f.). e) Die Einrede der Rechtskraft unterscheidet sich wesentlich von der Einrede der Rechtshängigkeit; diese ist ein rein prozessualer Rechtsbehelf, jene verneint das Recht des Gegners und begehrt Entscheidung zur Sache (313). Sie ist keine Einrede im Sinne des BGB., auch keine Einwendung, sondern Rechtsbehelf eigener Art. Ihrer Begründung nach ist sie prozessualer Behelf, indem sie sich auf Prozeßrechtssätze stützt (materielle Rechtskraft), ihrer Wirkung nach ein materieller Behelf, indem sie materielles Recht behauptet und bekämpft und eine Entscheidung der Sache herbeiführen will. Nach der materiellen Theorie ist sie dagegen eine vernichtende Einwendung des bürgerlichen

Rechtes (319 f.). f) Bei Anspruchskonkurrenz kommt die Geltendmachung der Rechtskraft nicht in Frage, wenn erst das eine der konkurrierenden Rechte Feststellungsgegenstand gewesen ist und nun im zweiten Prozesse das andere Recht behauptet oder verneint wird (als Prozeßgegenstand oder Tatbestand). Ebenso bei Subsidiarität. Bei Gesetzeskonkurrenz dagegen greift die Rechtskraft durch, wenn im zweiten Prozeß aus dem anders zusammengestellten scheinbar verschiedenen Tatbestand ein Recht gleichen Inhalts abgeleitet wird wie im Vorprozesse (320 f.).

3. Mendelssohn-Bartholdy (Festgabe für Klein 153 ff.) entwickelt folgende Sätze über das Wesen und den Umfang der Rechtskraft: a) Das Wesen der Rechtskraft ergibt sich notwendig und natürlich aus dem Zwecke des Prozesses. b) Die Rechtskraft ist deshalb eine im wesentlichen überall und jederzeit gleiche Eigenschaft der prozeßbeendigenden Entscheidung. c) Die Rechtskraftwirkung kommt nicht bestimmten Endentscheidungen kraft ihres besonderen Inhalts oder der Art des vorangegangenen Verfahrens oder der Fähigkeit des Richters zu, sondern jeder Endentscheidung als solcher. d) Die Rechtskraft der Endentscheidung besteht nicht aus einzelnen nach und nach eintretenden Wirkungen verschiedenen Rechtssubjekten gegenüber, sondern sie ist im Augenblicke der Unangreifbarkeit des Spruches (der formellen Rechtskraft) sofort in ihrem ganzen Umfang und wesenseinheitlich vorhanden. e) Dieser Satz von der Einheit der Rechtskraftwirkung gilt, gleichviel wie man diese Wirkung wissenschaftlich und prozeßsystematisch konstruiert — ob man sie wesentlich als Bindung der Gerichte oder als Bindung der Parteien ansieht, sie auf die Verfügungsmacht der Parteien oder die Gerichtsbarkeit des Staates zurückführt, ihr „materiellen" oder „prozessualen" Charakter beilegt. f) Deshalb ist beim Urteile des ordentlichen Gerichts die sogenannte Rechtskraftwirkung auf Dritte nicht als eine Gruppe von Ausnahmevorschriften neben der Regel der Wirkung auf die Parteien aufzufassen; vielmehr ist die Wirkung auf Dritte überall, wo sie eintritt, eine notwendige Folge der Wirkung, die das Urteil auf die Parteien ausübt, also ein Anwendungsfall der Regel. g) Die Wirkung der Entscheidung über den streitigen Anspruch tritt durch die Entscheidung selbst zwischen den Parteien ein. Als eine zwischen den Parteien eingetretene Wirkung muß sie aber von jedermann hingenommen werden, und als eine vom Gerichte geschaffene Wirkung wird sie, ebenfalls in ihrer relativen Natur, von jedem anderen Gerichte ex officio beachtet und neuem Spruche über dieselbe Frage zugrunde gelegt. h) Ein Dritter kann wohl bestreiten, daß ein Zivilurteil absolut richtig oder wahr sei, er kann aber nicht prozeßerheblich bestreiten, daß das Urteil relativ, zwischen den Parteien des Prozesses, richtig sei. i) Die angegebenen Gründe und Merkmale der Rechtskraftwirkung gelten auch für jede andere prozeßbeendigende Entscheidung, die vom Gesetz als solche (als Surrogat des gerichtlichen ordentlichen Urteils) anerkannt wird. — Über die Anwendung dieser Grundsätze auf den Schiedsspruch vgl. zu § 1040 ZPO.

4. Kohler, Das materielle Recht im Urteile, verteidigt die zivilrechtliche Wirkung der Rechtskraft gegenüber Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses (1914). Wenn das rechtskräftige Urteil, falls es unrichtig ist, eine zivilistische Änderung herbeiführt, so ist es doch selbstverständlich, daß, nachdem diese Wandlung eingetreten ist, alle Staatsbehörden sie ebenso anerkennen müssen, wie wenn sie durch irgendeinen zivilistischen Akt hervorgerufen worden wären (1). — Die schwierigste Frage der Materie ist aber die: Wenn das Urteil die zivilistische Rechtslage ändert, hat es in dieser Beziehung rückwirkende Kraft, oder tritt die Änderung erst mit dem Momente des Urteils ein? Die Antwort ist: An sich tritt die Änderung erst mit dem Urteil ein, aber, soweit tunlich, soll sein Erfolg zurückdatiert werden — das will heißen: der Rückwärtserfolg kann nur dann erzielt werden, wenn keine beachtenswerten Interessen Dritter im Wege stehen.

Vgl. dagegen 5. Oertmann, JheringsJ. 66, 306. Wer der Rechtskraft privatrechtliche Wirkungen beilegt, der wird, insbesondere für das Gebiet urteilsmäßiger Feststellung von dinglichen Rechten, zur Annahme relativer Rechtsgestaltungen unbedingt genötigt. Ist solche Feststellung im Widerspruche mit der bisherigen Rechtslage getroffen, so führt sie zu

folgendem Ergebnisse: Der zu Unrecht abgewiesene Kläger A. ist Eigentümer geblieben gegenüber allen dritten, vom Urteile nicht betroffenen Personen. Dagegen ist der siegreiche Beklagte B. ihm gegenüber Eigentümer geworden. Der zu Unrecht verurteilte Beklagte B. umgekehrt ist Eigentümer gegenüber Dritten geblieben, hat aber das Eigentum gegenüber dem siegreichen Kläger A. verloren. — Die Rechtskraft ist aber nichts Privatrechtliches, sondern auch in der Wirkung nur etwas Prozeßrechtliches; sie wirkt nur auf den Rechtsschutzanspruch der Parteien.

6. Aus der Rechtsprechung. a) **RG.** 28. 6. 16, R. 16 Nr. 1935. Der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache ist unbegründet, wenn der Kläger auf die Rechte aus dem rechtskräftigen Urteil auf Leistung ausdrücklich verzichtet und die Klage auf Schadensersatz erhebt.

b) Rechtskraftwirkung gegen Dritte. Mendelssohn-Bartholdy, RheinZ. 8, 176 zu **RG.** 7. 7. 14 und Seuffert, LeipzZ. 15, 1359 (JDR. 14, II). Der Satz des RG.: der Grund, weshalb im vorliegenden Falle der Beklagte jene rechtskräftige Entscheidung gegen sich gelten lassen muß, liege nicht in der der Rechtskraft dieser Entscheidung nach dem Gesetze zukommenden Bedeutung, sondern in dem zwischen der Beklagten und der Firma N. N. bestehenden Vertragsverhältnis, ist zutreffend. Es durfte aber nicht von der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache auf Grund Vertrags geredet werden. — Die Geltung des Urteils, die dem Vertrage zufolge zwischen dem Versicherten und der Gesellschaft statthat, ist keine Rechtskraftwirkung; sie tritt zwischen den Vertragsparteien und nicht zwischen den Prozeßparteien ein.

c) Breslau 4. 5. 15, JDR. 14, 4 zu § 323, jetzt auch OLG. 33, 65.

II. Rechtskraft gegen Rechtskraft. Kohler, A. ABürgR. 42, 113. LG. Berlin I 7. 4. 09 (a. a. O. 126) hatte in einem Ehescheidungsprozeß auf die Widerklage der beklagten Ehefrau die Ehe der Parteien geschieden und den Kläger für schuldig an der Scheidung erklärt, gleichzeitig aber für den Kläger auf den ihm über die Einrede der Versöhnung zugeschobenen Eid erkannt und ausgesprochen, daß, falls Kläger den Eid leiste, auf die Klage die Ehe der Parteien geschieden und Kläger für schuldig an der Scheidung erklärt werde; falls Kläger den Eid nicht leiste, werde die Klage abgewiesen. Im ersteren Falle wurden die Kosten gegeneinander aufgehoben, im letzteren Falle dem Kläger auferlegt. Beide Urteile wurden rechtskräftig. Der Kläger leistete den Urteilseid. Das LG. verweigerte aber unter Hinweis auf **RG.** 58, 316 ff. die im bedingten Endurteile vorgesehene Läuterung, da die Ehe nur einmal geschieden werden könne und das Recht auf Schuldigerklärung dem Rechte auf Scheidung akzessorisch sei. Es erklärte die Klage für in der Sache selbst erledigt und hob die Kosten gegeneinander auf (Urt. v. 3. 7. 09 a. a. O. 127). Die Unterhaltsklage der Ehefrau wurde zugesprochen (LG. Berlin I 10. 1. 12 u. KG. 18. 4. 12 a. a. O. 127, 128). Der Ehemann verklagte den Rechtsanwalt auf Schadensersatz, da er ihm nicht zur Berufung gegen das unrichtige Widerklageurteil geraten habe. Der vom LG. abgewiesenen Regreßklage wurde vom KG. 11. 2. 13 und **RG.** 11. 7. 13 (a. a. O. 129, 130, 134) stattgegeben. Hierzu bemerkt Kohler: 1. Das fehlerhafte Urteil v. 7. 4. 09 war nicht nichtig. Das rechtskräftige Eidesurteil war zu läutern, auch wenn es offenbar unrichtig war. 2. Wäre das Urteil geläutert worden, so wäre der Grundsatz anzuwenden gewesen, daß, wenn zwei Urteile einander gegenüberstehen, das zweite Urteil dem ersteren vorgeht; denn das zweite ist nicht nichtig; es muß daher ebenso maßgebend sein, wie von zwei Gesetzen das spätere Gesetz das frühere überwindet. (Wenn beide Urteile gleichzeitig rechtskräftig wurden, etwa weil bei dem einen die Frist ablief und bei dem anderen auf Rechtsmittel verzichtet wurde, so hätten sie sich beide aufgehoben und es wäre ein juristisches Nichts eingetreten.) — Die Entscheidung auf die Unterhaltsklage bekämpft Verf. als unrichtig, weil zu Unrecht die exceptio doli des Ehemanns zurückgewiesen worden, die Entscheidung auf die Regreßklage, weil der Umstand, daß die Läuterung des rechtskräftigen Eidesurteils unterblieb, ein Irrtum gewesen sei, mit dem der Anwalt nicht habe zu rechnen brauchen.

B. PrVerwBl. 37, 605 teilt Kohler einen anderen Fall zweier widerstreitender rechts-

kräftiger Urteile mit. Auf die Klage des Ehemanns wurde die Ehe durch Urteil v. 12. 11. 12 geschieden und die Ehefrau für den allein schuldigen Teil erklärt, nachdem sie als an unbekanntem Orte abwesend behandelt worden war. Demnächst erwirkte die Ehefrau gegen den unbekannt abwesenden Ehemann ein Ehescheidungsurteil, in dem dieser für den schuldigen Teil erklärt wurde. Verf. hält daran fest, daß auch in diesem Falle das spätere Urteil das frühere überwinde. Es gewährt aber dem Ehemanne die Restitutionsklage auf Grund § 580 Ziff. 7 ZPO. und gegenüber der Unterhaltsklage die exceptio doli.

III. Ausbeutung der Rechtskraft. 1. Oertmann, ABürgR. 42, 1, verneint im Anschluß an Wurzer, JheringsJ. 65, 419 (JDR. 14 zu § 767, 2), die Möglichkeit der Antastung eines rechtskräftigen Urteils wegen Moralwidrigkeit einer Partei. Mit der formellen ist die materielle Rechtskraft des Urteils mit Notwendigkeit gegeben: das darin Festgestellte darf von keinem anderen Gerichte mehr in Frage gezogen werden. Der früher Verurteilte kann also in einem neuen Prozesse nicht behaupten, daß die bisherige, vom Gegner moralwidrig herbeigeführte, urteilsmäßige Feststellung sachlich fehlerhaft gewesen sei (13). Daher wird bekämpft der Rechtssatz **RG.** 61, 365; 78, 393: Die Wirkung der Rechtskraft muß da aufhören, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt ist, einem Unrechte den Schein des Rechtes zu verleihen. Er beruht auf einer unstatthaften petitio principii. Denn ob das, dem das frühere Urteil den Schein oder den Stempel des Rechtes verliehen hat, wirklich Unrecht war, kann erst durch eine sachliche Nachprüfung des bereits abgeurteilten Rechtsverhältnisses ermittelt werden. Und solcher Nachprüfung steht eben die Rechtskraft zwingend entgegen (15). — Die Fälle der Restitutionsklage sind analoger Ausdehnung nicht fähig. — Der Dolus des zur Vollstreckung schreitenden Klägers ist nichts als die selbstverständliche Folge seines bisherigen, auf Erlangung des Obsiegs gerichteten moralwidrigen Verhaltens. Dieses erscheint als etwas durchaus Einheitliches. Es geht nicht an, inmitten desselben einen Strich zu machen und zu sagen: soweit das moralwidrige Bestreben des Klägers vor der letzten mündlichen Verhandlung lag, ist es wegen der Rechtskraft erledigt; soweit es sich weiter fortsetzte, kann sich der Gegner noch darauf berufen. — Die Berufung auf ein wirklich vorhandenes Recht, an dessen Nichtvorhandensein man irrig glaubte, stellt nur einen putativen Dolus dar. Um ihn kann sich die Rechtsordnung ebensowenig kümmern wie um den vermeintlichen Diebstahl einer in Wahrheit eigenen Sache (24). — De lege ferenda wird man einer entsprechenden Erweiterung der Restitutionsklage, vielleicht auch einer Erstreckung der Wiederaufnahmefristen das Wort reden dürfen.

2. Kohler, Aequitas gegen res judicata, AZivPr. 114, 270. Die Rechtskraft des Urteils im Zivilprozesse will besagen, daß ein rechtskräftiges Urteil, wenn es unrichtig ist, den zivilrechtlichen Stand der Sache ändert, und daß also an Stelle einer Nichtschuld eine Schuld, an Stelle einer Schuld eine Nichtschuld getreten ist. Damit ist aber auch die Bedeutung des Urteils erschöpft. Daß durch die Rechtskraft auch die juristische Richtigkeit des Urteils unantastbar werde, dies hat kein Gesetzgeber bestimmt und kann kein Gesetzgeber in sachgemäßer Weise bestimmen. — Wenn man sich auf das Recht, wie es vorher bestand, nicht mehr berufen kann, so ist dies deshalb der Fall, weil das alte Recht durch das Urteil geändert wurde, und ein neues Recht an seine Stelle trat, welches nunmehr maßgebend ist (273). — Der Sinn der actio doli gegen ein rechtskräftiges Urteil ist nicht etwa der, daß das Urteil aufgehoben werde, sondern der, daß der Gewinnende von dem Urteil und seinen zivilrechtlichen Folgen keinen Gebrauch machen soll, kraft des allgemeinen Satzes: wer ein Recht hat, soll von dem Rechte keinen Gebrauch machen, wenn sein Gebrauch ein unlauterer ist. — Das strictum ius, welches noch keine actio und exceptio doli kannte, ging allerdings davon aus, daß jeder von seinem Rechte beliebig Gebrauch machen dürfe; allein gerade der Zustand des strictum jus war ein unvollkommener, er mußte zugunsten der aequitas geändert werden. Dieser Grundsatz muß auch gegenüber dem rechtskräftigen Urteile gelten, das nicht außerhalb des bürgerlichen Rechtes steht, sondern als zivilrechtliches Rechtsschöpfungs- und Rechtstilgungsmittel anzuerkennen ist (276).

3. In gleicher Richtung bewegen sich die Ausführungen von Pagel 211. Die Situation,

daß ein Richterspruch durch Prozessieren wider Treu und Glauben erwirkt wurde, ist ein eigenartiger Fall, in dem zwar das Urteil formell unanfechtbar und in diesem Sinne rechtskräftig (sogenannte formelle Rechtskraft) vorhanden ist, aber der mit dem Ausdrucke der materiellen Rechtskraft belegte Imperativ nicht eintritt. Wir können nämlich den allgemeinen Rechtssatz formulieren: Führt jemand den Eintritt (bzw. Nichteintritt) eines Ereignisses, das regelmäßig für die rechtliche Bejahung oder Verneinung eines Imperativs konditional ist, wider Treu und Glauben herbei, so findet die rechtliche Bejahung bzw. Verneinung dieses Imperativs nicht statt. — Alles Rechtliche ist ein Relatives. Auch etwas so Absolutes, wie es im Verhältnisse der Parteien zueinander und zum Staate die Rechtskraft ist, muß vor der Erkenntnis der Relativität des Rechtes unter Umständen die Segel streichen. Und dieses Ergebnis läßt sich ohne Paralogismus auf Grund eines allgemeinen Kernsatzes der Rechtsordnung wissenschaftlich sicherstellen, durch welchen das Relativitätsprinzip in der Rechtswissenschaft seinen höchsten Triumph erlebt. Auch über die Autorität der rechtskräftig entschiedenen Sache erringt Treu und Glauben von Rechts wegen den Sieg, ohne Belastung unseres logischen Gewissens. (Pagels ,Untersuchungen205, gehen von dem Falle aus, daß ein Gläubiger seinen vor dem Zusammenbruche stehenden Schuldner unter der Drohung, ihn sonst zu ruinieren, zur Beihilfe für einen unsittlichen Zweck zu bewegen sucht und bei Weigerung des Schuldners die Klage erhebt. P. stellt den Satz auf: Der Beklagte kann von dem Kläger Unterlassung der gegen die guten Sitten verstoßenden Prozeßführung verlangen. — Sein Einwand, A. klage derzeit nur, weil er, B., sich nicht habe mißbrauchen lassen, ist erheblich und muß, wenn materiell begründet, zur Abweisung der Klage führen.)

4. Schultz, Rechtsgang 1, 480, weist darauf hin, daß der tiefere Grund der Frage in dem Ausgleiche privatwirtschaftlicher Interessengegensätze liege. So entscheidend diese Erwägung für den Gesetzgeber sein müsse, der das Prozeßrecht zu reformieren habe, so energisch sei dem Versuch entgegenzutreten, sie schon jetzt de lege lata zur Grundlage einer Rechtsprechung contra legem zu machen. Vgl. im übrigen über den bisherigen Stand der Frage in Rechtslehre und Rechtsprechung den erschöpfenden Bericht a. a. O. 1, 349, der dem RG. und den ihm folgenden Untergerichten vorwirft, daß der Rechtsprechung jede Einheitlichkeit und feste Orientierung fehle; die Übertragung zivilistischer Denkformen auf den Prozeß sei unzulässig. Im besonderen wird die Frage, welchen Einfluß das arglistige Verhalten der Partei gegenüber einem Angriff aus § 826 BGB. hat, beantwortet durch Erörterungen a) zum Streite der Parteien über die Wahrheitspflicht der Parteien im Prozesse (369 ff.), b) über den ungerechtfertigten Vollstreckungsbetrieb (435 ff.), c) über Arglist und Rechtskraft (457 ff.).

5. Für Ausdehnung des Grundsatzes, daß niemand ein fremdes Recht gebrauchen darf zum Zwecke einer den guten Sitten widerstreitenden Schädigung anderer, auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Josef, HoldheimsMschr. 16, 97.

IV. Anwendungsgebiet des § 322 Abs. 2 ZPO. Eventualaufrechnung. 1. Oertmann, Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrechte 230 ff. Bezieht sich die Vorschrift des Abs. 2 nur auf den Fall, daß die Gegenforderung als überhaupt, d. h. auch von Aufrechnung abgesehen, nicht bestehend festgestellt wird? Oder wird rechtskräftig auch die anderweite Feststellung, daß die Gegenforderung infolge der Aufrechnung nicht mehr bestehe? Anders ausgedrückt: hat der Richter sich bei der Prüfung der Frage, ob die Gegenforderung bestehe, auf den Zeitpunkt der Vornahme der Aufrechnung zu stellen oder auf den Zeitpunkt der Jetztzeit (der Urteilsfällung)? (Es wird gezeigt, daß die Frage wegen der Möglichkeit und etwaigen Notwendigkeit der Berufung und der sonstigen Rechtsmittel und für die richtige Behandlung der Eventualaufrechnung von der größten Bedeutung ist, und die weitere, Stölzelsche Auffassung verteidigt.) Im Sinne der herrschenden Lehre verstanden, hätte die Rechtsgestaltung gegenüber dem gemeinrechtlichen Zustande geradezu Rückschritte gemacht. Denn nach jenem konnte der mit der Aufrechnungsforderung hiernach belangte Kläger zwar noch immer behaupten, daß dieselbe nie bestanden habe, aber nicht auch, daß sie durch Aufrechnung er-

loschen sei, sofern das Urteil die Aufrechnung nicht in aller Form ausgesprochen hatte. Ebensowenig konnte der frühere Beklagte die Tilgung seiner Aufrechnungsforderung hiernach bestreiten, wenn das frühere Urteil in Wahrheit die Aufrechnung vollzogen hatte. Ein solcher Rückschritt der Gesetzgebung ist rechtspolitisch als unerfreulich zu bezeichnen, wenigstens solange man daran festhält, daß die Rechtskraft bei der Aufrechnung über die Frage nach Bestehen oder Nichtbestehen des Klaganspruchs hinausgehen soll. Und das hat ja § 322 Abs. 2 — mit Recht — im übrigen getan. Man kann ihm entgehen, wenn man sich der weiteren Auffassung anschließt. Dann kann der frühere Beklagte seine Gegenforderung hernach nicht mehr einklagen, wenn die Klage wegen Aufrechnung abgewiesen war: denn ihr Nichtbestehen, im Sinne von Nichtmehrbestehen, ist rechtskräftig festgestellt. Ebensowenig kann der frühere Kläger im entgegengesetzten Falle — wenn nämlich die Klageforderung als nichtbestehend, nicht wegen Aufrechnung, abgewiesen war — einer Geltendmachung des Gegenanspruchs mit der Behauptung widerstreiten, sein Klaganspruch sei nur wegen Aufrechnung abgewiesen, habe, von ihr abgesehen, bestanden (257).

2. Eventualaufrechnung. a) Oertmann a. a. O. 265 ff. bekämpft die von Stölzel vertretene sog. Klagabweisungstheorie. Es wird hervorgehoben, daß die Eventualaufrechnung auch eine Auslegungsfrage in sich schließt und ohne Rücksicht darauf nicht befriedigend behandelt werden kann. Wenn Stölzel die eventuelle Aufrechnung zu einer unbedingten Aufrechnung macht, die nur keine Anerkennung enthält, so deutet er den erklärten Willen des Beklagten willkürlich und in einer dessen Interessen nicht frommenden Weise um (270). Betont wird ferner der bedingte Charakter der Eventualaufrechnung, ihre Eigenschaft als eine bedingte Prozeßhandlung. Der Aufrechnungseinwand ist im Zweifel als an allerletzter Stelle erhoben anzusehen. Gewiß darf der Richter unter den bereits vorhandenen Verteidigungsmitteln das passendste, durchschlagendste auswählen. Aber er darf ein solches nicht verwenden, dessen Verwendbarkeit nach dem ausgesprochenen Parteiwillen von der entsprechenden Entwicklung des Prozeßverhältnisses (Klarstellung der Klageforderung) abhängen soll. — Von diesem Standpunkte gelangt Oertmann zu einer Vermittlungstheorie. Es hängt vom Willen des Beklagten, von der Art seiner Berufung auf Aufrechnung ab, ob der Richter darauf schon Rücksicht nehmen darf oder nicht. Will jener sofort, unbedingt die Aufrechnung geltend machen, so ist die Klage wegen Unstreitigkeit des Gegenanspruchs ohne weiteres abzuweisen, insoweit trifft Stölzels Berufung auf § 300 ZPO. zu. Die Sache ist entscheidungsreif (286). Für alle anderen Fälle verteidigt Oertmann die sog. Beweiserhebungstheorie gerade auf Grund der von Stölzel vertretenen weiteren Auslegung des § 322 Abs. 2, wonach das auf Aufrechnung beruhende Urteil eine andere Rechtskraft hat als das wegen Nichtbestehens der Klageforderung abweisende (vgl. zu 1). Damit habe Stölzel seinen Gegnern „die denkbar gefährlichste Waffe" in die Hände gedrückt. In der Abweisung der Klage liege gerade vom Stölzelschen Standpunkte aus eine rechtskraftfähige Feststellung des Nichtmehrbestehens der Gegenforderung (289 ff.).

b) Für die Stölzelsche Klagabweisungstheorie Dresden 18. 5. 16, OLG. 33, 63.

§ 323.

1. Verschlechterung der Gesundheitsverhältnisse. **RG.** 2. 12. 15, R. 16 Nr. 1164. Es ist nicht einzusehen, warum der Schuldner sich nicht auch auf eine Verschlechterung der Verhältnisse solle berufen dürfen, wenn diese zur Folge hat, daß der Kläger die Bedürfnisse nicht mehr hat, von deren Vorhandensein das Urteil im Vorprozeß ausgegangen war. § 323 spricht von einer „Änderung" der Verhältnisse.

2. Einfluß des zunehmenden Lebensalters. a) **RG.** 20. 3. 16, BayRpflZ. 16, 258, JW. 16, 836. Der Einfluß, den erfahrungsgemäß das zunehmende Lebensalter auf die Erwerbsfähigkeit eines Kindes ausübt, gehört der Regel nach zu den Verhältnissen, die für die Bemessung der Höhe und der Dauer der Unterhaltsrente von vornherein zu berücksichtigen sind, und es kann deshalb zweifelhaft sein, ob er, soweit er nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge voraussehbar gewesen ist, als nachträglicher Eintritt einer wesentlichen Ände-

rung in den bei Erlaß des früheren Urteils maßgebenden Verhältnissen anzusehen und zur Begründung einer Klage aus § 323 ZPO. geeignet ist. (Vgl. oben Ziff. 1 zu § 1612 BGB.)

b) **RG.** 8. 5. 16, LeipzZ. 16, 1242, R. 16 Nr. 1936. Die Klage aus § 323 ist nur zulässig, wenn sich die Verhälnisse, die für die Bemessung sowohl der Höhe als auch der Dauer der Unterhaltsrente zu berücksichtigen waren, nachträglich wesentlich geändert haben. Im gegebenen Falle war nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge der Umstand voraussehbar, daß der Kläger als nunmehr ausgebildeter Bankgehilfe in Kürze sich selber angemessen werde unterhalten können. (Daher für unbegründet erachtet, daß das KG. die zeitliche Begrenzung einer Unterhaltsrente ablehnte, die ein Bankangestellter nach abgelaufener Lehrzeit gegen den Vater einklagte.)

3. Berücksichtigung vorübergehender Zustände. a) **RG.** 10. 7. 16, LeipzZ. 16, 1375, WarnE. 16, 323. Es wurde angenommen, daß das Militärverhältnis des geschiedenen Ehegatten infolge des Krieges nur vorübergehend, demnächst der Beklagte wieder auf seine Pension angewiesen sei, was bei der Urteilsfällung mit Recht berücksichtigt wurde.

b) Kriegsteuerung und Änderungsklage. LG. I Berlin 9. 2. 16, GesuR. 17, 449, JW. 16, 615, KGBl. 16, 39. (Geklagt war von einem unehelichen Kinde auf Erhöhung der durch rechtskräftiges Urteil von 1902 zugesprochenen Unterhaltsrente.) Richtig ist, daß eine Änderung allgemeiner Verhältnisse meist für § 323 ausscheiden wird, da eine solche Änderung regelmäßig bei der ersten Feststellung der Rente bereits vernünftigerweise in den Bereich der Erwägungen gezogen werden mußte. — Im vorliegenden Falle konnte aber, was ganz außer Zweifel steht, mit den jetzigen infolge des Krieges eingetretenen Teuerungsverhältnissen in keiner Weise gerechnet werden. — Unrichtig erscheint ferner die Auffassung des Beklagten, ein vorübergehender Ausnahmezustand könne für § 323 nicht in Betracht kommen. Der § 323 enthält eine derartige Einschränkung nicht. Abgesehen hiervon kann man auch nicht sagen, daß die jetzigen Teuerungsverhältnisse, die schon viele Monate lang dauern und deren Ende nicht abzusehen ist, bloß vorübergehende wären.

4. Anwendung auf die in einem gerichtlichen Vergleich übernommenen Verpflichtungen? Colmar 13. 3. 16, LeipzZ. 16, 1065. Eine Klage auf Aufhebung vertraglich übernommener Verpflichtungen kann im allgemeinen nicht auf Änderung der Verhältnisse gestützt werden, da nach BGB. Veränderung der Umstände außer in den besonders vorgesehenen Fällen (§§ 321, 610 BGB.) nicht die Anfechtung oder Beseitigung eines Vertrags ermöglicht. Es muß diese Möglichkeit entweder im Vertrage besonders vorgesehen oder wenigstens aus dem Inhalte des Vertrags herzuleiten sein. (Im gegebenen Falle war der Vergleich ausdrücklich für die damalige Sachlage geschlossen und außerdem auf § 323 ZPO. Bezug genommen. Hierzu bemerkt das Berufsgericht: Die Parteien waren offenbar der Ansicht, daß nach § 323 jederzeit veränderten Umständen Rechnung getragen werden könnte. Wenn dies auch nicht möglich war, da der § 323 ZPO. sich nur auf Urteile bezieht, so ist doch aus dem Hinweis auf ihn der Wille der Parteien dahingehend zu entnehmen, daß bei Eintritt einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse eine Änderung des Vertrags zulässig sein sollte.)

§ 325.

1. Allgemeines. Holländer 1464. a) Die Entstehungsgeschichte des § 325 aus dem § 238 ä. F. in Verbindung mit sachlicher Erwägung ergeben, daß § 325 Abs. 2 auch den materiell bösgläubigen Rechtsnachfolger von der Rechtskraftwirkung des Abs. 1 ausschließt. Der auf Abs. 3 gestützte Beweisgrund aus dem Gegenteile trifft nicht zu. Würde die Rechtskraftwirkung des Abs. 1 wirklich nur eintreten, wenn der Rechtsnachfolger die Rechtshängigkeit kennt (bzw. seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht), so würde die Rechtskraftwirkung in den meisten Fällen mangels Nachweises einer solchen Kenntnis nicht zur Geltung gebracht werden können. Abs. 2 will den Abs. 1 nur zugunsten einiger Rechtsnachfolger einschränken.

b) Bei Streitigkeiten aus dinglichen Rechten ist Abs. 2 nicht anwendbar, wenn nur gestritten wird über den Umfang der Befugnisse, die aus einem an sich unstreitig bestehenden Rechte fließen.

c) Abs. 2 findet ferner keine Anwendung, wenn Gegenstand des Rechtsstreits lediglich obligatorische Rechte sind und nach Rechtshängigkeit der Gegenstand der Verpflichtung veräußert wird, da eine Rechtsnachfolge hinsichtlich des Streitgegenstandes selbst nicht vorliegt.

2. Rechtshängigkeit der die einstweilige Verfügung betreffenden Streitsache. **RG.** 11. 12. 15, BayRpflZ. 16, 68, GruchotsBeitr. 60, 504, R. 16 Nr. 518. Ist bei einer Hypothek auf Grund einstweiliger Verfügung eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Eigentümers auf Löschung eingetragen, so kommt für die Feststellung der Rechtsnachfolge gegen den Erwerber der Hypothek nicht sowohl die Rechtshängigkeit des hypothekarischen Anspruchs des Erwerbers oder des Anspruchs des Eigentümers auf Löschung der Hypothek, als vielmehr die Rechtshängigkeit der die einstweilige Verfügung betreffenden Streitsache in Betracht, und diese muß bei entsprechender Anwendung der §§ 263, 281, 693 ZPO. (§§ 928, 936) als eingetreten gelten mit dem Zeitpunkte, in dem der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung angebracht oder im Falle des § 942 zur Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung geladen worden ist. — Vgl. zu § 727 ZPO.

§ 328.

1. Verhältnis des § 23 zu § 328 Ziff. 1. Hamburg 28. 10. 15, HansGZ. 16 Beibl. 25, OLG. 33, 67, R. 16 Nr. 95, SeuffA. 71, 81. § 23 ZPO. ist in die allgemein lautende Ziff. 1 § 328 eingeschlossen und demgemäß auch die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts als gegeben anzusehen, wenn der Beklagte Deutsche zwar im Deutschen Reiche, aber nicht im Gebiete des betreffenden Staates ansässig ist, dort vielmehr nur Vermögen besitzt. Die Vorschrift ist dahin auszulegen, daß überall an Stelle der deutschen Verhältnisse die entsprechenden Verhältnisse des Auslandes treten. Dafür, daß der Gesetzgeber den Gerichtsstand des § 23, soweit er als ausländischer in Betracht kommt, anders hat behandeln wollen als bei seiner Inanspruchnahme im Inlande, liegt nichts vor (GruchotsBeitr. 45, 1126, JW. 00, 590).

2. Ziff. 4. a) Vollstreckungshilfe zwischen Deutschland und Österreich-Ungarn. Abel, JW. 16, 731 weist darauf hin, daß Gegenseitigkeit für Vergleiche nicht verbürgt ist. § 794 Ziff. 1 ZPO. sieht Zwangsvollstreckung auf Grund der vor einem ausländischen Gericht abgeschlossenen Vergleiche nicht vor. Der ÖstOGH. hält in einem Beschlusse v. 21. 3. 16 an dem bereits in einer Entscheidung v. 19. 1. 09 eingenommenen Standpunkte fest, daß auf Grund eines vor einem deutschen Gericht abgeschlossenen Vergleichs Zwangsvollstreckung in Österreich nicht bewilligt werden könne. Abel verlangt die Beseitigung dieses Zustandes. Die Schriftleitung a. a. O. 732 empfiehlt mit Rücksicht auf den Kostennachlaß des § 4 Abs. 2 BRVO. v. 4. 8. 15, daß die Parteien den Rechtsstreit durch Vergleich als erledigt erklären und auf Grund des Vergleichs der Zahlungspflichtige den zu zahlenden Betrag anerkennt. — Vgl. ferner Schmidtmüller, JW. 16, 321. Nach einer Mitteilung des Kaiserlich deutschen Generalkonsulats für Ungarn in Budapest lehnt das Ungarische Justizministerium seine Vermittelung in Angelegenheiten von Ersuchen um Exekutionsbewilligungen ab, da Urteile deutscher Gerichte in Ungarn in Ermangelung der Gegenseitigkeit nicht vollstreckbar sind.

b) Sommer, R. 16, 185, weist nach, daß nur in wenigen Schweizer Kantonen Gegenseitigkeit verbürgt ist, und daß deshalb die deutschen Gerichte gut tun, diese Frage genau zu prüfen, ehe sie ein schweizerisches Urteil für vollstreckbar erklären.

c) Hamburg 27. 5. 14, BuschsZ. 46, 199. Nichtanerkennung eines amerikanischen Scheidungsurteils in Deutschland, da die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist. Dem Haager Abkommen v. 12. 6. 12 zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze und Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete des Ehescheidungsrechts ist Nordamerika nicht beigetreten.

d) Über zwischenstaatliches Privatrecht bei Ansprüchen auf Herausgabe von Kindern vgl. Josef, SächsRpflA. 16, 415, oben Ziff. 2 zu Art. 19 EGBGB.

§ 329.

1. Gegenvorstellung gegen unanfechtbare Gerichtsbeschlüsse. Kreß 81. Der Grundsatz der formellen Rechtskraft gilt auch für die mittels einfacher Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen; ist der Instanzenzug erschöpft, so sind sie nicht weiter anfechtbar. Der Meinung Steins, in solchen Fällen habe trotzdem der oberste Richter die Befugnis, die unanfechtbare Entscheidung selbst aufzuheben oder abzuändern, ist nicht beizutreten. Die Rechtssicherheit gebietet die unbedingte Unabänderlichkeit aller sachlichen, in letzter Instanz ergangenen Entscheidungen, gleichgültig, ob sie auf einfache oder sofortige Beschwerde hin erlassen sind; es sind daher alle auf die Abänderung solcher Beschlüsse abzielenden Versuche, mögen sie als „Beschwerde", „Gegenvorstellung" oder unter welchem Gewande immer auftreten, von vornherein abzuweisen. Eine bloß wegen Formfehlers zurückgewiesene Beschwerde kann aber nach Verbesserung des Fehlers wiederholt, und es können in entsprechender Anwendung des § 319 ZPO. offenbare Unrichtigkeiten der dort bezeichneten Art, auch wenn sie in Beschlüssen vorkommen, berichtigt werden.

2. Cohn, BuschsZ. 46, 165. Aus dem Fehlen der Anführung des § 318 ZPO. folgt, daß das Gericht seine Beschlüsse abändern kann, selbst wenn sie nicht angefochten sind.

Dritter Titel. Versäumnisurteil.

§ 330.

Begriff des Versäumnisurteils. **RG.** 29. 1. 16, LeipzZ. 16, 613. Ein Urteil ist Versäumnisurteil, wenn es auf der vollständigen Versäumnis der zur Verhandlung geladenen Partei beruht. Entscheidend ist hierfür, daß die nicht erschienene Partei ihrer weiteren Verteidigungsmittel und sonstigen Rechtsbehelfe, die sie hätte geltend machen können, tatsächlich verlustig gegangen ist, und daß dieser Verlust sich als eine Folge der Versäumnis darstellt. Auch dadurch verliert das Urteil nicht seine Eigenschaft als Versäumnisurteil, daß es nicht die Folgen der Versäumnis zieht, vielmehr auf Grund der bisherigen Verhandlungen und Beweisaufnahmen erkennt. Denn die Folge des Ausschlusses des Säumigen mit neuem Vorbringen ist jedenfalls gegeben, und wenn diese Folge aus dem Urteile hervorgeht, so ist die Versäumnis auch Grundlage der Entscheidung und das Urteil selbst ein Versäumnisurteil. Es genügt mithin zur Annahme eines Versäumnisurteils, wenn das Gericht im Urteile die Versäumnis feststellt. Vgl. zu § 618 ZPO.

§ 335.

Nr. 3. Entsprechende Anwendung in Ehesachen. **RG.** 31. 1. 16; 88, 66, R. 16 Nr. 718. Obwohl in Ehesachen eine Versäumnisfolge gegen den Beklagten nicht eintritt, muß dieser doch ebenso wie im gewöhnlichen Verfahren in der Lage sein, rechtzeitig Kenntnis von den gegen ihn gerichteten Sachanträgen des Klägers und Berufungsklägers zu erhalten, um seinerseits prüfen zu können, ob er sich auf den Rechtsstreit einlassen soll oder nicht. Nähme man dies nicht an, so würde der Beklagte, den das Gesetz in Ehesachen in Wirklichkeit besser stellen will als im gewöhnlichen Verfahren, umgekehrt in den ersteren sich gerade in einer ungünstigeren Rechtslage befinden, wenn gegen ihn ein Urteil erlassen werden könnte, selbst wenn ihm die Sachanträge des Klägers entweder gar nicht oder nicht rechtzeitig mitgeteilt worden sind. Diese Erwägungen rechtfertigen es, die Vorschrift des § 335 Nr. 3 ZPO. auch auf den Fall des nach § 618 Abs. 5 ZPO. zu erlassenden kontradiktorischen Urteils entsprechend zur Anwendung zu bringen.

§ 343.

Bovensiepen, Eine Frage zum § 343 ZPO., SächsRpflA. 16, 380, behandelt folgenden tatsächlich vorgekommenen Fall: Trotz der dem LG. mitgeteilten Unterbrechung des Verfahrens durch Konkurseröffnung war Versäumnisurteil gegen den Gemeinschuldner ergangen, der keinen Einspruch einlegte. Demnächst nahm der Konkursverwalter das unterbrochene Verfahren auf. Nach Beweisaufnahme hielt das Gericht das Versäumnisurteil aufrecht, schlug die gerichtlichen Kosten gemäß § 6 GKG. nieder und legte die sonstigen Kosten dem

obsiegenden Kläger auf. Hierzu bemerkt Bovensiepen: Das unzulässigerweise ergangene Versäumnisurteil habe von Amts wegen nicht aus der Welt geschafft werden können; § 344 sei nicht anwendbar, da er voraussetze, daß die säumige Partei den Einspruch eingelegt habe.

§ 344.

LG. Berlin I 15. 4. 16, KGBl. 16, 97. Die Kosten eines Versäumnisurteils sind nicht durch unrichtige Behandlung der Sache ohne Schuld der Beteiligten entstanden, wenn dem Vertreter des Klägers nicht vor Erlaß des Versäumnisurteils vom Gerichte mitgeteilt ist, daß sich für den Beklagten ein Rechtsanwalt als Vertreter gemeldet habe. — Der Erlaß des Versäumnisurteils war auf Grund des § 331 unbedingt auch in dem Falle geboten, wenn es dem AG. bekannt gewesen wäre, daß die Beschwerdeführerin durch einen Anwalt im Prozesse vertreten und dieser aktenmäßig ausgewiesen war. Die Ansicht, daß in einem derartigen Falle der von der erschienenen Partei gestellte Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils abgelehnt werden könnte, ist ohne gesetzliche Grundlage. Es hat sich allerdings die Übung bei den Groß-Berliner Gerichten eingebürgert, daß diese vielfach darauf hinwirken, daß von den Prozeßgegnern von Parteien, welche durch Anwälte vertreten sind, keine Versäumnisanträge gegen letztere gestellt werden. Es ist auch anzuerkennen, daß durch diese Übung den Verhältnissen, wie sie durch den Groß-Berliner Rechtsbetrieb geschaffen worden sind, in zweckmäßiger und dem Interesse der Rechtspflege dienlicher Weise Rechnung getragen wird. Daß sich aber diese Übung bereits zu einem Gewohnheitsrechte verdichtet haben sollte, wonach die Bestimmungen des § 331 ZPO. ganz außer Anwendung bleiben müßten, wenn dem Gerichte insbesondere aktenmäßig bekannt geworden ist, daß die nicht erschienene Partei durch einen prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalt vertreten ist, und wonach in einem derartigen Falle der Erlaß des Versäumnisurteils abgelehnt werden dürfte, ist in keiner Weise feststellbar. (➻ Vgl. hierzu auch Levin, Richterliche Prozeßleitung 94 ff. — Die Schriftleitung a. a. O. macht darauf aufmerksam, die Anwendung des § 6 GKG. sei ausgeschlossen, da die Kosten des Versäumnisurteils nicht „ohne Schuld der Beteiligten" entstanden seien. Der Vertreter des Beklagten habe die Vollmacht mit einem Schriftsatz überreichen und dadurch die Zustellung an den Prozeßgegner von Amts wegen erreichen können. § 496 Abs. 1 ZPO. Darin liegt in der Tat die besondere Bedeutung der Überreichung der Vollmacht mit Schriftsatz, dessen Zustellung nicht, wie das vielfach geschieht, unterbleiben darf. ⟵)

§ 345.

1. LG. Hamburg 20. 11. 14, BuschsZ. 46, 201. Gegen ein Versäumnisurteil, das nach Rücknahme des Einspruchs die Partei des Einspruchs für verlustig erklärt und ihr die Kosten des Einspruchs auferlegt, ist ein Rechtsmittel nicht mehr zulässig. Das erste Versäumnisurteil wird mit der Rücknahme des Einspruchs, das Urteil auf Verlustigerklärung mit seinem Erlasse rechtskräftig. — Beschränkt sich der Antrag des Gegners zulässigerweise auf die Kostenfolge, so folgt der Verlust des Einspruchs schon aus dem Gesetze.

2. Zur Auslegung des § 40 Abs. 4 GewGG., wonach die Tatsache, daß der Einsprechende nicht erschienen ist, genügt, um dem angefochtenen Versäumnisurteile Rechtskraft zu verleihen, Neumann, GewuKfmG. 21, 186, und Auerswald a. a. O. 210. Letzterer empfiehlt eine Änderung dahin, daß die Rücknahme des Einspruchs protokollarisch festzustellen sei und rechtlich gleichstehe einem zweiten Versäumnisurteil im Sinne von §§ 345, 343 ZPO.; ferner bestehe das Bedürfnis, durch Kostenurteil die weitere Kostenpflicht des erneut Säumigen auszusprechen.

Fünfter Titel. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

1. Allgemeine Erörterungen über Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in der Beweiserhebung. Hegler, Rechtsgang I, 385 ff., II, 274 ff. Auch hier, wie beim Parteivorbringen, handelt es sich in erster Linie um die Mündlichkeit als Formprinzip,

um eine Form der Beweiserhebung, insbesondere bezüglich der zum Beweise dienenden Aussagepersonen (Zeugen usw.). Verfahren mit schriftlicher Übermittlung und schriftliches Verfahren sind zu trennen; es handelt sich bei letzterem darum, in welcher Form die Aussage der Aussagepersonen statthaft und beachtlich ins Leben tritt, in mündlicher oder schriftlicher, nicht um die Form seiner Übermittlung (was eine besondere Frage bildet), so daß Mündlichkeit auch vorliegt (nicht aber Unmittelbarkeit) bei mündlicher Aussage des Zeugen usw. gegenüber einem beauftragten, ersuchten Richter, die von diesem in schriftlicher Form dem erkennenden Gericht übermittelt wird. — Ausnahmen von der Mündlichkeit in diesem Sinne 388: § 411 (Möglichkeit der Anordnung schriftlicher Begutachtung), ferner die vom Gericht eingeholten Äußerungen öffentlicher Behörden und öffentlicher Beamten, Einholung amtlicher Auskunft, schriftlicher Zeugnisse usw. (Über die Zulässigkeit dieses Verfahrens 391. Anzuwenden sind einerseits die Bestimmungen über Zeugen- und Sachverständigenbeweis, abgesehen von denjenigen betreffend Beeidigung und persönliche Vernehmung, andererseits nicht verwertbar die über Urkundenbeweis 393.) — Unmittelbarkeit als Formgestaltung der Beweiserhebung bedeutet auch hier (wie beim Parteivorbringen) den Gegensatz zu dem Hindurchgehen durch einen „Zwischenrichter" und ist nicht zu vermengen mit Mündlichkeit der Beweisaufnahme (407 ff.). Kommt ein Beweis durch den Zeugen A. oder den Sachverständigen B. in Betracht und werden diese vom beauftragten, ersuchten Richter vernommen, oder nimmt ein solcher Richter ein Augenscheinsprotokoll auf, so verwandelt sich der Beweis dadurch nicht in einen Beweis durch schriftliche Aussage dieses Richters als Zeuge (413). — In einem anderen Sinne wird von Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gesprochen, wenn es sich nicht um die bestmögliche Benutzungsform handelt, sondern um die Frage der Wahl unter den Beweismitteln, der Benutzung des bestmöglichen Beweismittels. (Zulässigkeit „indirekter Beweismittel, Zulässigkeit schriftlich berichtender Äußerungen einer Person im Unterschiede von Vernehmung derselben als Aussageperson.) II, 274 ff. Es wird nachgewiesen, daß nach geltendem Zivilprozeßrecht indirekte Beweismittel an sich zulässig sind, ein Grundsatz der „Unmittelbarkeit" ihrer Benutzung nicht entgegensteht. Nach den allgemeinen Grundsätzen über Behandlung von Beweisanträgen, Ablehnbarkeit angebotenen Beweises, Umfang der Beweisaufnahme überhaupt richtet sich, ob das Gericht solche Beweismittel im gegebenen Falle benutzen, den Beweis aufnehmen muß, ob mit Rücksicht auf vorliegende indirekte Beweismittel ein Antrag auf Erhebung direkten Beweises abgelehnt werden darf; endlich entscheidet sich die Frage nach dem Beweiswerte des mit indirekten Beweismitteln aufgenommenen Beweises nach § 286 ZPO. (314). — Über die Frage der Verwertbarkeit und Zulässigkeit schriftlich berichtender Äußerungen II, 349 ff., insbesondere 398 ff., über richterliche Protokolle aus anderen Prozessen 413 ff. Vgl. auch zu § 398 ZPO.

2. Bodensiepen, Aus der zivilgerichtlichen Praxis, LeipzZ. 16, 1093, über die Zulässigkeit, auf übereinstimmenden Antrag der Parteien von Privatpersonen, anstatt sie als Zeugen zu vernehmen, schriftliche Auskünfte einzuziehen und diese als Urkundenbeweise zu verwerten.

§ 355.

Unanfechtbarkeit der Beweisbeschlüsse. 1. Colmar 14. 9. 15, ElsLothJZ. 16, 330. Da Beschlüsse über die Gestaltung der Beweisaufnahme nach der Regelvorschrift des § 128 ZPO. nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung erlassen werden dürfen, unterliegen sie nicht der Anfechtung mittels Beschwerde, selbst dann nicht, wenn die mündliche Verhandlung gesetzwidrig unterblieben ist. Vgl. auch zu § 398.

2. Colmar 29. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 326. Die Vorschrift des § 355 Abs. 2 gilt auch, wenn die Beweisaufnahme im Ausland angeordnet ist.

§ 356.

Bemessung der Frist. Hamburg 26. 5. 15, HansGZ. 16 Beibl. 239, LeipzZ. 16, 1065, OLG. 33, 68. Das LG. hatte dem Beklagten zur Beibringung der Adresse seines

Zeugen, der sich in französischer Kriegsgefangenschaft befindet, eine Frist gesetzt, die zwei Monate nach dem Zeitpunkt ablaufen soll, in dem der Kriegszustand für beendet erklärt werden wird. OLG. hat die Beschwerde für begründet erachtet. Es kann nicht der Sinn des § 356 sein, bei Hindernissen von völlig unabsehbarer Dauer, wie z. B. langwieriger, unheilbarer Krankheit eines Zeugen, eine Frist von unbestimmter Dauer festzusetzen und damit einen Zustand herbeizuführen, der einer Aussetzung des Verfahrens auf unbestimmte Zeit gleichkommt. — Vielmehr ist in allen Fällen eine Frist von bestimmter Dauer zu setzen, deren Länge danach zu bemessen ist, daß die Frist nicht dazu dienen soll, den Fortgang des Prozesses auf unbestimmte Zeit zu verzögern, sondern umgekehrt, ihn zu fördern. Dem Beklagten ist unbenommen, sich des Beweismittels im zweiten Rechtszug erneut zu bedienen. — Vgl. dagegen JDR. 14, 2 b.

§ 357.

Wirksame Abnahme des einem Kriegsteilnehmer auferlegten Urteilseids im Felde ohne vorherige Benachrichtigung des Prozeßgegners angenommen von Posen 27. 9. 16, PosMSchr. 16, 99. Einen Anspruch auf Anwesenheit im Beweistermin oder auch nur auf eine Terminsnachricht hatte der Kläger ausnahmsweise nicht, da aus militärischen Gründen sowohl die Anwesenheit von Zivilpersonen an der Front untersagt ist, als auch eine Bekanntgabe des Ortes und der Stunde des Termins nicht ergeht. (Eine Verschiebung der Eidesabnahme bis zu einem Heimatsurlaube des Schwurpflichtigen erschien nicht angängig, da er durch eine Verschüttung im Felde schwere innere Verletzungen davongetragen hatte. — Ganz abgesehen davon erschien eine Wiederholung der Eidesabnahme deshalb unnötig, weil die zu beschwörenden Tatsachen schon bei der Eideszuschiebung im Prozeß eingehend erörtert worden sind, auch etwaige Vorhaltungen statt von der Partei vom Gerichte gemacht werden können und die Wiederholung der Eidesleistung mit der Heiligkeit und strafrechtlichen Bedeutung des Eides unvereinbar ist. **RG.** 76, 101.)

§ 358.

Beweisgebühr nach § 13 Nr. 4 RAGebO. Naumburg 12. 5. 15, NaumburgAK. 16, 7. Die Beweisgebühr zugebilligt wegen Heranziehung der Akten eines Regierungspräsidenten, weil dadurch der streitige Inhalt der Eingabe des Klägers festgestellt werden sollte und die Akten zwecks Beweiserhebung vorgelegt und darüber verhandelt war, mochte dies auch nur aus dem Tatbestand und nicht aus den Sitzungsprotokollen hervorgehen.

§ 370.

Versäumnisurteil vor Erledigung der Beweisaufnahme. Rostock 8. 7. 16, MecklZ. 35, 90. Von beachtenswerter Seite (Skonietzki-Gelpke, Wilmowski-Levy) wird die Ansicht vertreten, daß für die mündliche Verhandlung und ein Versäumnisverfahren in einem solchen Beweisaufnahmetermine schon dann Raum ist, wenn die Beweisaufnahme insoweit, als es in diesem Termine möglich ist, ihre Erledigung gefunden hat, so daß insbesondere beim Ausbleiben des einzigen zu vernehmenden Zeugen, mag dasselbe entschuldigt oder unentschuldigt sein, ohne weiteres einem gegen die nicht erschienene Partei gestellten Antrag auf Versäumnisurteil stattgegeben werden kann. Bei dieser Zweifelhaftigkeit der Frage wurde die Niederschlagung der Gebühren des Versäumnisurteils gemäß § 6 GKG. mit Recht abgelehnt.

Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

§ 373.

Zum Begriffe des Zeugen. Francke, ABürgR. 114, 360. Das Mitglied einer nicht rechtsfähigen Vereinigung ist in ihrem Rechtsstreit unfähig, Zeuge zu sein. Es ist als Mitträger der im Streite befangenen Befugnisse oder Verpflichtungen Partei. — Vgl. zu §§ 41, 50 ZPO.

§ 374.

1. **RG.** 30. 9. 15, JDR. 14, jetzt auch JW. 16, 133, PosMSchr. 16, 40.
2. Wertheimer, JW. 16, 657, empfiehlt gegen die Benennung von Zeugen, die

nichts bekunden können, folgenden Zusatz zu § 91 ZPO.: Soweit eine Partei durch Beweisanträge besondere Kosten verursacht, kann das Gericht ihr die Kosten der Beweisaufnahme ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses auferlegen, sofern die Beweisaufnahme auf das Urteil ohne Einfluß geblieben ist und die Partei bei Stellen des Beweisantrags nicht mit der erforderlichen Sorgfalt verfahren ist.

§ 375.

Zeugenvernehmungen im Felde. 1. Allgemeine Grundsätze. Hörle, R. 16, 415: Bei der Entscheidung, ob ein Kriegsteilnehmer im Felde als Zeuge zu vernehmen ist oder nicht, kommt es nicht auf die Erheblichkeit der zum Beweise verstellten Tatsachen, sondern wesentlich darauf an, ob der Rechtsstreit als solcher, der Streitgegenstand, so wichtig ist, daß die Vernehmung im Felde gerechtfertigt erscheint. — Ferner wird auf die Fälle hingewiesen, in denen die Vernehmung im Felde zwecklos erscheint, weil der Zeuge nicht in der Lage ist, nach Umständen und Erkenntnisquellen zu forschen, die der Feststellung der Tatsachen, auf die sich die Beweisaufnahme erstreckt, dienen können, insbesondere zur Auffrischung und Unterstützung seines Gedächtnisses Notizen, Geschäftsbücher, umfangreichere Rechnungen, Vertragsurkunden usw. einzusehen. Dasselbe gilt, wenn zur Ausmittlung der Wahrheit die Vernehmung an Ort und Stelle dienlich erscheint (§ 375 Nr. 1) oder die sachgemäße Vernehmung oder Verständlichkeit der Aussage von der vorgängigen oder gleichzeitigen Vorzeigung oder Besichtigung eines Gegenstandes, der nicht in das Feld geschafft werden kann oder soll, abhängig ist, oder der Zeuge einer anderen Person gegenübergestellt werden soll, dies aber nicht ausführbar ist. — Vgl. auch GesuR. 17, 665.

2. Benachrichtigung vom Beweistermine. Raddatz, DJZ. 16, 117, empfiehlt Verzicht auf die Benachrichtigung vom Vernehmungstermine. Widerspricht der Gegner, so kann das Gericht nach § 286 ZPO. unter Umständen sich aus dem formell berechtigten, aber materiell unberechtigten Verhalten eine Überzeugung über Wahrheit oder Unwahrheit der behaupteten oder bestrittenen Tatsache bilden. Die Partei mag sich dem Antrag auf nochmalige Vernehmung über bestimmte Fragen, deren Notwendigkeit sich erst aus der Vernehmung ergibt, vorbehalten. — Vgl. auch Coermann, DJZ. 16, 432.

§ 379.

1. Gibt es einen Rechtsbehelf gegen die unverschuldete Versäumung der für die Hinterlegung eines Zeugengebührenvorschusses gesetzten Frist? Fuchs, JW. 16, 1450, bejaht die Frage gegen **RG.** 7, 391 und OLG. 29, 116 unter Hinweis auf **RG.** 77, 159, wo das RG. die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der richterlichen Frist für den Nachweis der Kostenvorschußzahlung in der Revisionsinstanz entsprechend gewährt habe, und gelangt zu folgenden Sätzen: a) Gegen die Versäumung der nach § 379 Abs. 2 ZPO. gesetzten Frist ist in beiden Instanzen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Analogie des § 233 ZPO. vom Gericht auf Gesuch zu erteilen. (Die analoge Anwendung des § 235 ZPO. bestände darin, daß es genügt, wenn das Geld spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Frist zur Post gegeben wird.) b) Wird Wiedereinsetzung nicht verlangt oder nicht erteilt, so ist in der Berufungsinstanz Vorbehaltsurteil nach Analogie der §§ 540, 541 ZPO. zu erlassen.

2. Hüfner, Die Einforderung eines Auslagenvorschusses für die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen im patentamtlichen Verfahren, IndustZ. 16, 197, bejaht im Anschluß an seine Ausführungen MSchutzuWettbew. 16, 212 gegen Landenberger, ZIndR. 16, 177, die Anwendbarkeit der §§ 379, 402 ZPO. und § 84 GKG. für das Verfahren gemäß §§ 25, 30 PatG. sowie nach § 10 WarenZG. für das Zeicheneintragungs- und Löschungsverfahren.

§§ 380, 381.

1. Umfang der Kostentragungspflicht. Bovensiepen, LeipzZ. 16, 1092. Der gemäß § 380 bestrafte Zeuge kann sich nicht auf § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO. berufen. Aus der verschuldeten Säumnis des Zeugen sollen der Partei schlechthin keine Kosten erwachsen

(Daher wurden der Partei mit Recht die Kosten eines auswärtigen Anwalts zugebilligt den sie zu der Beweisaufnahme angenommen hatte, obwohl ihr am Gerichtssitz ein Anwalt zu Gebote stand.

2. München 9. 10. 15, SeuffA. 71, 120. Zur Verurteilung einer Militärperson in die Kosten ist das bürgerliche Gericht zuständig, ebenso zu einer Maßnahme gemäß § 381. Dies ergeben der Wortlaut des § 380 Abs. 4, die Protokolle zu § 345 ä. F. und § 19 EGMilStGO. v. 1. 12. 98, der nur von Strafe spricht.

3. Nachträgliche Aufhebung der getroffenen Anordnungen. Darmstadt 26. 10. 16, HessRspr. 17, 249, JW. 16, 1593. In der Wiederaufhebung des gegen einen Zeugen wegen Ausbleibens erlassenen „Strafbeschlusses" bei nachträglicher genügender Entschuldigung liegt im Zweifel zugleich die Wiederaufhebung der Verurteilung des Zeugen in die durch sein Ausbleiben verursachten Kosten.

§ 383.

I. Ziff. 1, 2 u. 3. Breit, JW. 16, 1082. Im Masseprozeß ist der Gemeinschuldner jedenfalls nicht Partei im Sinne des § 383 Ziff. 1—3. Daher sind auch Verlobte, Ehegatten, Verwandte des Gemeinschuldners zeugnispflichtig.

II. Ziff. 5. 1. Ärzte. a) Delius, Die Schweigepflicht des Arztes nach dem Tode des Kranken, GesuR. 17, 153, wendet sich gegen KG. 2. 1. 14 und 12. 5. 14, JDR. 14, II, 3, welches das Bestimmungsrecht des Arztes oder der Rechtsnachfolger verneint und selbständig das Vorhandensein eines Interesses des Verstorbenen prüft. Es fehlt an einer gesetzlichen Unterlage dafür, daß das Gericht das Entscheidungsrecht für sich in Anspruch nimmt. Grundsätzlich soll das Geheimnis gewahrt bleiben auch über den Tod hinaus. Lüften darf es niemals der Arzt, sondern nur derjenige, der es dem Arzte anvertraut hat, oder diejenigen, die an seine Stelle getreten sind, also diejenigen, die im Falle des § 300 StGB. antragsberechtigt sind. Sind mehrere Familienangehörige vorhanden, so müssen sie alle zustimmen, man kann nicht sagen, daß die Ehefrau ein besseres und stärkeres Recht habe als Eltern und Kinder.

b) Unwiderruflichkeit des Verzichts auf die Schweigepflicht des Arztes. KG. 19. 4. 16, JW. 16, 1144, KGBl. 16, 41. Der Widerruf dieser Erklärung ist wirkungslos, denn die Erklärung selbst stellt sich als eine Prozeßhandlung, welche der Partei ungünstig ist. (Ebenso die ältere Entsch. des KG. ohne Zeitangabe KGBl. 16, 75; anders Hamburg 26. 4. 09, OLG. 19, 112.)

2. Handelsmäkler. Hamburg 4. 1. 16, LeipzZ. 16, 572, SeuffA. 71, 172. Zeugnisverweigerungsrecht des Handelsmäklers anerkannt, da er in einer Art Treueverhältnis zu den Parteien des vermittelten Geschäfts stehe.

3. Polizeibeamte. **RG.** 21. 12. 15; 87, 419, R. 16 Nr. 509. Die Schweigepflicht der Polizeibeamten, denen die Durchsicht von Schriftstücken gestattet worden, besteht nach Kabinettsorder v. 21. 11. 35 und § 88 II. 10 ALR. (**RG.** 35, 43 und **RG.** [Straff.] 28, 426), dies wird durch § 383 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2 ZPO. klargestellt — gegenüber Dritten. — Vgl. auch **RG.** 21. 3. 16, JW. 16, 1416, LeipzZ. 16, 1228, R. 16, 253.

4. Rechtsanwälte und Notare. a) Schulz, JW. 16, 32, bekämpft die von Bendix, LeipzZ. 15, 1574 (JDR. 14, II 1), über die Kollision der Anmeldepflicht und Schweigepflicht der Rechtsanwälte vertretene Ansicht. Die Offenbarung auf Grund der Anmeldepflicht sei keine strafbare, weil sie keine unbefugte (**RG.** [Straff.] 38, 62), durch gesetzliche Anordnungen gebotene sei. Auch nach den allgemeinen Grundsätzen über Pflichtenkollisionen sei die Frage zu verneinen, weil die Schweigepflicht von der Anmeldungspflicht an Bedeutung übertroffen werde. Schließlich spreche der Wortlaut des § 2 Abs. 2 BRVO. (Anmeldungspflicht für jedermann) dafür.

b) v. Liszt, Anmeldepflicht und Schweigepflicht, JW. 16, 155. § 300 StGB. bestraft die unbefugte Offenbarung anvertrauter Geheimnisse. Darüber, daß bei Erfüllung einer Anzeigepflicht die Anwendung des § 300 unmöglich ist, besteht eine ernste Meinungsverschiedenheit überhaupt nicht. Durch die Verordnung wird dem anvertrauten Geheimnisse der rechtliche

Schutz entzogen. Es handelt sich nicht um zwei miteinander zusammenstoßende Pflichten, sondern einzig und allein um die Anmeldepflicht.

§ 384.

Nr. 3. 1. Hamburg 23. 5. 16, LeipzZ. 16, 1066, OLG. 33, 69. Die Aufdeckung einer Bezugsquelle und der Umfang des betreffenden Bezugs können für den Kaufmann den Gegenstand eines gewerblichen Geheimnisses bilden. Dies gilt insbesondere, wenn er Konkurrent einer Partei ist. Daher wurde die Zeugnisverweigerung für begründet erachtet, weil der Zeuge glaubhaft behauptete, daß der Beklagte, mit dem er in schärfstem Wettbewerbe stehe, die aus der Zeugenaussage gewonnene Kenntnis über Umfang des Umsatzes, Kundenkreis und Warensorten zum Nachteile des Zeugen ausnutzen werde.

2. Zum Begriffe des Gewerbegeheimnisses vgl. auch Celle 26. 6. 15, OLG. 33, 70.

§ 385.

Nr. 4. Posen 8. 2. 16, PosMSchr. 16, 98. Ist der Zeuge über die Behauptung benannt, er sei nicht Rechtsvorgänger oder Vertreter einer Prozeßpartei gewesen, so liegt ein Fall des § 385 Nr. 4 nicht vor. (Zeuge sollte die Behauptung des Klägers bestätigen, daß der Beklagte in den Vertrag v. 31. 6. 11 nicht eingetreten sei.)

§ 386.

Stuttgart 28. 10. 15, R. 16 Nr. 1166. Einer besonderen Angabe und Glaubhaftmachung von Tatsachen im Sinne von § 386 bedarf es nicht, wenn das Zeugnisverweigerungsrecht schon aus dem Inhalte des Beweisbeschlusses folgt. (Unerlaubte Beziehungen der Zeugin zu dem verheirateten Kläger.)

§ 387.

1. Preisprüfungsstelle und Zeugniszwang. Schröder, DJZ. 16, 885. Nach § 7 der Bek. über die Errichtung von Preisprüfungsstellen und die Versorgungsregelung v. 29. 5. 15 ist der Vorsitzende der Preisprüfungsstelle befugt, Zeugen, die im Bezirke der Preisprüfungsstelle wohnen und sich aufhalten, eidlich zu vernehmen; die Vorschriften der ZPO. über den Zeugenbeweis finden entsprechende Anwendung. Nach § 8 Bek. sind die Preisprüfungsstellen ferner befugt, die Gerichte um Vernehmungen zu ersuchen. — Verweigert ein Zeuge das Zeugnis, so entscheidet bei Vernehmung durch den Vorsitzenden dieser durch Beschluß, gegen den nur die form- und fristlose Beschwerde an die höhere Verwaltungsstelle gegeben ist. Erfolgt die Vernehmung durch das AG. als ersuchtes Gericht, so erläßt dieses nach Anhörung der Preisprüfungsstelle und des Zeugen das Zwischenurteil, gegen welches beiden Teilen die sofortige Beschwerde nach § 387 offensteht.

2. Erledigung des Zwischenstreits. München 24. 11. 15, OLG. 33, 70. Der Zwischenstreit über das Zeugnisverweigerungsrecht erledigt sich, wenn das Prozeßgericht seinen Beschluß auf nachträgliche Beeidigung des gemäß § 393 Nr. 4 zunächst uneidlich vernommenen Zeugen aufhebt. (Zulässig, weil prozeßleitende, jederzeit abänderliche Entscheidung.)

3. Kostenentscheidung. Hamburg 23. 3. 16, OLG. 33, 69. Über die Kosten des Zeugen im Zwischenstreit ist nach §§ 91 ff. zu entscheiden.

4. Streitwert. Colmar 8. 4. 15, ElsLothJZ. 16, 193. Das Interesse an der Vernehmung von Zeugen und somit auch an dem über ihre Berechtigung zur Zeugnisverweigerung entstehenden Zwischenstreite deckt sich mit dem Interesse an den Tatsachen, über welche die Zeugen aussagen sollen, und somit an dem ganzen oder etwa einem Teile des Streitgegenstandes, für welchen die beweisenden Tatsachen in Betracht kommen.

§ 393.

Nr. 4. **RG.** 15. 4. 16, R. 16 Nr. 1197. Die Hypothek, deren Löschung den Gegenstand des Rechtsstreits bildet, ist als „ein in dem Rechtsstreite geltend gemachter Anspruch" im Sinne des § 393 Nr. 4 anzusehen. Der Zedent der Hypothek ist daher uneidlich zu vernehmen.

§ 397.

Soldan, DRAZ. 16, 171, tritt für Zeugenvernehmungen durch die Parteien ein.

§ 398.

1. Beschluß über die wiederholte Vernehmung eines Zeugen. Colmar 17. 12. 15, R. 16 Nr. 271. Darüber, ob die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anzuordnen ist, darf das Prozeßgericht nur nach mündlicher Verhandlung entscheiden, da zu § 398 eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 128 nicht zugelassen ist. Die prozeßordnungswidrig ohne mündliche Verhandlung ergangene Entscheidung ist daher nach § 567 mit der Beschwerde nicht anfechtbar. — Ebenso Cöln 17. 3. 16, LeipzZ. 16, 971.

2. Entsprechende Anwendung auf Urkundenbeweisaufnahme. **RG.** 18. 11. 15, WarnE. 16, 144. Wie das RG. schon in mehreren Entscheidungen ausgesprochen hat, steht dem Richter die Befugnis zu, eine von einer Partei vorgelegte, in einem anderen Rechtsstreit erfolgte Zeugenvernehmung unter dem Gesichtspunkte des Urkundenbeweises dann seiner Entscheidung zugrunde zu legen, wenn nicht der Gegner ihrer Benutzung mit dem Antrag auf Vernehmung der Zeugen im anhängigen Rechtsstreite widerspricht. Haben sich die Parteien ausdrücklich mit der Urkundenbeweisaufnahme einverstanden erklärt, so kann nach erfolgter Beweisaufnahme keine der Parteien einer solchen Erklärung durch nachträglichen Widerspruch und nachträglichen Antrag auf Vernehmung der Zeugen ihre Bedeutung entziehen. Das gilt nicht nur für die erste Instanz, sondern auch für die Berufungsinstanz. Das Prozeßgericht hat aber nach § 398 die Befugnis, seinem Ermessen entsprechend die nochmalige Anhörung der Zeugen (oder Sachverständigen) anzuordnen.

3. Über die Verwertbarkeit richterlicher Protokolle aus anderen Prozessen vgl. die erschöpfenden, das ganze Schrifttum nachprüfenden Erörterungen von Hegler II, 398 ff., insbesondere 413 ff. Hegler bejaht die Frage grundsätzlich und trennt sie scharf von der Frage der Ablehnbarkeit angebotenen Zeugen- und Sachverständigenbeweises. Diese zweite Frage kann jedenfalls nicht so entschieden werden, daß die Ablehnung mit der Begründung erfolgt, es sei bereits im anderen Prozesse die betreffende Person als Zeuge, Sachverständiger vernommen und diese Vernehmung in den Protokollen zugänglich, da die Gleichstellung von Urkunden- und Zeugenbeweis unmöglich ist. Die Ablehnung kann auch nicht auf § 398 Abs. 1 ZPO. gestützt werden, da es sich nicht um die wiederholte Vernehmung eines Zeugen im Sinne dieser Gesetzesbestimmung handelt, sondern um selbständigen Antritt von Zeugenbeweis gegenüber dem in der Protokollverwertung liegenden Urkundenbeweise, welcher als solcher nach den allgemeinen Grundsätzen zu prüfen ist (424). — Schief ist es, die Ablehnbarkeit von erfolgter Einigung der Parteien betreffend Protokollverwertung bzw. von Einwilligung der Gegenpartei in diese abhängig zu machen (409, 420, 425). — Solange der Richter mit der Möglichkeit rechnet, daß die jetzige Vernehmung ein anderes Ergebnis haben würde, darf diese Vernehmung nicht abgelehnt werden. Unrichtig ist wohl aber, wenn dies dahin gesteigert wird, selbst bei fester Überzeugung des Richters, daß die jetzige Vernehmung kein wesentlich anderes Ergebnis haben würde, dürfe eine Ablehnung nicht erfolgen; hier ist sie vielmehr auf Grund der freien Beweiswürdigung zulässig (427).

Achter Titel. Beweis durch Sachverständige.

Schrifttum: Proll, Die ärztlichen Gutachten im Alimentationsprozesse, FürsorgeZ. 16, 129.

§ 402.

I. (§ 379.) **RG.** 19. 9. 16, BankA. 16, 56. Daß zur Zeit der Einforderung des Vorschusses — Mai 1915 — infolge der Kriegsverhältnisse der Verkehr zwischen Deutschland und Italien erschwert sein mochte, ändert an dem Ausschlusse nichts.

II. (§ 401.) Gebührenfragen. 1. (§ 3 GebO.) **RG.** 18. 1. 16, WarnE. 16, 142. Zu berücksichtigen ist nur die wirklich versäumte Arbeitszeit, und die Streichung der früheren Beschränkung auf zehn Stunden für jeden Tag hat nur die Wirkung, daß bei Berechnung der Entschädigung des Sachverständigen, falls diesem Arbeitszeit über zehn

Stunden für den Tag und damit Erwerb entzogen worden ist, die Vergütung nicht auf zehn Stunden täglich beschränkt sein soll. (Ein von auswärts zugezogener vielbeschäftigter Spezialarzt war 47 Stunden von seinem Wohnort entfernt gewesen und hatte für 47 Stunden Entschädigung gefordert. Zugebilligt wurden als wirklich versäumte Arbeitszeit nach Schätzung 24 Stunden.)

2. Colmar 4. 1. 15, ElsLothZ. 16, 24. Die Vergütung des Sachverständigen bestimmt sich nicht nach Maßgabe der tatsächlich verwendeten Arbeitstunden, sondern nach der erforderlichen Zeitversäumnis.

3. (§ 4 GebO.) Colmar 1. 5. 16, OLG. 33, 195. Der Ansicht, daß der „übliche Preis" des § 4 sich an die Sätze des § 3 angliedern müsse, und zwar in der Weise, daß ein üblicher Preis nur dann zu berücksichtigen sei, wenn er in dem Rahmen bis 3 M. und bei besonders schwierigen Leistungen bis 6 M. liege, kann nicht beigetreten werden. Es ist nach der neuen Fassung des Gesetzes lediglich zu untersuchen, ob die geforderte Vergütung üblich ist. — Vgl. auch München 22. 12. 15, OLG. 33, 196.

4. (§ 13 Abs. 2 GebO.) Hamburg 14. 2. 16, HansGZ. 16 Beibl. 140, OLG. 33, 196. Öffentlicher Beamter im Sinne des § 13 Abs. 2 GebO. v. 10. 6. 14 ist der Gutachter nur dann, wenn eine Beziehung zwischen der Eigenschaft als öffentlicher Beamter und der Erstattung des Gutachtens gegeben ist. (Verneint für einen Oberarzt an den Hamburgischen Staatskrankenanstalten, da die Erstattung von Gutachten nicht zu den Dienstpflichten der Oberärzte gehöre.)

5. Colmar 6. 2. 15, ElsLothJZ. 16, 96. Verteilung der Kosten eines für mehrere Prozesse gemeinschaftlich erstatteten Gutachtens nach Maßgabe des Flächeninhalts, der jedem der drei Kläger zustand.

§ 404.

1. RG. 3. 5. 16, LeipzZ. 16, 1101. Eine Partei hat nicht das Recht, zum Gegenbeweise gegen ein Gutachten von Sachverständigen die Vernehmung anderer Sachverständigen zu verlangen, da, abgesehen von dem Falle der Einigung der Parteien, die Auswahl dem Gerichte zusteht. Das Ermessen des Gerichts ist der Anfechtung in der Revisionsinstanz entzogen (JW. 84, 171; 97, 565; 04, 95; 06, 85).

2. Inwieweit darf ein gerichtlich bestellter Sachverständiger Hilfskräfte zur Vorbereitung und Ausarbeitung des Gutachtens heranziehen? RG. 28. 9. 16, JW. 16, 1587, R. 16 Nr. 2122. Daß ein Sachverständiger bei der Vorbereitung oder Ausarbeitung seines Gutachtens Hilfskräfte zuzieht, ist an sich nicht zu beanstanden und wird bei der Beobachtung eines Kranken in einer Klinik schon deshalb häufig nötig werden, weil dessen andauernde Beobachtung durch den ernannten Sachverständigen überhaupt unmöglich wäre. Gefordert muß freilich werden, daß sich der Sachverständige nicht ohne Nachprüfung auf die Hilfskraft verläßt und deren Ansicht ohne weiteres mit seinem Namen deckt. (Für eine solche Annahme lagen im gegebenen Falle keine Anhaltspunkte vor, insbesondere konnte aus der Unterzeichnung des Gutachtens durch den Sachverständigen und seinen Assistenten nur geschlossen werden, daß zwar die Beteiligung des letzteren ersichtlich gemacht werden sollte, daß aber der Sachverständige selbst die vorliegende schriftliche Ausarbeitung auf Grund seiner im Texte des Gutachtens bekundeten Beobachtungen und Untersuchungen billigte. — Vgl. dagegen RG. 65, 82, wo der Rechtsanwalt bei der Unterzeichnung der Revisionsbegründung durch einen Zusatz seine Verantwortlichkeit abgelehnt hatte.)

§ 406.

1. (§ 42.) Dresden 8. 11. 15, SeuffA. 71, 121. Hat ein Sachverständiger im Beweissicherungsverfahren ein Gutachten im Auftrage des Gerichts, nicht im Auftrage einer der Parteien, zu deren Gunsten erstattet, so ist dies nicht geeignet, Mißtrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Anderenfalls müßte im Zweifel auch die Ablehnung eines Sachverständigen in zweiter Instanz seitens derjenigen Partei als begründet angesehen werden, der sein in erster Instanz erstattetes Gutachten abträglich ist.

2. Dresden 13. 10. 15, SächsOLG. 37, 81, erachtet grundsätzlich die Ablehnung eines Sachverständigen als begründet, weil er der einen Partei als Privatgutachter in der Angelegenheit gedient hat. Im gegebenen Falle hatte sich der Sachverständige lediglich als Mitglied einer vom Staate errichteten Versuchsanstalt der Erledigung eines an diese Anstalt gerichteten Ersuchens der Klägerin um Prüfung von Schmierringen auf Schöpfleistung unterzogen. Diese Tatsache habe bei verständiger Würdigung keinen Grund für den Beklagten zu einem Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen abgeben können.

3. Verspätete Ablehnung. Colmar 1. 10. 15, ElsLothJZ. 16, 336. Nach dem Beschlusse sollte der Zeuge nicht nur über die von ihm bei der ärztlichen Behandlung des Klägers gemachten Wahrnehmungen aussagen, sondern sich auch über die Ursache der Erkrankung (Verbrennung durch Röntgenstrahlen) aussprechen. Er war also nicht nur sachverständiger Zeuge, sondern auch wahrnehmender Sachverständiger. — Daß es zur Beeidigung als Sachverständiger kommen würde, konnte der Beklagte, der selbst Arzt ist, aus dem Beweissatz unschwer erkennen. Es wäre also seine Sache gewesen, vor der Vernehmung das Ablehnungsgesuch anzubringen.

4. JW. 16, 816. Die Tätigkeit, welche die von der Handelskammer vorgeschlagene Persönlichkeit als gerichtlicher Sachverständiger ausgeübt hat, entzieht sich jeder Nachprüfung durch die Handelskammer. Äußerung der Handelskammer in Berlin (gebilligt vom Minister für Handel und Gewerbe am 23. 2. 16).

§ 411.

1. Schriftliche Begutachtung oder persönliche Vernehmung des Sachverständigen. **RG.** 29. 6. 16, R. 16 Nr. 1751, 1752, WarnE. 16, 382. § 411 ZPO. gewährt dem Gerichte die Befugnis, schriftliche Begutachtung nicht nur neben einer mündlichen Vernehmung des Sachverständigen, sondern auch an Stelle einer solchen anzuordnen. Wird dies Verfahren gewählt, so ist zunächst den Parteien die Möglichkeit benommen, an den Sachverständigen einzelne Fragen zu richten und ihm Vorhalte zu machen; sie sind dann darauf angewiesen, solche Punkte, über die sie den Sachverständigen noch gehört wissen wollen, in bestimmter Fassung in der mündlichen Verhandlung dem Gerichte zu unterbreiten, worauf letzteres darüber zu befinden hat, ob der Sachverständige noch mündlich gehört werden soll (JW. 99, 340). Ein Antrag, der nur allgemein auf mündliche Vernehmung des Sachverständigen gerichtet ist, braucht nicht berücksichtigt zu werden. — Hat das Gericht zunächst persönliche Vernehmung des Sachverständigen angeordnet, so ist es zwar befugt, seinen Beweisbeschluß nachträglich dahin abzuändern, daß nur schriftliche Begutachtung zu erfolgen brauche. Aber dies darf nicht zur Beeinträchtigung der Rechte der Parteien führen. Es ist daher den Parteien Gelegenheit zu geben, in der für den Fall der schriftlichen Begutachtung geeigneten, oben bezeichneten Weise ihre Wünsche nach Ergänzung der Beweiserhebung vorzubringen.

2. Darmstadt 8. 10. 15, JDR. 14, jetzt auch DJZ. 16, 1177.

Neunter Titel. Urkundenbeweis.

§ 417.

RG. 6. 7. 16, LeipzZ. 16, 1302. Durch ein auf Rückabtretung einer abgetretenen Forderung ergangenes Versäumnisurteil wird gemäß § 417 nichts bewiesen, als daß es mit dem darin angegebenen Inhalt ergangen ist. Es besitzt nicht die gleiche Beweiskraft wie eine öffentlich beglaubte Urkunde im Sinne des § 403 BGB. — Vgl. auch oben zu § 403 BGB.

§ 418.

RG. 13. 11. 15, R. 16 Nr. 97. Ein von einem Katasterbeamten im Auftrage einer Partei aufgenommener Lageplan reicht für sich allein niemals aus, um über die Eigentumsverhältnisse Dritter zu entscheiden.

§ 432.

Ermittlungsakten und Personalakten im Zivilprozesse. Neumiller, BayRpflZ. 16, 209, erörtert im Anschluß an § 21 BayDVschr. für die Staatsanwaltschaft v. 29. 10. 10 und die Entschließung des Verkehrsministeriums v. 25. 11. 13 die Unzuträglichkeiten, die sich für den Zivilprozeß daraus ergeben, daß die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakten, die Polizeiakten und die Beamtenpersonalakten grundsätzlich den Gerichten gegenüber geheimgehalten werden. Die Aufklärung des Sachverhalts würde durch eine mildere Handhabung der bestehenden Vorschriften gefördert werden, insbesondere die Abwehr ungerechtfertigter Entschädigungsansprüche gegen den Fiskus, bei denen der Entlastungsbeweis nach § 831 BGB. in Frage komme, durch Vorlegung der Personalakten.

§ 441.

Schriftvergleichung. **RG.** 18. 4. 16, JW. 16, 694. Hält sich das Gericht für befähigt, ohne Beiziehung eines Sachverständigen selbst die Frage der Echtheit einer Namensunterschrift unter Benutzung von Vergleichungsmaterial aus herangezogenen Akten zu lösen, so ist nach dem Verhandlungsgrundsatz und dem Grundsatze der Gewährung rechtlichen Gehörs geboten, zunächst in einer beiderseitigen Verhandlung der Parteien dem Beweisführer und seinem Gegner Gelegenheit zur Bezeichnung geeigneter Vergleichungsschriften und zur Erklärung über diese zu geben.

Zehnter Titel. Beweis durch Eid.

Schrifttum: Hartung, Der richterliche Eid, 1916. — Schneider, Eideszuschiebung über eigene Handlungen als Vertreter oder Rechtsvorgänger, BuschsZ. 46, 1. — Schulzenstein, Der Parteieid im Verwaltungsstreitverfahren nach dem LVG. v. 30. 7. 83, BuschsZ. 46, 6. (Die Zulässigkeit wird verneint aus der entscheidenden Erwägung, daß die richterliche Überzeugung nach LVG. schlechthin frei und damit die Bindung durch Parteieid unvereinbar ist.)

§ 445.

1. Schneider 1 ff. behandelt die Frage, ob der Beklagte, der selbst als Vertreter oder Rechtsvorgänger des Klägers gehandelt haben will, diesem über eine von ihm als solchem Vertreter oder Rechtsvorgänger vorgenommene Handlung den Eid zuschieben kann. (Dresden 1882, SeuffA. 45, 104. Der Beklagte behauptete Tilgung der eingeklagten durch eine von ihm zu diesem Zwecke an den Kläger abgetretene Forderung gegen einen Dritten. Der Kläger erwiderte, daß die ihm abgetretene Forderung nicht bestehe, da sie nur unter einer demnächst ausgefallenen Bedingung begründet worden sei. Der Beklagte bestritt und schob dem Kläger den Eid über den unbedingten Abschluß des betreffenden Rechtsgeschäfts zu.) Es wird ausgeführt, daß nach der aus § 157 BGB. zu schöpfenden Regel die Eideszuschiebung im gedachten Falle unzulässig sei.

2. Unklarheit des Beweissatzes. **RG.** 28. 10. 15, R. 16 Nr. 981. Der Eidessatz, daß der Beklagte gewußt habe, die Firma X. werde die Sicherungsverträge vor den anderen Gläubigern geheimhalten, ist ohne durchgreifende Bedeutung. Er leidet schon an dem Mangel der erforderlichen Bestimmtheit. Unter Geheimhaltung der Verträge kann verstanden werden, daß die Firma sie vor den anderen Gläubigern verschweige, wie, daß sie auf berechtigte Erkundigung ableugnen werde.

3. KG. 11. 2. 15, OLG. 33, 37. Vertreter im Sinne des § 445 ist nicht nur, wer im Namen der Partei, sondern auch derjenige, der im eigenen Namen, aber für die Partei dergestalt handelt, daß sie seine Handlungen als die ihrigen gelten läßt oder gelten lassen muß. (Im gegebenen Falle der Pfändungsgläubiger, der sich die Forderung zur Einziehung hat überweisen lassen; vgl. **RG.** 13, 355.)

4. **RG.** 26. 5. 16, R. 16 Nr. 1937. Unzulässig ist die Eideszuschiebung über die Absicht, einen gewöhnlichen Kauf über Waren abzuschließen, wenn die Parteien sich bei Abschluß des Vertrags des Unterschieds zwischen einem Verkaufe des Bezugsrechts und einem Verkaufe von Waren nicht bewußt gewesen sind.

5. **RG.** 16. 3. 16, GruchotsBeitr. 60, 863, R. 16 Nr. 1580. Unzulässig ist der Eid

darüber, was der andere unter gewissen Umständen tun würde. (Der Eid lautete: Ich habe bei der Eheschließung mit der Klägerin nicht gewußt, daß sie bei nachträglich erlangter Kenntnis von meinen Vorstrafen troß ihres Vorlebens und der Verhältnisse, in denen sie lebte, aus meinen Vorstrafen ein Recht, die Ehe anzufechten, herleiten würde.) Man kann in einem solchen Falle begrifflich überhaupt nicht von Wissen, sondern nur von Meinen reden. (Daß der Eid darüber unzulässig, was der Schwurpflichtige selbst unter gewissen nicht eingetretenen Umständen getan haben würde, ist ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts.)

§ 446.

RG. 23. 6. 16, R. 16 Nr. 1753. Im Wesen des Beweises liegt es, daß jeder einzelne der in Betracht kommenden Umstände nur Wahrscheinlichkeit und erst ihre Gesamtheit Gewißheit begründet. So hat auch das OLG. hinsichtlich einer Reihe einzelner Tatumstände ausgesprochen, daß sie gegen den Beklagten sprächen oder daß sie seine Behauptung unwahrscheinlich machten. Auf Grund der Gesamtheit dieser Umstände hat es aber am Schlusse die Unrichtigkeit der Behauptung des Beklagten deutlich und bestimmt festgestellt. Die Anwendung des § 446 wurde gebilligt.

§ 460.

1. Der Vergleichseinwand im Läuterungsverfahren ist unbeachtlich. **RG.** 11. 12. 15, GruchotsBeitr. 60, 509, JW. 16, 424, LeipzZ. 16, 1442, R. 16 Nr. 510, 514. Der außergerichtliche, von den Parteien ohne ihren Prozeßbevollmächtigten abgeschlossene Vergleich ist kein Rechtsakt, der den Zustand der Rechtshängigkeit aufhebt. Insbesondere fehlt es ihm an der Förmlichkeit, von deren Erfüllung es nach §§ 78, 271 ZPO. abhängt, daß die in dem außergerichtlichen Vergleich etwa enthaltene Erklärung der im beiderseitigen Einvernehmen vorgenommenen Klagerücknahme die im § 271 Abs. 3 vorgesehene Folge haben könnte. Er kann, solange der Rechtsstreit vor dem Tatrichter anhängig ist, die Sachentscheidung beeinflussen. Dagegen können Vorgänge, die der für den Tatrichter maßgebenden mündlichen Verhandlung nachfolgen, die Gesetzmäßigkeit des Berufungsurteils niemals in Frage stellen und darum auch nicht gemäß §§ 549 Abs. 1, 564 ZPO. zur Aufhebung des Berufungsurteils führen. Ein Zurückgreifen auf den durch das rechtskräftige bedingte Endurteil erledigten Streitstoff sowie eine sachliche Erweiterung der Entscheidungen in der Art, daß neu entstandene Angriffs- oder Verteidigungsbehelfe zur sachlichen Aburteilung gelangen könnten, würde sich als eine Durchbrechung der Rechtskraftwirkungen darstellen, für deren Zulassung das Gesetz keinen Anhalt darbietet. (Vgl. **RG.** 15. 12. 82, JW. 83, 38; 3. 11. 98, 42, 372 und 30. 3. 04, JW. 04, 261; ferner **RG.** 42, 354, GruchotsBeitr. 55, 1051 und JW. 12, 802.) Die Entscheidung betraf einen Eheprozeß; der Kläger hatte der Leistung des Eides mit der Behauptung widersprochen, es habe eine notariell beurkundete Aussöhnung mit der Ehefrau stattgefunden. Goldschmidt, JW. 16, 424 Anm., bezeichnet das Urteil als unbefriedigend, da, wie vom RG. anerkannt werde, materiell ein Verzicht auf den Klaganspruch in Ehescheidungssachen bis zur Rechtskraft des die Scheidung unbedingt aussprechenden Urteils zulässig sei, im Ehescheidungsprozesse der Rechtsbehelf des § 767 ZPO. versage, der formalistische Standpunkt des RG. mit dem zivilprozessualen Grundsatze der möglichsten Aufrechterhaltung der Ehe nicht in Einklang zu bringen sei.

2. Keine Widerklage im Läuterungstermine. Hamburg 7. 10. 15, OLG. 33, 62. Im Sinne der §§ 280, 614 ist das bedingte Endurteil, nicht das Läuterungsurteil als Urteil anzusehen. — Gerade im Eheprozeß erscheint es besonders ausgeschlossen, eine Widerklage neu zu erheben, da in diesem Klage und Widerklage dieselbe Sache betreffen und nur eine einheitliche Entscheidung zulässig ist.

3. Wahrnehmung des Eidesleistungstermins durch den Anwalt. Braunschweig 13. 8. 15, OLG. 33, 192. Die im § 13 Nr. 4 RAGebO. vorausgesetzte Vertretung der Partei ist als persönliche Terminsvertretung durch den Prozeßbevollmächtigten gemeint, während es bei einem Beweisverfahren genügt, wenn der Prozeßbevollmächtigte darin irgendwie tätig wird, mag auch ein anderer Anwalt den Termin wahrnehmen.

§ 461.

Einzelnes Angriffsmittel. **RG.** 13. 5. 16, R. 16 Nr. 1938. Eidesauflage über arglistiges Verschweigen durch Beweisbeschluß ist zulässig, wenn der Schadensersatzanspruch auf einen Mangel im Rechte des verkauften Grundstücks und auf arglistiges Verschweigen dieses Mangels seitens des Verkäufers gestützt wird.

§ 463.

Königsberg 21. 3. 16, PosMSchr. 16, 71. Nach der Eidesleistung kann die Eideszuschiebung nicht mehr zurückgezogen werden, auch wenn die Partei an dem rechtzeitigen Widerrufe der Eideszuschiebung durch höhere Gewalt gehindert worden ist. Dies ergibt sich aus der Bestimmung des § 230 ZPO. als notwendige Rechtsfolge, da hiernach die „Versäumung" einer Prozeßhandlung, d. i. das Unterlassen ihrer Vornahme innerhalb der dazu bestimmten zeitlichen Grenze, die Ausschließung der Partei mit dieser Prozeßhandlung schlechthin und ohne daß es dabei auf den Grund dieser prozessualen Untätigkeit weiter ankommt, nach sich zieht, und da eine Nachholung versäumter Prozeßhandlungen nur für vereinzelte Ausnahmefälle gestattet ist, zu denen die Zurückziehung eines zugeschobenen Eides nicht gehört.

§ 464.

1. Zum Begriffe der Eidesverweigerung. Hamm 7. 3. 16, SeuffA. 71, 293. Erscheint der Schwurpflichtige und gibt er Erklärungen ab, so muß das Gericht nach der Gesamtlage frei würdigen, ob er im Sinne des § 464 Abs. 2 den Eid verweigert habe. Erklärt der Schwurpflichtige schlechthin: „Ich verweigere den Eid", so wird allerdings regelmäßig für eine weitere Auslegung kein Raum sein. Anders aber, wenn (wie im gegebenen Falle) der Schwurpflichtige den Eid zwar nicht leisten will, aber noch zusätzliche Erklärungen macht. Der Schwurpflichtige hatte zwar erklärt, daß er den Eid in der Wahrheitsform nicht schwören könne, aber hinzugesetzt, er bitte, ihn in der Überzeugungsform anzuordnen. Damit hat er nicht endgültig die Eidesleistung ablehnen, sondern nur eine Änderung der Fassung herbeiführen wollen. Dies war prozessual denkbar (da der Eid in zulässiger Weise durch Beweisbeschluß angeordnet war und dieser Beschluß dem § 360 ZPO. unterlag).

2. **RG.** 4. 11. / 11. 12. 15, R. 16 Nr. 512. Die briefliche Mitteilung an den eigenen Prozeßbevollmächtigten, den Eid nicht leisten zu wollen, kommt einer Verweigerung im Sinne des Gesetzes nicht gleich.

§ 473.

Francke, ABürgR. 114, 360. Auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter einer offenen HG., sowie derjenige einer anderen prozeßfähigen, aber nicht rechtsfähigen Vereinigung, kann und muß Parteieide für die Gemeinschaft schwören. § 473 handelt von einer nichtprozeßfähigen Partei mit gesetzlichem Vertreter.

§ 475.

1. Grundsätzliche Erörterungen zur Auslegung der Gesetzesvorschrift. Hartung. a) § 475 gibt dem Gerichte kein Offizial-, sondern nur ein Initiativrecht (vgl. vor § 139), durch dessen Ausübung es im Rahmen des Dispositionsgrundsatzes auf eine sachlich richtige Entscheidung hinwirken soll. Folgerungen: 1. Der richterliche Eid kann der Partei nicht gegen ihren ausdrücklichen Willen auferlegt werden. 2. Der richterliche Eid hat subsidiären Charakter (35—46).

b) Die Bedeutung der Beweislast und der Beweisergebnisse für die Zulässigkeit der Auferlegung eines richterlichen Eides (46—58). Voraussetzung für die Auflage eines richterlichen Eides ist das Vorhandensein eines unvollständigen Hauptbeweises. Dieser kann aus den Verhandlungen und einer Beweisaufnahme oder aus den Verhandlungen allein gewonnen werden.

c) Die Bedeutung der Beweislast und der Beweisergebnisse für die Auswahl des Schwurpflichtigen (58—64). Nicht bloß die Vertrauenswürdigkeit, sondern gleichzeitig auch das übrige Beweisergebnis ist bei der Auswahl heranzuziehen. Vor der

Eidesauflage ist stets das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen. Leistet die Partei der Vorladung keine Folge, so verdient sie den Vorzug der Eideszubilligung nicht. Erscheint sie, so kann das Gericht die Vertrauenswürdigkeit erforschen.

d) Der richterliche Eid stets ein Tatsacheneid (65—68). § 445 gilt für den richterlichen Eid nicht.

e) Der grundsätzliche, aber nicht uneingeschränkte Vorrang des richterlichen Eides vor dem Schiedseide (68—75). Der richterliche Eid geht grundsätzlich dem Schiedseide vor. Dagegen geht der Schiedseid dem richterlichen Eide vor, wenn beide Eide übereinstimmen. (Der Eid kann also unter den Voraussetzungen des § 461 durch Beschluß auferlegt werden.) Die Auflage eines richterlichen Eides ist unmöglich, wenn bei bloßem Vorhandensein eines unvollkommenen Gegenbeweises der Beweispflichtige dem Gegner einen Eid zugeschoben hat. (Es fehlt an einem Ergebnisse zugunsten des Beweispflichtigen.)

f) Das dem richterlichen Eide und den Schiedseide Gemeinsame. Die entsprechende Anwendung der §§ 457—461, 473 auf den richterlichen Eid (75—108). Die §§ 445—456, 458 sind unanwendbar. An Stelle der §§ 472—474 tritt § 476.

g) Der richterliche Eid im Beschlußverfahren und in besonderen Verfahrensarten (109—110).

h) Der richterliche Eid kann zum Beweise der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte dienen. Die Beweisregel des § 464 Abs. 2 macht den richterlichen Eid im Amtsverfahren nicht untauglich (111—117).

i) Der Schätzungseid als richterlicher Eid (117—128). Vgl. zu § 287.

2. Aus der Rechtsprechung. a) **RG.** 7. 1. 16, R. 16 Nr. 719. Beim richterlichen Eide hat das Gericht größere Freiheit als beim Schiedseide darüber, über welche der streitigen Tatsachen es den Eid verstatten will, welche Tatsachen ihm also zur Herstellung der vollen Überzeugung von der Begründetheit eines Anspruchs dienen.

b) **RG.** 14. 12. 15, JW. 16, 499. Gegenstand des richterlichen sowie des zugeschobenen Eides dürfen nur Tatsachen sein. Nun gibt es hierbei gewiß Grenzgebiete. Wenn aber das Berufungsgericht die Beklagte schwören lassen will, „es seien zwischen ihr und L. keine Zärtlichkeiten vorgekommen, wie sie unter Liebesleuten vorzukommen pflegen, ihr Verhältnis sei lediglich ein solches gewesen wie das der Mutter zu ihrem Sohne", so geht das doch über die Grenzen der Tatsachen völlig hinaus, und die Beklagte wird damit zur Beurteilerin ihres Tuns, was nicht in den Bereich des Eides gezogen werden darf. (Vgl. hierzu Goldschmidt, JW. 16, 499. Der Eid darf nur über die konkrete Tatsache selbst auferlegt werden, die Beurteilung derselben nach der allgemeinen Erfahrung des Lebens muß dem Richter überlassen bleiben.)

Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

§ 485.

Genügt der Umstand, daß der Zeuge im Felde steht, zur Begründung eines Antrags auf Beweissicherung? Dresden 14. 4. 16, SächsRpflA. 16, 283. Die Maßregel ist eine Ausnahmemaßregel und setzt eine besondere dem Beweismittel drohende Gefahr voraus. Es genügt nicht die Bezugnahme auf die allgemeine Vergänglichkeit irdischer Dinge und die infolgedessen stets vorliegende Möglichkeit des Verlustes des Beweismittels. Es muß vielmehr eine durch die Umstände gegebene Gefahr sein, die anderen Beweismitteln nicht oder nicht in dem Maße droht und deshalb eine ausnahmsweise Behandlung dieses Beweismittels begründet. — Die Gefahr, die dem einzelnen lediglich infolge seiner Teilnahme am Kriege, abgesehen von der besonderen Art dieser Teilnahme im einzelnen Falle, droht, ist (im jetzigen Kriege, wo ein Volk unter Waffen steht) eine allgemeine, wenn auch gegenüber dem Friedenszustand erhöht, die jedoch die ausnahmsweise Behandlung einer Sache außerhalb des Rahmens des ordentlichen Geschäftsganges und damit ihre Bevorzugung vor anderen Sachen nicht rechtfertigt. (Eine besondere Gefährdung durch die Art des militärischen Dienst-

verhältnisses wurde verneint, da lediglich angeführt war, daß der Zeuge einem Landwehrinfanterieregiment im Osten angehöre.)

Vgl. dagegen Unbekannt, JW. 16, 1196. Die Gerichte überschätzen anscheinend die Schwierigkeiten der Vernehmungen im Felde und den militärischen Gesichtspunkt, daß diese Vernehmungen tunlichst auf das geringste Maß zu beschränken sind, ganz abgesehen davon, daß immer mit der Gefahr des Wegfalls der Möglichkeit, den Zeugen zu vernehmen, zu rechnen ist.

§ 487.

1. (Nr. 2). Kann im Beweissicherungsverfahren neben den benannten Sachverständigen noch ein von Amts wegen zugezogener Sachverständiger vernommen werden? Verneint von Dresden 16. 11. 15, SächsRpflA. 16, 304, jedenfalls dann, wenn es sich um einen vom Antragsteller bereits beantragten Sachverständigenbeweis handelt.

2. Friedrichs, ABürgR. 42, 59. Bei der gerichtlichen Sicherung des Beweises braucht nach § 487 nicht angegeben zu werden, welcher Anspruch damit verfolgt werden soll. Das Gericht kann den Antrag nicht zurückweisen, weil er zur Wahrung öffentlichrechtlicher Ansprüche dient. Allerdings gilt die Vorschrift des § 493 nur für den Zivilprozeß, und im Verwaltungsstreitverfahren entscheidet das freie Ermessen des Verwaltungsrichters.

§ 489.

*Klein, LeipzZ. 16, 100, zeigt, daß sein Vorschlag in DJZ. 15, 890, zur Förderung der Friedensjustiz eine Gesetzesbestimmung einzuführen: „Mit Zustimmung des Gegners muß die Aufnahme eines jeden nach dem Gesetz überhaupt zulässigen Beweises, wenn beantragt, angeordnet werden, auch wenn ein Rechtsstreit noch nicht anhängig ist und der Antrag nur zur Herbeiführung eines Vergleichs gestellt ist“, auch durch § 489 ZPO. nicht überflüssig ist: § 489 läßt auch bei durch Zustimmung des Gegners unterstütztem Parteiantrage nicht jede Art der Beweisaufnahme zu, sondern nur die Arten, die das Verfahren zur Sicherung des Beweises (§ 485 ZPO.) kennt. Er versagt also für die Beweisarten des Parteieids und des Urkundenbeweises. Auch stellt § 489 ZPO. seine Anwendung in das freie Ermessen des Richters, von dem das Parteienstreben nach Rechtsfrieden insoweit unabhängig sein muß.

§ 492.

Unzulässigkeit der Ablehnung eines Sachverständigen? Celle 22. 10. 15, SeuffA. 71, 80. Es muß angenommen werden, daß, wenn das Gericht den benannten Sachverständigen zu vernehmen hat und dieser Beschluß (§ 490 Abs. 2 ZPO.) der Anfechtung entzogen ist, auch die Einwendungen des Gegners gegen die Vernehmung ausgeschlossen sein sollen. — Hiernach kann die Bestimmung des § 492 ZPO., daß die Beweisaufnahme nach den für die Aufnahme des betreffenden Beweismittels überhaupt geltenden Vorschriften erfolge, nicht die Bedeutung haben, daß der Gegner auch gemäß § 406 den Sachverständigen ablehnen dürfe, sondern die Vorschrift ist nach der besonderen Bestimmung der §§ 487, 490 nur dahin auszulegen, daß die Aufnahme des Beweises allein nach den für den Beweis durch Sachverständigen geltenden Vorschriften zu erfolgen, die Erhebung des Beweises aber unanfechtbar stattzufinden hat. Vgl. KG., OLG. 17, 164, ferner Hamm, JDR. 11 u. Stuttgart, JDR. 13 zu § 490. Anders Colmar 6. 3. 15, ElsLothJZ. 16, 170. Der Satz 2 Abs. 2 des § 490 ZPO. bestimmt lediglich, daß der Beschluß, welcher dem Antrage stattgibt, also das Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse der Beweissicherung feststellt, insoweit unanfechtbar ist. Es entspricht dies der allgemeinen Vorschrift des § 355 Abs. 2 ZPO., wonach Beweisbeschlüsse der Anfechtung entzogen sind. Dagegen bleibt das dem Gegner im § 406 ZPO. gewährte Ablehnungsrecht, welches für sämtliche innerhalb des Rahmens der Zivilprozeßordnung stattfindenden Sachverständigenvernehmungen gilt, vom Satz 2 Abs. 2 des § 490 ebenso unberührt wie vom § 487 Ziff. 3 ZPO., der bloß dem richterlichen Auswahlrechte des § 404 ZPO. eine Schranke setzt. Ebenso Karlsruhe, OLG. 9, 138.

Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten.

§ 496.

Nürnberg 7. 6. 16, BayRpflZ. 16, 395. Die Annahme des Beklagten, daß die Vorschrift des § 469 Abs. 3 nur für die zur Zuständigkeit des AG. „überhaupt gehörigen" Klagen gelte, und daß die Bestimmung des § 505 nur auf die „aus Versehen" beim — sachlich — unzuständigen AG. eingereichten Klagen anwendbar sei, findet im Gesetze keine Stütze.

§ 502.

1. Göbel, Ein paar Handgriffe aus der Amtsgerichtswerkstätte des Zivilprozeßgerichts, DRZ. 16, 226, empfiehlt: Vertagung von Amts wegen, falls die Sache streitig wird, schriftliche Ausübung des Frage- und Aufklärungsrechts, überhaupt gründlichste Vorbereitung der Sache, Vernehmung der Zeugen an einem Tage, der nur hierfür bestimmt ist; schriftliche Einholung gutachtlicher Äußerungen; Ladung, wenn möglich vor das Prozeßgericht; Erlaß von Zwischen- und Teilurteilen; Anwendung des Vorbehaltsurteils des § 302 ZPO.; Anwendung der §§ 96, 278 Abs. 2, 279, 283, 374 (die bei tatkräftiger Benutzung ein sehr wirksames Mittel sind, den Stoff zu sammeln); Ersatz des Rechtsbegriffs durch Vorbringen genauer Tatsachen. ➸ Vgl. hierzu Levin, Richterliche Prozeßleitung 1913, 81 ff., 89 ff., 100 ff., 124 ff., 128. ⇷

2. Mendelssohn-Bartholdy, Praxis, wie sie nicht sein soll, RheinZ. 8, 91. Die Prozeßordnung verlangt im § 502 eine wirklich ordnende und klärende Führung der Verhandlung durch den Richter, nicht bloß mechanisches Abhören. Ganz besonders ist das nötig, wenn die eine Partei durch einen Nichtjuristen vertreten und der Anwaltsstellvertreter der anderen Partei offenbar nicht genügend informiert ist (107). — Das Gesetz will die mündliche Verhandlung entscheidend sein lassen, aber weil es das will, will es auch ihre Vorbereitung und ihre Leitung durch den Richter, der sich hier als Herr des Verfahrens zeigen soll. Ist er dem nicht gewachsen, so liegt das nicht an der Einrichtung, sondern an der Person und ihrer Ausbildung.

§ 505.

1. Verweisung an eine Zivilkammer oder Kammer für Handelssachen. KG. 23. 11. 15, OLG. 33, 78. a) Die Beschwerde kann den Parteien nicht versagt werden, wenn der Beschluß einen Bestandteil enthält, der dem Inhalte der der Anfechtung entzogenen Entscheidung nicht entspricht, weil diesem Bestandteile die Voraussetzungen der Unanfechtbarkeit fehlen.

b) §§ 505, 506 ZPO. enthalten keine Ausnahmen vom § 102 GVG., wonach die unanfechtbare Entscheidung über die Zugehörigkeit einer Sache zur Zuständigkeit einer Kammer für Handelssachen oder Zivilkammer lediglich der zuerst mit der Sache befaßten Kammer des LG. übertragen ist. Das AG. darf daher den Rechtsstreit weder an die Kammer für Handelssachen noch an eine Zivilkammer verweisen. (Zu a: Die Beschwerde war gleichwohl im gegebenen Falle unzulässig, weil eine eine vorgängige mündliche Verhandlung erfordernde Entscheidung vorlag. Einer Beschwerde bedurfte es aber überhaupt, da der Zusatz das LG. nicht bindet.)

2. Verweisung an ein Gewerbe- oder Kaufmannsgericht. Für zulässig erachtet von Hamburg 6. 4. 14, JDR. 13, II, vgl. auch BuschsZ. 46, 10 und die Zusammenstellung von Czarnikow, NaumburgAK. 16, 50. Dagegen LG. Greifswald 24. 3. 16, GewuKfmG. 21, 246. § 3 EG. regelt das Verfahren nur, soweit es vor die ordentlichen Gerichte gehört. Die Worte „zuständiges Gericht" sind nach der Entstehungsgeschichte lediglich dadurch zu erklären, daß durch die Novelle nicht nur wie früher bei sachlicher Unzuständigkeit an das LG., sondern auch bei örtlicher Unzuständigkeit die Verweisung ermöglicht werden sollte (vgl. JDR. 14, 1).

3. Wiederaufhebung des Überweisungsbeschlusses. Naumburg 28. 4. 16, NaumburgAK. 16, 37. Aus Abs. 2 folgt, daß das Gericht, welches überwiesen hat, zur Wiederaufhebung seines Überweisungsbeschlusses nicht mehr zuständig ist. Der Rechtsstreit ist gar nicht mehr bei ihm anhängig.

4. Kostenentscheidung. AG. Halle 3. 12. 15, NaumburgAK. 16, 3. Sind die entstandenen Mehrkosten, über die nach § 505 besonders erkannt werden mußte, bei der Entscheidung übergangen, so kann diesem Mangel nur gemäß § 321 abgeholfen werden, nicht aber durch sofortige Beschwerde.

5. Gebührenberechnung. LG. Aurich 9. 12. 15, JW. 16, 1434. Eine lediglich auf Antrag des Klägers ohne Unzuständigkeitseinrede des Beklagten erfolgende Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Gericht hat nicht die Bedeutung einer Sachentscheidung, sondern die einer prozeßleitenden Verfügung. Die Ansetzung der Gebühr aus §§ 26, 80 Abs. 2, 18 Abs. 1 GKG. ist daher unstatthaft. — Hiergegen Irmler a. a. O. Der Beschluß sei Sachentscheidung im Sinne des § 26 Nr. 2 GKG. Vgl. JDR. 14 zu § 697, 3 b.

§ 506.

1. Umfang der Bindung. Karlsruhe 14. 4. 15, BadRpr. 16, 151. Der amtsgerichtliche Verweisungsbeschluß enthält die Feststellung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit, und an diese Feststellung, insbesondere auch hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit, ist das LG. gebunden. Für diese Ansicht spricht der Wortlaut des Gesetzes, weil im § 506 Abs. 2 die Vorschrift von § 505 Abs. 2 ZPO. für entsprechend anwendbar erklärt ist, diese Vorschrift aber den Verweisungsbeschluß auch wegen der örtlichen Zuständigkeit für bindend erklärt, ferner die Absicht des Gesetzgebers, das Verfahren zu beschleunigen, und endlich das praktische Bedürfnis. — Vgl. JDR. 14 zu § 505, 2 a.

2. Kann beim AG. nach Erlaß eines Vorbehaltsurteils im Wechselprozeß eine zur Zuständigkeit des LG. gehörige Widerklage erhoben und der Rechtsstreit hinsichtlich des Nachverfahrens an das LG. verwiesen werden? Bejaht von Breslau 15. 1. 16, JW. 16, 614. Die Prozeßordnung enthält keine Bestimmung, daß die Entscheidung im Nachverfahren nur von demjenigen Gerichte getroffen werden darf, welches das Vorbehaltsurteil erlassen hat; sie bestimmt lediglich, daß der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt (§ 600 Abs. 1). Dadurch ist der Beklagte nur gehindert, die Rechte, deren Ausführung ihm vorbehalten ist, in einem besonderen Prozesse vor einem anderen Gerichte zu verfolgen; dagegen bleibt es ihm unbenommen, innerhalb des anhängigen Verfahrens sich aller Rechtsbehelfe zu bedienen, die im ordentlichen Prozesse zulässig sind.

Drittes Buch. Rechtsmittel.

Schrifttum: Eckstein, Die Behandlung der Kostenentscheidung in der Berufungsinstanz, Rechtsgang 2, 457. — Heinsheimer, Die Freiheit der richterlichen Überzeugung und die Aufgaben der Revisionsinstanz, Festschrift für Franz Klein (1914) 133. — Kohler, Prozeß und Nichtprozeß, Rechtsgang 2, 113. — Levis, Ist die Revision zulässig, wenn das Berufungsgericht die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts verneint? LeipzZ. 16, 27. — Marwitz, Bedenken gegen die Praxis bei Schadensersatzprozessen, DJZ. 16, 836. — Oertmann, Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrechte (1916) 91 ff. — Scherer, Die Rechtsprechung betr. das Rechtsmittel der Revision in Zivilsachen im Jahre 1914—1915, ThürBl. 63, 128. — Thiele, Wer entscheidet über Beschwerden gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte? R. 16, 209.

Allgemeine Bedeutung der Rechtsmittel. Kohler 113. Es gibt keine größere Unrichtigkeit, als wenn man von den Rechtsmitteln sagt, daß sie eine Anfechtung des Urteils enthalten. Der Ausdruck Anfechtung, der im Zivilrechte seine besondere Prägung bekommen hat, sollte nicht auf Gebieten gebraucht werden, die ihm völlig fremd sind. — Ein solcher Ausdruck darf im Zivilprozesse nur dann gebraucht werden, wenn es sich um eine zivilprozessualische Erscheinung handelt, die zwischen Nichtigkeit und Gültigkeit schwebt, wenn sich also unter die Voraussetzungen des Rechtsverhältnisses ein Umstand eingeschlichen hat, welcher das Verhältnis in seinem ganzen Sein antastet. Dahin gehört vor allem, wenn die Prozeßfähigkeit einer Partei fehlt, oder wenn das Gericht zwar Gericht ist, aber nicht in richtiger Besetzung geurteilt hat. Dasjenige, was unsere Prozeßordnung Nichtigkeitsklage nennt, ist nichts anderes als eine Anfechtung, die in der Form einer Klage erfolgt. — Bei Rechts-

mitteln handelt es sich durchaus nicht darum, daß ein solcher Mangel in den Voraussetzungen vorhanden ist, oder wenn er vorhanden ist, so ist er nicht der Nerv des Rechtsmittels. Die Bedeutung des Rechtsmittels ist vielmehr, daß, nachdem das Vorinstanzurteil unter einer auflösenden Bedingung ergangen ist, diese auflösende Bedingung jetzt zur Geltung gebracht wird. Die auflösende Bedingung lautet dahin, daß das Instanzurteil zusammenfallen soll, wenn die höhere Instanz ein anderes Urteil gibt. — Der Unterschied zwischen dem durch ein Rechtsmittel angegriffenen und dem durch Anfechtungsklage angefochtenen Prozeß ist ganz ähnlich wie im Zivilrechte zwischen einem Vertrage, der unter einer Bedingung abgeschlossen wurde, und dem unbedingten Vertrage, der wegen Abirrung oder Betrugs angefochten wird. Die Restitutionsklage hat wiederum einen ganz anderen Sinn. Hier handelt es sich um eine Reaktion des materiellen Zivilrechts gegen das formale öffentliche Recht — nicht um eine Anfechtung wegen mangelnder Existenzbedingung, — auch nicht um eine auflösende Bedingung, sondern — um die Beschränkung des Formalprinzips der res iudicata durch Eintritt eines zweiten Rechtsprinzips.

Erster Abschnitt. Berufung.

§ 511.

Zulässigkeit der Berufung. Währungsdifferenz. Hamburg 6. 3. 16, HansGZ. 16 Beibl. 145. Die Frage, zu welchem Kurse die in ausländischer Währung zugesprochene Urteilssumme umzurechnen sei, und demgemäß, ob die Urteilssumme gezahlt sei, gehört in die Zwangsvollstreckungsinstanz. — Aufgehoben durch RG. 29. 9. 16, HansGZ. 16 Beibl. 287. Es handelt sich um den Erfüllungseinwand gegenüber dem Klaganspruche, nicht gegenüber dem Urteil erster Instanz. Für die Geltendmachung dieses Einwandes bietet ohne Rücksicht auf die Kostenfrage das Berufungsverfahren noch Raum.

§ 514.

1. Vertragsmäßiger Verzicht. RG. 30. 9. 16, LeipzZ. 16, 1477, R. 16 Nr. 2123, 2124, WarnE. 16, 484. Wie sich aus § 514 ZPO. ergibt, kann eine Partei nach Erlassung eines erstinstanzlichen Urteils auf das Recht der Berufung einseitig verzichten. Es unterliegt deshalb keinem rechtlichen Bedenken, daß das Rechtsmittel der Berufung nach Erlassung eines erstinstanzlichen Urteils auch vertragsmäßig ausgeschlossen werden kann (RG. 36, 421). In einem solchen Falle kann auch eine Gegenleistung für den Verzicht vereinbart werden, und daß dann der Verzicht vertragsmäßig gegen die Übernahme einer Gegenleistung durch die andere Partei erfolgt, ändert nichts an seiner Wirksamkeit (RG. 45, 329). Der Verzicht bedarf nicht einer ausdrücklichen Erklärung in dem Sinne, daß der Gebrauch bestimmter Worte, insbesondere des Wortes Verzicht, nötig wäre; nicht auf den Wortlaut der Erklärung kommt es an, sondern darauf, daß sie völlig klar und unzweideutig den Willen, auf das Rechtsmittel zu verzichten, zum Ausdrucke bringt (JW. 00, 272). Der Verzicht auf das Rechtsmittel der Berufung ist, auch wenn er dem Gegner gegenüber erklärt wird, ein prozessualer Akt. Deshalb unterliegt die Erklärung, durch die er erfolgt sein soll, als prozessuale der freien Nachprüfung des Revisionsgerichts (JW. 00, 272). — Vgl. auch Oertmann, JDR. 14 vor § 511 und RG. 18. 3. 15, JDR. 14, jetzt auch HansGZ. 16 Beibl. 99.

2. Beschränkung der Berufungsanträge. RG. 31. 1. 16, BayRpflZ. 16, 226, LeipzZ. 16, 939. Beschränkung der Berufungsanträge in der Berufungsschrift bedeutet keinen Verzicht auf spätere Erweiterung der Anträge. (Ein Verzicht auf die Berufung wurde im gegebenen Falle nicht angenommen. — Vgl. RG. 8, 163; 54, 226; 55, 276; 66, 205.) — Vgl. auch § 519 ZPO.

§ 515.

Kosten einer angekündigten Anschließung, wenn die Berufung demnächst zurückgenommen wird. Königsberg 27. 6. 16, OLG. 33, 80, PosMSchr. 16, 72. Es handelt sich bei der Anschlußberufung nicht, wie in RG. 7, 343 angenommen ist, um eine

Verteidigung gegen die Berufung, sondern um einen selbständigen Angriff gegen das angefochtene Urteil. — Die Ankündigung der Anschlußberufung in einem Schriftsatz ist, wenn sie nicht in der Verhandlung erklärt wird, im Prozesse wirkungslos. Für einen prozessual wirkungslosen Akt kann Kostenerstattung nicht verlangt werden. — Vgl. JDR. 14, 4.

§ 517.

KG. 9. 3. 16, KGBl. 16, 33. Der Erlaß eines Ergänzungsurteils hindert den Lauf der Rechtsmittelfrist gegen die Hauptentscheidung nicht. Das Gesetz will zwar die Berufungsfrist nochmals (von neuem) in Lauf setzen, also verlängern, läßt aber in keiner Weise erkennen, daß es eine in der Zwischenzeit eingelegte Berufung für unwirksam erachtet (vgl. Hamburg 10. 12. 04, OLG. 11, 88).

§ 518.

1. Einreichung der Berufungsschrift. a) Hamburg 14. 2. 16; 1. 5. 16, HansGZ. Beibl. 143. Nicht als Einreichung der Berufungsschrift im Sinne des § 518 gilt die Übergabe an den Kastellan, denn dieser zur Aufsicht über das Gerichtsgebäude angestellte Beamte ist zur Empfangnahme der für das Gericht oder die Gerichtsschreiberei bestimmten Schriftstücke nicht berufen. Dahingestellt gelassen, ob die Einreichung bei dem Obersekretär in dessen Wohnung genügt. Es reicht jedenfalls die telegraphische Einlegung durch das am letzten Tage der Frist während der Geschäftsstunden eingegangene Telegramm aus (vgl. **RG.** 44, 369, JDR. 14, 2).

b) Einreichung von Rechtsmittelschriften bei einem Gerichtsschreibereibeamten außerhalb der Dienststunden und Diensträume allgemein für ausreichend erachtet von KG. 23. 4. 14, DJZ. 16, 540. (Betraf die Beschwerde gegen eine Ungebührstrafe aus § 179 GVG., die durch Rohrpostsendung am letzten Tage der Frist bei dem Obersekretär — Ersten Gerichtsschreiber — des KG. in seiner im Kammergerichte belegenen Wohnung nach Schluß der Dienststunden behändigt und von ihm mit dem Eingangsvermerke versehen worden war.) Im allgemeinen ist es den Beamten nicht verboten, außerhalb der Dienststunden und Diensträume dienstliche Handlungen vorzunehmen. Ein derartiges Verbot ist für die Gerichtsschreibereibeamten betreffs der Annahme eines an eine Frist gebundenen Einganges, wie nicht aus § 207 Abs. 2, so nicht aus §§ 340, 518, 553 herzuleiten. Ob ein im Verwaltungsweg ergehendes Sonderverbot für die Gerichtsschreibereibeamten die Wirksamkeit der Annahme berühren würde, ist nicht zu erörtern, da ein solches beim KG. nicht besteht. Erforderlich ist die allgemeine Zuständigkeit des Beamten nach außen hin, Ordnungsvorschriften berühren die Befugnis zur Annahme nicht. (Abweichend Hamburg, OLG. 25, 123; KG. [22. Sen.], KGBl. 13, 22, und KG. [7. Sen.], 17. 10. 16 JW. 16, 1550.)

c) Zum Begriffe der Einreichung. Posen 30. 8. 16, PosMSchr. 16, 99. Der überbringende Bureaugehilfe konnte sich nicht mehr entsinnen, ob er die Beschwerdeschrift einem Gerichtsschreibereibeamten übergeben oder, wie die Gläubigerin selbst erklärte, ohne jede Bemerkung auf den Tisch gelegt hatte und dann fortgegangen war. Ein solches Verfahren stellt noch keine Einreichung bei Gericht dar. Unter Besitz kann auch hier wie sonst überall, wo von Besitz schlechthin die Rede ist, nur der unmittelbare Besitz verstanden werden. Dazu genügt nicht die bloße Einräumung der Möglichkeit der Besitzergreifung, sondern es mußte die unmittelbare Besitzergreifung der Urkunde in äußerlich erkennbarer Weise durch den zuständigen Beamten oder dessen Vertreter vor sich gehen.

d) Telegraphische Einlegung der Berufung v. Bundesamt für Heimatw. 28. 3. 14, DJZ. 16, 1172, zwar für zulässig erachtet, aber der gesetzlichen Vorschrift der Schriftlichkeit der Berufungsanmeldung ist nur dann genügt, wenn das Telegramm von einem zur Vertretung des die Berufung einlegenden Ortsarmenverbandes Berechtigten mit Namen unterzeichnet ist.

2. Mangel der Unterschrift. **RG.** 11. 5. 16, JW. 16, 964, LeipzZ. 16, 1033, R. 16 Nr. 1582. Der Mangel der Unterschrift unter der Berufungsschrift wird nicht durch die

Beglaubigung der Abschrift behoben. Die Berufungsschrift wird bei dem Gericht eingereicht, ist für das Gericht bestimmt. Die beglaubigte Abschrift, auch wenn sie gleichzeitig mit eingereicht wird, ist dagegen für den Gegner bestimmt. Die Beglaubigung darüber hat nur den Zweck, dem Gegner nachzuweisen, daß Berufung in rechter Form eingelegt ist. Damit ist der Prozeßzweck der beglaubigten Abschrift erfüllt.

3. Mangelnde Beglaubigung, Mängel der zugestellten Urteilsabschrift. a) Rostock 3. 11. 15, MecklZ. 34, 301. Eine unter mangelnder Beglaubigung der zugestellten Urteilsabschrift eingelegte Berufung ist als wirkungslos zu verwerfen.

b) Colmar 1. 10. 15, ElsLothJZ. 16, 334. Wenn der Mangel einer Urteilszustellung lediglich in einer Fehlerhaftigkeit der zugestellten Urteilsabschrift besteht, durch die der Empfänger dieser fehlerhaften Abschrift nicht außerstand gesetzt wird, sich über die Frage der Einlegung eines Rechtsmittels gegen das Urteil schlüssig zu machen, so muß, wie anerkannten Rechtes (**RG.** 61, 395; 82, 427), der Empfänger sie trotzdem als rechtswirksam erfolgt gegen sich gelten lassen. (Im gegebenen Falle war lediglich die Kostenentscheidung ausgelassen.)

4. Irrtümliche Bezeichnung einer Partei als Berufungskläger im Berufungsschriftsatze für unschädlich erachtet von Königsberg 21. 3. 16, JW. 16, 613. (Der Rechtsanwalt des Beklagten hatte für den Kläger versehentlich Berufung eingelegt, was der Gegner ohne weiteres erkennen mußte. „Es würde in der heutigen Zeit als schrankenloser Formalismus gedeutet werden, wollte man ein so leichtes und entschuldbares offenbares Versehen eines Anwalts bei der Niederschrift der Berufung über das Schicksal des ganzen Rechtsmittels entscheiden lassen.“)

§ 519.

Bedeutung der Berufungsanträge für die Zulässigkeit der Berufung, Verhältnis zu § 99 Abs. 1. **RG.** 5. 5. 16, JW. 16, 1023, LeipzZ. 16, 1101, R. 16 Nr. 1741. Der Beklagte hatte Berufung eingelegt mit dem Antrag, unter Abänderung der Vorentscheidung der Klägerin die Kosten aufzuerlegen. In einem späteren Schriftsatze war beantragt, die Klägerin mit ihrem Mehranspruch, insbesondere auch dem Zinsanspruch in Höhe von 5 v. H., abzuweisen. KG. hatte die Berufung im Hinblick auf § 99 Abs. 1 ZPO. als unzulässig verworfen, obwohl anerkannt wurde, daß grundsätzlich die Berufungsschrift die Berufungsanträge nur enthalten soll, daher nur die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge maßgebend sind. RG. hob auf: Die Beschränkung des in der Berufungsschrift angekündigten Antrags auf Änderung der Kostenentscheidung enthielt nicht einen Verzicht auf die Berufung bezüglich des nicht angefochtenen Teiles im Sinne des § 514, der ausdrücklich sein muß. — Der § 99 Abs. 1 ZPO. will nur verhindern, daß vom höheren Richter über den Kostenpunkt abweichend von der Entscheidung des Unterrichters in der Hauptsache entschieden wird. Dieser Fall kann nicht eintreten, wenn durch die in der Verhandlung gestellten Anträge das Gericht sowohl mit der Hauptsache als auch dem Kostenpunkte befaßt wird. (Zustimmend Seuffert, JW. 16, 1023.)

§ 521.

Stillschweigende Anschlußberufung. Hamburg 25. 11. 15, SeuffA. 71, 122. (Die ursprünglich vom Kläger auf Grund des Vertrags geforderte Lieferung des Mehles war durch die VO. v. 28. 6. 15 — RGBl. 363 — unmöglich geworden. Der zur Lieferung verurteilte Beklagte legte Berufung ein. Der Kläger beantragte, diese zurückzuweisen und den Beklagten unter Änderung des ersten Urteils zu einem näher bezifferten Schadensersatze zu verurteilen.) Der Vertreter des Klägers hat zwar bei Stellung seines neuen Antrags nicht erklärt, daß er damit eine Anschlußberufung habe einlegen wollen. Er hat jedoch einen Antrag gestellt, der nicht lediglich eine sprachliche Änderung der Urteilsformel bezweckt, sondern einen sachlich von dem in dem früheren Rechtszuge verschiedenen Anspruch verwirklichen soll (was nur im Wege der Anschlußberufung erfolgen konnte). Die Rechtswirksamkeit der Anschlußberufung ist nicht von dem Gebrauche bestimmter Formeln abhängig, vielmehr

genügt es, wenn der gestellte Antrag die Absicht, eine Abänderung des Urteils über die von der Gegenpartei beantragten Grenzen hinaus herbeizuführen, erkennen läßt (JW. 15, 461).

§ 525.

Behandlung der Kostenentscheidung in der Berufungsinstanz. Eckstein 457. Der Berufungsrichter darf zwar die Kostenentscheidung nicht zuungunsten des Berufungsklägers abändern, wohl aber ist er in der Lage, und es ist seine Pflicht, die Kostenentscheidung, wenn es materiell gerechtfertigt ist, zugunsten des Berufungsklägers abzuändern. Durch die neue Aufrollung des ganzen Prozesses wird die Kostenentscheidung mitaufgerollt, und es muß über die Kosten neu entschieden werden.

§ 526.

Fragepflicht des Gerichts. BayObLG. 5. 6. 16, R. 16 Nr. 1939. Durch den Vortrag des Streitstoffs erster Instanz wird dieser der Entscheidung des OLG. unterbreitet. Dieses hat daher eine nach dem Urteilstatbestand im ersten Rechtszuge vorgebrachte tatsächliche Behauptung und ein hierauf sich beziehendes Beweisanerbieten zu würdigen oder doch, falls Zweifel bestehen, durch Ausübung des Fragerechts klarzustellen, ob die Partei an dem geltend gemachten Behelfe festhält.

§ 529.

I. Zur Auslegung des Abs. 2. Neue Ansprüche. Klagänderung. 1. **RG.** 2. 10. 15, LeipzZ. 16, 150. Mit der Klage war eine Kaufpreisforderung geltend gemacht, der zweitinstanzliche Hilfsantrag des Klägers gerichtet auf Feststellung des Nichtbestehens der vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung. Dies ist ein neuer Anspruch im Sinne des § 529 Abs. 2.

2. **RG.** 17. 1. 16, WarnE. 16, 177. Im ersten Rechtszuge war vom Kläger behauptet, er habe mit der Beklagten eine Forderungsabtretung zum Zwecke der Einziehung vereinbart und diesen Auftrag in zulässiger Weise zurückgenommen, im zweiten stellte er sich hilfsweise auf den Standpunkt, daß die Beklagte die abgetretene Forderung ohne Rechtsgrund besitze. Klagänderung angenommen.

3. Kiel 29. 4. 16, SchlHolstAnz. 16, 172. In dem erst in der Berufungsinstanz gestellten Antrage, den mitbeklagten Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau zu verurteilen, liegt nur eine zulässige Erweiterung des Klaganspruchs (zumal im gegebenen Falle, wo es sich um zwei durch Gesamthaftung verbundene, gegen diese gerichtete Zahlungsansprüche handelte).

II. Zur Auslegung des Abs 3. 1. Kleinfeller, BuschsZ. 46, 231 (Besprechung von Stölzels Aufrechnung in der Berufungsinstanz, 1915; vgl. JDR. 14, 1), führt zu dem Satze: Keine Verweisung bei entscheidungsreifer Gegenforderung, da im § 529 nicht die Verhandlung, sondern das Beweisverfahren in zwei Teile geteilt werde (Stölzel 49, 50), aus: Der Vergleich des Glaubhaftmachungsverfahrens mit dem Urkundenprozesse trifft in mehr als einer Hinsicht nicht zu. Der Urkundenprozeß hat mit dem im ordentlichen Prozesse stattfindenden Nachverfahren die Hauptsache als Gegenstand gemein, die Glaubhaftmachung im Falle des § 529 bezieht sich nur auf eine Vorfrage. Der Beweis im Urkundenprozesse bezweckt und erreicht nicht bloße Glaubhaftmachung, sondern volle Überzeugung. Der Urkundenprozeß zielt auf Erledigung der Hauptsache, die Glaubhaftmachung nur auf eine prozeßleitende Verfügung oder Maßnahme.

2. Oertmann 98. a) Die Aufrechnungsforderung ist bereits spruchreif. Das kann der Zurückweisung der Aufrechnung und dem etwaigen Erlaß eines Vorbehaltsurteils über die Klageforderung nicht entgegenstehen. Abs. 3 will der Verschleppung von Aufrechnungseinwendungen entgegentreten und daher den damit säumigen Beklagten prozessual benachteiligen. Wer aber sogar eine liquide Aufrechnungsforderung nicht rechtzeitig vorbringt, verdient solche Benachteiligung mindestens in gleichem Maße, wie wenn es sich um eine mehr oder minder problematische gehandelt hätte. — Im Sinne Stölzels wäre für § 529 Abs. 3 neben dem auch für die zweite Instanz geltenden § 145 kaum noch ein Bedürfnis; dieses

ist aber vorhanden, wenn wir darin mehr sehen als eine bloße Regulierung des Beweisverfahrens — nämlich eine Zwangsvorschrift im Interesse sachgemäßer Prozeßführung. Die allgemeine Vorschrift des § 300 tritt hinter der Sondervorschrift des Abs. 3 sinngemäß zurück. b) Stellt sich die verspätet vorgebrachte Aufrechnungsforderung von vornherein als nicht bestehend oder doch aufrechnungsunkräftig heraus, so ist der Erlaß eines endgültigen Urteils über die Klageforderung ohne Nachverfahren mit der vorherrschenden Rechtsprechung zuzulassen. Der rechtspolitische Zweck, den saumseligen Beklagten zu benachteiligen, würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn der Kläger durch Geltendmachung eines offenbar verfehlten Aufrechnungseinwandes an Erlangung eines endgültigen siegreichen Urteils zunächst gehindert und ihm die Notwendigkeit eines Nachverfahrens aufgezwungen werden könnte.

§ 533.

Königsberg 21. 3. 16, PosMSchr. 16, 71. Sind die Parteien über Norm und Erheblichkeit des Eides einverstanden gewesen, so liegt darin ein Einverständnis mit der Würdigung, die das Gericht der voraufgegangenen Beweisaufnahme hat zuteil werden lassen. Die Eidesleistung behält für die Berufungsinstanz ihre Wirksamkeit. (Im Anschluß an **RG.** 74, 26, GruchotsBeitr. 45, 106.)

§ 535.

Vgl. § 518, 2 u. 3.

§ 536.

RG. 11. 12. 15, LeipzZ. 16, 538. An und für sich liegt eine Beschwerung des Klägers vor, wenn das LG. die Klage aus einem prozessualen Grunde, das Berufungsgericht wegen sachlicher Hinfälligkeit abgewiesen hat. Im gegebenen Falle wurde nicht angenommen, daß das Berufungsgericht so habe verfahren wollen, wenn es den Entscheidungsgrund des LG. nicht für stichhaltig erachtete und deshalb auf die sachliche Begründung einging, was unerläßlich war. Daraus folge nicht, daß das Berufungsgericht dem landgerichtlichen Urteile durch seine Entscheidungsgründe oder seinen Inhalt eine andere Tragweite haben geben wollen.

§ 537.

1. Berufung gegen eine nicht verkündete Entscheidung über die Widerklage. Rostock 15. 11. 15, OLG. 33, 83. Ist der Tatbestand dahin berichtigt worden, daß eine übergangene Widerklage aufrechterhalten worden sei, so ist gemäß § 321 ZPO. die Ergänzung des Urteils zu beantragen. Der Verfolgung in der Berufungsinstanz stehen die §§ 537, 529 ZPO. entgegen.

2. Über die entsprechende Anwendung der Vorschrift auf das Verwaltungsstreitverfahren PrOVG. 9. 3. 16, PrVerwBl. 38, 176.

§ 538.

1. Handhabung der Vorschrift der Nr. 3 im allgemeinen. Marwitz, DJZ. 16, 842, wendet sich gegen die die Erledigung des Rechtsstreits verzögernde Auslegung der Gesetzesbestimmung durch das RG. (**RG.** 12, 377; 61, 411), wonach die Zurückverweisung auch dann zu erfolgen hat, wenn die Sache für den Berufungsrichter bereits in vollem Umfange spruchreif ist, die erste Instanz aber nur über den Grund erkannt oder die Klage abgewiesen hat. Nach dem Wortlaute des Gesetzes sollte man annehmen, daß diese Zurückverweisung nur zu geschehen hat, wenn die bisherigen Verhandlungen zum Erlasse des Schlußurteils noch nicht ausreichen, und daß andernfalls das Berufungsgericht sofort endgültig entscheidet, zumal nach § 537 dieses über alle den Anspruch betreffenden Streitpunkte zu erkennen hat, — und zumal nach § 300 das Endurteil zu erlassen ist, wenn der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist. Eine solche Auslegung würde auch einer gesunden Prozeßpraxis entsprechen, die auf eine möglichst schleunige Erledigung des Rechtsstreits hinzuwirken hat.

2. Nr. 3 nicht anwendbar, wenn der erste Richter das Vorhandensein eines Schadens verneint hat. KG. 11. 7. 16, JW. 16, 1143. Für die Frage der Zurück-

verweisung kann es keinen Unterschied machen, ob der Vorderrichter ausdrücklich ausspricht, daß die Klage an sich gerechtfertigt sei, aber der Abweisung unterliege, weil dem Kläger ein Schaden nicht entstanden sei, oder ob er (wie im gegebenen Falle) eine Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatz an sich dahingestellt sein läßt, die Klage aber um deswillen abweist, weil auf keinen Fall ein Schaden vorliege. In beiden Fällen würde der erste Richter in die Lage kommen, die Höhe eines seiner Überzeugung nach gar nicht vorhandenen Schadens festzustellen. (Daher wurde vom Berufungsgericht im Anschluß an **RG.** 59, 427 auch über die Höhe des Schadens entschieden. Ebenso BayObLG. 22. 3. 15; 16, 48, vgl. JDR. 14, 2.)

3. Streitiger Geldanspruch erst im zweiten Rechtszuge. a) **RG.** 30. 10. 15, LeipzZ. 16, 227, R. 16 Nr. 99. War im ersten Rechtszug ein Anspruch erhoben, der dem Betrage nach gar nicht streitig sein konnte (Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs), im zweiten Rechtszug ein Geldanspruch nachgeschoben, der dem Betrage nach bestritten war, so ist die Zurückverweisung in die erste Instanz ausgeschlossen.

b) Anders, wenn in erster Instanz die Feststellungsklage erhoben war, da der Schaden nicht vollständig ziffernmäßig angegeben werden konnte, und erst in zweiter Instanz zur Leistungsklage übergegangen werden konnte und übergegangen wurde: Karlsruhe 23. 6. 15, BadRpr. 16, 7 (im Anschluß an **RG.** 77, 396) u. **RG.** 11. 11. 15, WarnE. 16, 42, wo gleichfalls hervorgehoben wird, daß, wenn in erster Instanz nur ein Feststellungsanspruch geltend gemacht wird, für den Erlaß eines sog. Grundurteils im Sinne des § 528 Nr. 3 noch gar kein Raum ist und erst in zweiter Instanz bei dem zulässigen Übergange von der Feststellungsklage zur Leistungsklage der Anspruch dem Grunde und dem Betrage nach streitig wird.

4. Kostenentscheidung. **RG.** 19. 5. 16, R. 16 Nr. 1583. Die erste Instanz hat auch über die Kosten des den Rechtsstreit noch nicht beendenden Berufungsverfahrens Bestimmung zu treffen.

§ 539.

1. Formelle Mängel des Urteils selbst. Dresden 17. 5. 15, SächsOLG. 37, 53. Die Vorschrift des § 539, daß das Berufungsgericht, wenn das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel leidet, die Sache unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens, soweit das letztere durch den Mangel betroffen wird, an das Gericht erster Instanz zurückverweisen kann, findet zwar auch dann Anwendung, wenn die Verletzung des Prozeßgesetzes nicht in dem der Urteilsfällung vorausgegangenen Verfahren, sondern in dem Urteile selbst begangen ist, setzt aber dabei immer voraus, daß das Urteil formell mangelhaft ist, während Mängel des Urteils in sachlicher Beziehung nicht genügen.

2. Colmar 28. 12. 14, ElsLothJZ. 16, 19. Es ist kein Fehler des Verfahrens und rechtfertigt die Aufhebung des Urteils und die Zurückweisung der Sache an das LG. nach § 539 nicht, daß die Urteilsgründe nicht näher ausführen, warum man ein Vorbehaltsurteil für praktisch befunden hat.

3. **RG.** 15. 3. 16, LeipzZ. 16, 809. Die Berücksichtigung eines durch die Rechtskraft des Grundurteils ausgeschlossenen Einwandes ist kein Prozeßmangel im Sinne des § 539 (error in procedendo), sondern ein Mangel der Urteilsfindung, der Entscheidung selbst (error in judicando), der nicht unter § 539 fällt.

Zweiter Abschnitt. Revision.

§ 546.

1. Zum Begriffe des vermögensrechtlichen Anspruchs. a) Anspruch eines Vereinsmitglieds, den gegen ihn erlassenen Ausschließungsbeschluß für unwirksam zu erklären. **RG.** 22. 6. 16; 88, 332, JW. 16, 1337, LeipzZ. 16, 1177 u. 1366. Die rechtliche Grundlage des Anspruchs bildet das Vereinsrecht. Geht es nun auch nicht an, lediglich aus dem Grunde, weil das BGB. das Vereinsrecht im Ersten Buche unter den die Aufschrift „Personen" führenden Abschnitt gebracht hat, der gesetzlichen Regelung des Vereinsrechts in seiner Gesamtheit eine personenrechtliche und damit nicht

vermögensrechtliche Bedeutung beizumessen, so kann es doch keinem Bedenken unterliegen, mit Bezug auf solche Vereine, die unter die Begriffsbestimmung des § 21 fallen, solche also, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, den sie beherrschenden Rechtsnormen ihrem Gesamtcharakter nach die vermögensrechtliche Eigenschaft abzusprechen. Bei solchen Vereinen bildet jede wirtschaftliche und darum der Natur der Sache nach auch vermögensrechtliche Betätigung wie nach außen so auch nach innen im Verhältnisse zu ihren Mitgliedern und im Verhältnisse der Mitglieder zueinander nur ein ihr Wesen nicht bestimmendes Mittel zum Zwecke, und darum kann auch die Antwort auf die Frage, ob die Gesetzesnormen, denen diese Vereine unterstellt sind, dem Vermögensrecht angehören, nur im verneinenden Sinne ausfallen. Umgekehrt wird man bei Vereinen, die unter § 22 BGB. fallen, auch soweit sie Rechtsfähigkeit besitzen, in deren Verleihung und in der unter diese Rechtsform gebrachten Regelung ihrer äußeren und inneren Beziehungen nur das konstruktive Mittel ihrer gesetzlichen Ausgestaltung erblicken können, diese Regelung daher mit Rücksicht auf den ihr eigentümliches Wesen bestimmenden wirtschaftlichen Vereinszweck als dem Vermögensrecht angehörig anzusehen haben. — Vgl. hierzu Heinsheimer, JW. 16, 1338. Das Urteil, das sich, gewiß auch mit Absicht, jeder Ausführung über die Behandlung der Frage bei nicht rechtsfähigen Vereinen enthalte, erledige sie nicht endgültig. De lege ferenda sei zu empfehlen, daß die Ansprüche, bei welchen die Revision — wegen ihrer sachlichen Wichtigkeit, nicht, wie jetzt, wegen ihrer rechtsbegrifflichen Beschaffenheit — ohne Rücksicht auf die Wertfrage zulässig sein soll, im Gesetz einzeln aufgeführt würden.

b) Insbesondere Ausschließung aus einem Ärztevereine. **RG.** 31. 5. 16, R. 16 Nr. 1940. Bei einem eingetragenen Ärzteverein ist die Ausschließung eines Mitglieds eine zugleich die soziale Stellung des ausgeschlossenen Mitglieds berührende, seine Ehre gefährdende Maßnahme. Soweit mit der Klage dem Vereine das satzungsmäßige Recht zu einem derartigen Vorgehen abgesprochen wird, wohnt dem Klaganspruche die Eigenschaft eines vermögensrechtlichen Anspruchs nicht bei.

c) Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft. **RG.** 3. 12. 15, LeipzZ. 16, 679, R. 16 Nr. 273. Nicht nur der Streit um die Zugehörigkeit zu einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, sondern auch um die Berufung in den Vorstand liegt wesentlich auf vermögensrechtlichem Gebiete. Die persönliche Auszeichnung, die mit der Amtsstellung verknüpft sein konnte, tritt in den Hintergrund; dies um so mehr, als die Vorstandschaft jederzeit nach Willkür widerrufen werden kann.

2. Maßgebender Zeitpunkt für die Berechnung des Beschwerdegegenstandes. **RG.** 15. 4. 16, GruchotsBeitr. 60, 1029, LeipzZ. 16, 953, WarnE. 16, 233. Beschwerdegegenstand und dessen Wert sind begrifflich scharf auseinanderzuhalten. Für die Wertberechnung ist nach dem gemäß § 546 Abs. 2 ZPO. entsprechend anwendbaren § 4 ZPO. der Zeitpunkt der Revisionseinlegung entscheidend. Der Beschwerdegegenstand selbst wird aber durch die Vorschrift des § 4 nicht berührt. Er kann sich vielmehr in Inhalt und Umfang lediglich nach dem Streitgegenstande bestimmen, über den im Berufungsurteil entschieden ist, in Verbindung mit den Revisionsanträgen, welche ergeben, inwieweit das Revisionsgericht zur weiteren Entscheidung über ihn angerufen wird. Also kann es in dieser Beziehung (abgesehen von dem Falle, wo die Revision durch Beschluß nach § 554 a ZPO. als unzulässig verworfen werden kann) nur auf den Zeitpunkt der mündlichen Revisionshandlung ankommen (**RG.** 74, 325; 76, 292). Im gegebenen Falle wurde die Revision bei einem Unterhaltsstreit als unzulässig verworfen, weil der Bedürftige nach der Revisionseinlegung verstorben war und die Erstattungspflicht bis zum Tode einen Betrag von weit unter 4000 M. ausmachte.

3. Glaubhaftmachung der Revisionssumme. BayObLG. 4. 11. 15; 16, 142, R. 16 Nr. 273, 274. a) Ein Vertagungsantrag, um Gutachten über den Wert des Revisionsgegenstandes einzuholen, ist unzulässig, da eine Beweisaufnahme zur Glaubhaftmachung, welche nicht sofort erfolgen kann, gemäß § 294 Abs. 2 ZPO. unstatthaft ist. b) Der Grundsatz

RG. 7, 383, wonach der Gegenstand der die Klage und Widerklage betreffenden Revisionssumme zusammenzurechnen ist, findet keine Anwendung, wenn Klage und Widerklage denselben Streitgegenstand betreffen und es sich in Wahrheit um eine einzige Beschwerde handelt. (Im gegebenen Falle traf das nicht zu, da Kläger Feststellung des Nichtbestandes eines Wasserleitungsrechts, der Beklagte widerklagend Eintragung der Grunddienstbarkeit verlangte.) Vgl. JW. 09, 727.

4. **RG.** 5. 6. 15, R. 16 Nr. 1994. Das RG. hat sich bei Versagung des Armenrechts über den Wert des Streitgegenstandes nicht auszusprechen, auch den Streitgegenstand nicht festzusetzen, da nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 GKG. eine Gerichtsgebühr für die Bewilligung des Armenrechts nicht zu erheben ist.

§ 547.

Nr. 1. Zulässigkeit der Klage, wenn zwischen Konkurs- und Zwangsverwaltungsmasse über die Zugehörigkeit von Gegenständen (Apothekeneinrichtung) Streit entsteht. **RG.** 7. 7. 15, ZBlFG. 16, 583. Der Berufungsrichter erklärt den Rechtsweg für nicht gegeben, weil der fragliche Streit zwischen den beiden Verwaltern nicht durch gerichtliche Klage, sondern durch Erinnerung bzw. Beschwerde des Konkursverwalters zum Austrage zu bringen sei. — In Wirklichkeit handelt es sich nicht um die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs, also darum, ob die Streitigkeit vor die ordentlichen Gerichte gehört oder für sie die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist (§ 13 GVG.), sondern um die Frage, ob die Streitigkeit vor den ordentlichen Gerichten im Wege der Klage oder innerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens im Wege der Erinnerung oder der Beschwerde zum Austrage zu bringen ist. Auf einen solchen Fall bezieht sich nicht die Vorschrift des § 547 Nr. 1 ZPO., wonach die Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes stattfindet, insoweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtswegs handelt (**RG.** 25, 334, GruchotsBeitr. 34, 1203, JW. 95, 238).

§ 549.

I. Abs. 1. A. Revisible Rechtsnormen. 1. Landesgesetze. a) Anhaltisches Berggesetz v. 20. 3. 96 revisibel nach **RG.** 8. 7. 16, JW. 16, 1338, LeipzZ. 16, 1248, R. 16 Nr. 1759, WarnE. 16, 383.

b) Bremisches Gesetz v. 7. 6. 04 irrevisibel nach **RG.** 22. 6. 16, R. 16 Nr. 1941, WarnE. 16, 420.

c) **RG.** 5. 1. 16, JW. 16, 494; 13. 5. 16, WarnE. 16, 281. Das Gothaische Berggesetz v. 23. 10. 99 ist im Gegensatze zum älteren Berggesetze von 1868 nicht revisibel.

d) **RG.** 5. 11. 15, WarnE. 16, 41. Kommt der § 313 BGB. nur als Bestandteil irrevisiblen Landesrechts in Betracht, wie im § 49 SächsBergG. v. 18. 3. 87 (vgl. Artt. 4 u. 67 EGBGB.), so kann auf seine Verletzung die Revision nicht gestützt werden.

e) **RG.** 27. 10. 15; 87, 251, JW. 16, 142, R. 16 Nr. 724. Die Zuständigkeitsvorschriften des Art. 34 der Revid. Rheinschiffahrtsakte sind revisible Rechtsnormen.

2. Grenzfälle. a) Auslegung formularmäßiger allgemeiner Geschäftsbedingungen typischen Inhalts (vgl. oben zu §§ 150 und 157 BGB.). **RG.** 26. 10. 15, HoldheimsMSchr. 16, 47, JW. 16, 134, LeipzZ. 16, 319, R. 16 Nr. 722. Für allgemeine Versicherungsbedingungen, die von einer Versicherungsgesellschaft oder sogar von ganzen Verbänden solcher Gesellschaften für gleichartige Verhältnisse ein und für allemal als maßgebende Grundsätze aufgestellt sind, vertritt der erkennende Senat in ständiger Rechtsprechung die in dem Urteile **RG.** 81, 117 eingehend begründete Ansicht, daß das RG. nicht an die einander vielleicht widersprechenden Auslegungen der verschiedenen Berufungsgerichte gebunden sein kann, vielmehr in den in die Revisionsinstanz gelangenden Rechtsstreitigkeiten berufen erscheint und befugt ist, selbständig den Sinn solcher allgemeinen Bedingungen festzustellen. Die Ansicht führt ... folgerecht zu dem Standpunkte, daß dem Revisionsgericht auch gegenüber formularmäßigen

allgemeinen Geschäftsbedingungen typischen Inhalts, wie sie namentlich im Geschäftsverkehre der Maschinenfabriken mit ihren Kunden üblich sind, eine von der Deutung der Vorinstanz unabhängige, selbständige Prüfung und Auslegung gebührt. (Es handelte sich um die Auslegung von Bestimmungen über „Garantie".) — Vgl. auch Heymann, JW. 16,572, und Nußbaum, ABürgR. 42, 161, der darauf hinweist, daß dies folgerecht auch für die Feststellung und Auslegung der Verkehrsgebräuche gelten muß.

b) Satzungen der Ortskrankenkassen. **RG.** 3. 12. 15, BayRpflZ. 16, 46, LeipzZ. 16, 678, R. 16 Nr. 280. Satzungen der Ortskrankenkasse als einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft sind eine Norm des objektiven Rechtes (**RG.** 78, 19). (Bei dem beschränkten Geltungsgebiete der beklagten Kasse konnte aber auf eine Verletzung der Satzung durch unrichtige Anwendung und Auslegung die Revision nicht gestützt werden.)

c) Wassergenossenschaften. **RG.** 3. 4. 16, LeipzZ. 16, 1101. Die Satzung einer auf Grund des PrG. betr. die Bildung von Wassergenossenschaften v. 1. 4. 79 errichteten Entwässerungsgenossenschaft, die gemäß §§ 57, 65 im Wege landesherrlicher Verordnung erlassen ist, hat die Bedeutung einer Rechtsnorm.

d) Gemeinheitsteilungsrezesse. **RG.** 13. 11. 15, GruchotsBeitr. 60, 518. Der in einem Gemeinheitsteilungsverfahren errichtete Rezeß hat zwar, wie wiederholt entschieden ist, nicht die Natur eines rechtskräftigen Urteils, sondern stellt sich als ein unter den Beteiligten abgeschlossenes, vergleichsähnliches Rechtsgeschäft dar. Für die Feststellung seines Inhalts und seiner Wirkungen, insbesondere der durch ihn etwa bewirkten Veränderungen des dinglichen Rechtszustandes, sind aber von wesentlicher Bedeutung die Vorschriften der preußischen Gesetze und Verordnungen über das Gemeinheitsteilungsverfahren, auf Grund deren er errichtet ist, welche revisible Rechtsnormen sind.

3. Vgl. ferner **RG.** 10. 12. 15, R. 16 Nr. 281 (Ausführungsbestimmungen des Bundesrats zu den Steuergesetzen) u. **RG.** 9. 11. 15, R. 16 Nr. 277, 278 (Geschäftsplan des Gerichts).

B. Keine Nachprüfung der Tatsachenfeststellung. Heinsheimer, JW. 16, 423. So wenig das Revisionsgericht eine irrige oder ungenügend begründete Tatsachenfeststellung des Berufungsgerichts deshalb aufrechterhalten kann, weil es selbst aus anderen Gründen von der Richtigkeit der Feststellung überzeugt sei, so wenig kann es aussprechen, daß eine Erwägung, die der Tatrichter als für seinen Feststellungsschluß leitend ausgeführt hat, tatsächlich nicht für ihn leitend gewesen sei. (Daher billigt Verf. **RG.** 20. 12. 15, vgl. zu § 287, 3, wo RG. wegen rechtsirrtümlicher Anwendung des § 287 zurückverwiesen hatte, obwohl das Urteil bei Anwendung des § 286 unanfechtbar gewesen wäre.)

II. Zur Auslegung des Abs. 2. 1. Kann, wenn das Berufungsgericht die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit verworfen hat, Revision mit der Begründung eingelegt werden, die Klägerin sei nicht parteifähig? **RG.** 12. 4. 16, JW. 16, 1022, WarnE. 16, 237. (Die Revision hatte unter Bezugnahme auf JW. 06, 810 geltend gemacht, die Frage der Parteifähigkeit — im gegebenen Falle, daß die Klägerin, eine Gewerkschaft gothaischen Rechtes, nachträglich ihren Sitz in das preußische Staatsgebiet verlegt habe und dadurch der Parteifähigkeit verlustig gegangen sei — sei auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen. RG. weist dies zurück, im Falle JW. 06, 810 habe das Urteil des Berufungsgerichts, das die Einrede der Unzuständigkeit für begründet erklärt habe, der Anfechtung mit den Rechtsmitteln der Revision unterlegen.) Die Vorschrift des § 549 Abs. 2 bezweckt eine Entlastung des Revisionsgerichts. Aus diesem Grunde erklärt das Gesetz das zu der Einrede ergangene Berufungsurteil für unanfechtbar, diese Unanfechtbarkeit würde aber nur eine scheinbare sein, wenn man die Rüge für statthaft erachten wollte, daß der Richter in Ansehung einer der Prozeßvoraussetzungen, zu denen die Parteifähigkeit gehört, die Sache nicht geprüft oder nicht richtig beurteilt habe. — Einer Zulassung der Rüge steht aber auch das erhebliche sachliche Bedenken entgegen, daß die höhere Instanz zwar nicht für die Nachprüfung des in der Vorinstanz ergangenen Urteils selbst zuständig wäre, aber doch dafür, ob für die Erlassung dieses Urteils die Prozeßvoraussetzungen gegeben waren. Über die Prozeßvoraussetzungen kann die maßgebende Entscheidung nicht wohl von einem anderen Gerichte

getroffen werden, als dem, das endgültig über den Streitpunkt entschieden hat. Im vorliegenden Falle kommt hinzu, daß die Vorinstanzen zu der Frage, ob der Klaganspruch sachlich begründet ist, noch gar keine Stellung genommen haben, und daß daher das Revisionsgericht, wenn es zu einer Verneinung der Parteifähigkeit gelangen würde, die Klage nicht abweisen könnte. Bei einer Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz bliebe dann die allein zur Entscheidung stehende Zuständigkeitsfrage offen, und das zur Frage der Parteifähigkeit ergangene Revisionsurteil wäre bei der späteren Sachentscheidung für die Vorinstanzen nicht bindend. Ein solches Ergebnis müßte wenig befriedigend erscheinen.

2. **RG.** 29. 1. 16, R. 16 Nr. 725. Hat das LG. seine Entscheidung ausdrücklich auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit beschränkt und stand dieser Streitpunkt allein zur Entscheidung des Berufungsgerichts, so ist eine Nachschiebung von Einreden mit dem Zwecke, eine Entscheidung über die Grenzen des Zwischenurteils hinaus und namentlich eine Abweisung der Klage herbeizuführen, prozeßordnungswidrig (**RG.** 70, 183; 75, 265).

3. Ist die Revision zulässig, wenn das Berufungsgericht die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts verneinte? Levis 27 (gegen **RG.** 25.6.15, JDR. 14 IV). Die wegen ihrer Ausnahmebestimmung eng auszulegende Vorschrift des § 549 Abs. 2, die von einer Gerichtsstandsentscheidung spricht, kann nicht zur Anwendung gebracht werden, sobald in der Gerichts**stands**entscheidung zugleich eine Gerichts**barkeits**entscheidung liegt und damit die Bedeutung des Urteils über diejenige eines gewöhnlichen Zuständigkeitsurteils weit hinausgeht. Viel näher als mit dem gewöhnlichen Zuständigkeitsentscheid ist dieses Urteil sachlich verwandt mit einem gerichtlichen Ausspruche, der über die Gerichtsbarkeit gegenüber Gesandten oder ausländischen Staaten befindet (vgl. auch III).

III. Rüge der Verletzung ausländischen Rechtes. **RG.** 13. 7. 16, JW. 16, 1339. Die Rüge, es sei die Anwendung ausländischen Rechtes nicht geprüft worden, entbehrt der Begründung, sofern nicht dargelegt wird, daß die Anwendung ausländischen Rechtes für den Revisionskläger günstiger sei. Ohne diese Darlegung ist nicht ersichtlich, daß die Entscheidung der Vorinstanz dem Revisionskläger zur Beschwerde gereicht.

§ 550.

Verlust einer Instanz. PrOVG. 11. 10. 15, PrVerwBl. 37, 216. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs bildet ein Mangel des Verfahrens erster Instanz, der das Verfahren zweiter Instanz nicht beeinflußt hat, keinen Revisionsgrund. — Der Verlust einer Instanz stellt an sich noch keinen wesentlichen Verfahrensmangel dar.

§ 552.

Scherer 128. Wenn das Rechtsmittel vor Zustellung des Urteils oder vor einer formgerechten Zustellung eingelegt ist, ist die Revision nicht zurückzunehmen, sondern nach Zustellung des Urteils, bzw. nach der verbesserten Zustellung zu wiederholen.

§ 554.

1. Abs. 1. Begründung durch den Nebenintervenienten. **RG.** 8. 2. 16, R. 16 Nr. 729. Die Beklagte hatte die Revision nicht begründet. Der Nebenintervenient hatte eine Rechtsmittelbegründung eingereicht, seine Revision war aber als unzulässig verworfen. Die Revision der Beklagten wurde als unzulässig verworfen, und zwar unter Auferlegung der Kosten mit Ausnahme der durch die Nebenintervention veranlaßten, die dem Nebenintervenienten aufzuerlegen waren (**RG.** 59, 173; 69, 292).

2. Abs. 2. **RG.** 12. 7. 16, LeipzZ. 16, 1476. Nach Sinn, Bedeutung und Zweck des § 554 Abs. 2 ist die wiederholte Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist in das Ermessen des Vorsitzenden gestellt und kann ohne vorheriges Gehör des Gegners erfolgen. § 225 Abs. 2 ist für den Fall des § 554 Abs. 2 unanwendbar.

3. Abs. 3 Nr. 2 a. Bezeichnung der verletzten Rechtsnormen. a) **RG.** 30. 5. 15, SeuffA. 71, 124. (In dem Revisionsbegründungsschriftsatze war lediglich gesagt, es werde Verletzung der materiellrechtlichen Normen gerügt, die in der Berufungsbegründung v. 15. 10. 14 angeführt seien; die darin enthaltenen Ausführungen, die ausschließlich rechtlicher Natur

seien, würde zur Begründung der Revision wiederholt. **RG.** hielt dies trotz Entsch. v. 6. 5. 15, vgl. JDR. 14, 2, unter Hinweis auf 26. 1. 07, JW. 07, 181, für ungenügend.) Die Revisionsbegründung muß verfaßt sein von einem beim RG. (in vor bayerischen Gerichten anhängigen Sachen während eines bestimmten Abschnitts des Verfahrens von einem bei einem bayerischen Gerichte) zugelassenen Anwalte. Dieser Schriftsatz muß nach § 554 ZPO. die Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm enthalten; diese Vorschrift ist nur dann erfüllt, wenn aus der Revisionsbegründung selbst erkennbar ist, welche Rechtsnorm die Revision für verletzt hält; fehlt es daran, so ist der Schriftsatz ungenügend, und es kann jenes Erfordernis nicht durch eine Bezugnahme und „Wiederholung" von Ausführungen ersetzt werden, die in den Vorderurteilen, in Beilageakten, in — wenn auch vorgetragenen — Schriftsätzen der Vorinstanzen enthalten sind. — Es handelt sich um eine schlechthin bindende Formvorschrift, die erfüllt werden muß, auch wenn sie im Einzelfalle — vgl. insbesondere den § 559 ZPO. — ohne Wert sein mag.

b) BayObLG. 30. 6. / 7. 7. 16, R. 16 Nr. 1588. Nicht erforderlich ist die Angabe des verletzten Gesetzesparagraphen; es genügt, wenn aus der Revisionsbegründung hervorgeht, in bezug auf welche Rechtsmaterie eine Verletzung des Gesetzes gefunden werde.

4. Gebührenvorschuß. **RG.** 8. 3. 16, BayRpflZ. 16, 354, WarnE. 16, 238. Der Gebührenvorschuß ist nach dem Werte des ganzen, die Klage und Widerklage umfassenden Streitgegenstandes zu bemessen (JW. 98, 144; 01, 753). Unerheblich ist die spätere Erklärung, daß die Entscheidung nur der Widerklage angefochten werden solle.

§ 559.

BayObLG. 30. 6. / 7. 7. 16, R. 16 Nr. 1590. Ist eine zulässige Rüge, wenn auch nur in bezug auf prozessuale Verstöße, erhoben, so hat das Revisionsgericht nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, zu prüfen, ob etwa das materielle Recht, soweit es revisibel ist, verletzt ist (**RG.** 87, 5, JW. 07, 181).

§ 561.

1. Über die Freiheit der richterlichen Überzeugung und die Aufgaben der Revisionsinstanz. Heinsheimer 137. Die Revisionsinstanz, nur zu einer Prüfung der Frage berufen, ob das Urteil auf der Verletzung eines Gesetzes beruhe, ist eben deshalb an die tatsächliche Feststellung der Vorinstanz gebunden und hat in dieser Richtung nur zu untersuchen, ob nicht etwa die Feststellung selbst in einer das Gesetz verletzenden Weise getroffen sei. Dies kann der Fall sein, wenn sie nicht unter ausschließlicher und vollständiger Berücksichtigung des ordnungsmäßig gewonnenen Prozeßstoffs erfolgt ist, oder wenn zwischen diesem und dem als Überzeugung Festgestellten ein (logischer) Widerspruch besteht. Ist das nicht der Fall, so kann die vom Tatrichter ausgesprochene Anerkennung oder Nichtanerkennung der Wahrheit einer nach dem Prozeßinhalte möglichen Feststellung vom Revisionsgerichte nicht nachgeprüft werden: nicht auf ihre tatsächliche Richtigkeit, denn zur Prüfung der Tatfrage ist es nicht berufen, aber auch nicht auf ihre Gesetzmäßigkeit, denn innerhalb dieses der freien Überzeugungsbildung vorbehaltenen Gebiets kann das Gesetz überhaupt nicht verletzt werden, weil das frei hier eben ein „frei von Rechtsregeln" ist. (Es wird gezeigt, daß nach der Rechtsprechung des RG. die scharfe Abgrenzung des freien und des unter Rechtsregeln stehenden und daher revisiblen Gebiets bei der Überzeugungsbildung nicht leicht ist und Erörterungen sowohl bei der Würdigung der Zeugenaussagen wie der Schlußfolgerung aus Indizien hervorgerufen hat.)

2. Kein Zugeständnis neuer Tatsachen. **RG.** 3. 12. 15, R. 16 Nr. 263. Eine neue Tatsache, die nach nach § 561 nicht berücksichtigt werden kann, hat nicht als von dem ausgebliebenen Gegner zugestanden zu gelten.

3. Schlußfolgerungen keine Tatsachen. **RG.** 20. 5. 16, R. 16 Nr. 1760. Die Annahme des OLG., der Kläger habe das Konnossement in Höhe seiner Provisionsansprüche gegen die Firma N. N. und der Ansprüche der G. Jutespinnerei zu eigenem Rechte erworben, ist keine das RG. bindende tatsächliche Feststellung, sondern eine der Nachprüfung unter-

liegende Schlußfolgerung aus der Vernehmung des Klägers vor dem OLG., die diesen Schluß nicht rechtfertigt.

4. Eintritt der Fälligkeit nach Verkündung des Berufungsurteils. **RG.** 24. 3. 16; 88, 178, LeipzZ. 16, 1010. Wenn der im zweitinstanzlichen Urteile bestimmte künftige Zahlungstag zur Zeit der Entscheidung der höheren Instanz bereits eingetreten ist, hat das Berufungsurteil die Bedeutung der Verurteilung zu einer künftigen Zahlung verloren. Es handelt sich nicht um die unzulässige Berücksichtigung einer neuen oder neu vorgebrachten Tatsache im Sinne des § 561. Die Verurteilung des Beklagten ist ohne Prüfung, ob der im § 257 vorausgesetzte Tatbestand mit Recht als vorliegend angenommen worden, aufrechtzuerhalten.

§ 565.

1. Abs. 1. **RG.** 2. 6. 16, LeipzZ. 16, 1101. Keine Verletzung des Gesetzes, wenn nach Zurückverweisung an Stelle des ursprünglich erkennenden Senats auf Grund neuer, ordnungsmäßiger Geschäftsverteilung ein anderer entscheidet.

2. Abs. 2. Endentscheidung. Hamburg 11. 10. 16, HansGZ. 16 Beibl. 311. Hat das Revisionsgericht in der Sache entschieden, obwohl die Sache zur Endentscheidung noch nicht reif war, so ist das Berufungsgericht zwar an die der Aufhebung zugrunde gelegte rechtliche Beurteilung gebunden, es ist aber nicht gehindert, sondern im Gegenteile sogar verpflichtet, neue Behauptungen der Parteien zu berücksichtigen und auf Grund derselben eintretendenfalls einen anderen Tatbestand festzustellen, bei dem die vom RG. ausgesprochene rechtliche Beurteilung überhaupt nicht in Frage kommt. Ein Zwischenurteil über den Grund einer aufrechnungsweise geltend gemachten Gegenforderung ist aber als Endentscheidung im Sinne des § 565 anzusehen (vgl. **RG.** 50, 224 zu § 304).

3. Abs. 3. Über die Frage, welche Tatsachen die Revisionsinstanz überhaupt prüfen und feststellen kann, Hegler, Rechtsgang 1, 401, der gegen Stein, Privates Wissen 172, dafür eintritt, daß wie Erfahrungstatsachen auch Tatsachen der Geschichtskunde zu behandeln sind. (Ob und inwieweit sie in der Revisionsinstanz geprüft und festgestellt werden können, entscheidet die Gelegenheit, bei der sie verwertet werden.)

Dritter Abschnitt. Beschwerde.

§ 567.

1. Cöln 17. 3. 16, LeipzZ. 16, 971. Die Frage, ob die eine vorgängige mündliche Verhandlung an sich erfordernde, aber ohne eine solche ergangene Entscheidung gemäß § 567 überhaupt der Beschwerde unterliegt, ist zu bejahen. Tatsächlich ist auf den Antrag ohne mündliche Verhandlung entschieden worden, daher in analoger Anwendung des § 567 diese Entscheidung in bezug auf ihre Anfechtbarkeit durch Beschwerde ebenso zu behandeln, als wenn sie ohne mündliche Verhandlung hätte erlassen werden dürfen.

2. Anfechtung eines Vergleichsprotokolls. Karlsruhe 16. 2. 16, LeipzZ. 16, 204. Keine Rechtsbeschwerde ist gegeben, wenn der beauftragte Richter auf Gesuch des Beklagten angeordnet hatte, daß dessen Namensbezeichnung in dem im Sühnetermine (§ 296) protokollierten Vergleiche der weder in der Klage noch in einer sonstigen Parteischrift ihm beigelegte Titel „Majoratsherr i. B." beigefügt wurde. Der Fall des § 319 Abs. 3 ZPO. ist nicht gegeben, da der Richter die nachträgliche Änderung als Urkundsperson trotz Anwendbarkeit des § 319 vorgenommen hatte, im übrigen auch die Voraussetzungen des § 567 nicht vorlagen.

§ 568.

Neuer selbständiger Beschwerdegrund. 1. Dresden 26. 2. 16, SächsRpflA. 16, 164. Dadurch, daß eine völlig neue Sachgestaltung in die Beschwerdeentscheidung einbezogen wird, wird ein neuer selbständiger Beschwerdegrund geschaffen. (Das AG. hatte im Offenbarungseidsverfahren Haft angeordnet, weil der Schuldner im Termine nicht erschienen war und verpflichtet gewesen wäre, seinen Widerspruch mündlich vorzu-

tragen. LG. erklärte entgegen dem Gesuche des Schuldners die BRVO. v. 20. 1. 15 für unanwendbar, im übrigen aber eine Aussetzung nach § 247 für angemessen.)

2. Hamburg 29. 9. 16, JW. 16, 1551. Keine Verweigerung des rechtlichen Gehörs, also kein neuer selbständiger Beschwerdegrund liegt vor, wenn Schriftsätze des Schuldners, die das Beschwerdegericht zur Aufklärung des Sachverhalts nicht für erforderlich erachtete, dem Gläubiger nicht mitgeteilt wurden.

3. Coulin, R. 16, 37, gegen Karlsruhe 25. 8. 15, JDR. 14 I 2. (AG. hatte Antrag auf Bezeichnung als Feriensache abgelehnt; LG. auf Beschwerde dahin abgeändert, daß die Sache insoweit als Feriensache bezeichnet werde, als Gefahr des Beweismittelverlustes hinsichtlich der vom Gegner benannten Zeugen bestehe, im übrigen zurückgewiesen. OLG. hatte die Beschwerde als unzulässig verworfen, da in Ansehung der Zeugen dem Antrage auf Erklärung als Feriensache stattgegeben sei; soweit Zurückweisung erfolgt, zwei übereinstimmende Erklärungen vorlägen.) Die Lage des Beschwerdeführers sei im ganzen dadurch verschlechtert worden, daß nur dem Gegner etwas von Amts wegen zugesprochen worden sei, was seiner Parteiverfügung unterliege, nämlich die Beweissicherung, d. h. die frühere Verhandlung abgelehnt worden sei. Die Entscheidung des AG. sei inhaltlich vom LG. zuungunsten des Klägers geändert worden; es lägen duae difformes vor.

4. Kann die weitere Beschwerde darauf gestützt werden, daß über die Beschwerde zu Unrecht von der Kammer für Handelssachen statt von der Zivilkammer des LG. entschieden ist? Breslau 9. 6. 16, BreslauAK. 16, 76. Zwar wird allgemein angenommen, daß eine vom Beschwerdegerichte begangene Verletzung prozeßrechtlicher Vorschriften einen neuen selbständigen Beschwerdegrund im Sinne des § 568 Abs. 2 ZPO. bildet. Die Entscheidung muß aber auf der Verletzung beruhen. Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund kann dann vorliegen, wenn das Beschwerdegericht seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat (§ 551 Ziff. 4 ZPO.). Das ist aber nicht schon dann der Fall, wenn eine Kammer für Handelssachen des zuständigen LG. an Stelle einer Zivilkammer dieses Gerichts entschieden hat. Kammer für Handelssachen und Zivilkammer sind nebengeordnete Organe desselben Gerichts. Das zuständige Gericht ist aber das nach dem Gesetze zur Entscheidung berufene, nicht eine bestimmte Kammer desselben (vgl. für die Revision **RG.** 48, 28).

5. Ist Abweichung in den Rechtsausführungen beachtlich? a) Posen 16. 8. 16, PosMSchr. 16, 100. Es besteht keine Vorschrift, die dem Richter auferlegte, die Rechtsausführungen als solche zu berücksichtigen, geschweige denn ihrer in der Begründung seines Beschlusses zu gedenken. Nur daß die Nichtberücksichtigung von neuen Tatsachen seitens des Beschwerdegerichts unter Umständen einen Verfahrensmangel und insofern einen neuen selbständigen Beschwerdegrund darstellen kann, hat das RG. anerkannt, auch hierbei aber es abgelehnt, eine Nichtberücksichtigung der Anführungen schon aus ihrer Nichterwähnung in der Begründung zu folgern (**RG.** 60, 40).

b) Posen 16. 8. 16, PosMSchr. 16, 100. Verschiedenheit allein der Gründe reicht nach ständiger Rechtsprechung zur Zulassung der weiteren Beschwerde nicht aus. Würdigt das Gericht das neu Vorgebrachte neu, würdigt es das früher Vorgebrachte anders als die erste Entscheidung und kommt es trotzdem zu demselben Ergebnisse, so liegen eben zwei gleichlautende, wenn auch verschieden begründete Entscheidungen vor.

§ 569.

1. Unterzeichnung der Beschwerdeschrift mittels Handzeichen. Breslau 14. 12. 15, OLG. 33, 84. (Die vom Schuldner gegen einen amtsgerichtlichen Pfändungsbeschluß eingereichte Beschwerdeschrift war mit drei Kreuzen unterzeichnet, neben denen sich der Vermerk befand: Das eigenhändige Handzeichen des B. bestätigt eidesstattlich Peter Müller [ein Privatschreiber]. Die Beschwerde wurde als unzulässig verworfen, ebenso die in gleicher Weise eingelegte weitere Beschwerde. OLG. führt zunächst aus, daß § 126 BGB. nur für privatrechtliche Willenserklärungen gelte und auch die entsprechende Anwendung der §§ 125 ff. BGB. ausgeschlossen sei.) Gleichwohl wird die Unterschrift des Ausstellers

als unentbehrlich zu bezeichnen sein, und zwar auf Grund von Erwägungen über die rechtliche Natur der Beschwerde. Durch die Beschwerdeschrift wird eine Prozeßhandlung gegenüber dem Gerichte vollzogen. Sie muß daher deutlich ausdrücken, daß das Gesuch dem Willen des Beschwerdeführers entspricht. Dies kann aber nur durch die Vollziehung des Gesuchs geschehen. — Ist die Unterschrift des Beschwerdeführers grundsätzlich erforderlich, so kann diese, falls er zu schreiben nicht fähig ist und die Beschwerde (wie im gegebenen Falle) nicht zu Protokoll einlegen will, nur durch seine Handzeichen ersetzt werden, die gerichtlich oder notariell beglaubigt sind, wie dies auch für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit angenommen worden ist (KGJ. 26, 172).

2. Cassel 27. 4. 14, JDR. 13, jetzt auch BuschsZ. 46, 11.

§ 573.

Kein Anspruch auf mündliche Verhandlung. 1. Colmar 3. 6. 14, BuschsZ. 46, 10. Der Umstand, daß zur Entscheidung über den Antrag auf Aussetzung und ihre Wiederaufhebung mündliche Verhandlung erforderlich ist, kann keinen Grund dafür abgeben, entgegen der Vorschrift des § 573 die mündliche Verhandlung auch für den Fall der Anfechtung des Aussetzungsbeschlusses im Wege der Beschwerde zu fordern.

2. Breslau 4. 8. 15, OLG. 33, 86. Es besteht kein Anspruch des Beschwerdeführers, über die Ergebnisse der Ermittlungen des Beschwerdegerichts gehört zu werden. Dem freien Ermessen des Gerichts bleibt es überlassen, ob und inwieweit es die Zuziehung der Parteien zum Beweistermin oder wenigstens die Anhörung nach der Beweisaufnahme für zweckmäßig erachtet. (Im gegebenen Falle wurde die Benachrichtigung des Prozeßbevollmächtigten von dem am Orte anstehenden Beweistermin als zweckdienlich bezeichnet. — Vgl. Schultzenstein, BuschsZ. 13, 401.)

§ 576.

Ablehnung der Umschreibung einer Vollstreckungsklausel. München 16. 10. 15, OLG. 33, 92, SeuffA. 71, 84. Hatte der Kammervorsitzende den Antrag auf Umschreibung der Vollstreckungsklausel abgewiesen, so wäre es ein zweckloser Formalismus, den Gerichtsschreiber, der ohne den Vorsitzenden gar keine andere Entscheidung treffen kann, erst noch zu einer förmlichen Ablehnung des Antrags zu veranlassen, ehe der Partei die Anrufung des Prozeßgerichts gestattet wird. Gegen die Entscheidung des Vorsitzenden findet die einfache Beschwerde statt, über die das Prozeßgericht zu befinden hat. (Im Anschluß an **RG.** 31, 410; 42, 421, GruchotsBeitr. 46, 1099.)

§ 574.

Wer entscheidet über Beschwerden gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte? Thiele, R. 16, 209. Nachdem das RG. (seit Streichung des durch die Novelle v. 5. 6. 05 zugefügten Abs. 2 durch die Novelle v. 22. 5. 10) nicht mehr Beschwerdegericht ist und als solches über die Unzulässigkeit der Beschwerde über Entscheidungen des OLG. nicht zu entscheiden hat, hat das OLG. die Unzulässigkeit der bei ihm eingelegten Beschwerde als das angerufene Gericht auszusprechen, ebenso wie das RG. dies als das angerufene Gericht bei den bei ihm eingereichten Beschwerden zu tun hat.

Viertes Buch. Wiederaufnahme des Verfahrens.

§ 578.

1. Unzulässigkeit der Wiederaufnahme für neue Klagegründe. **RG.** 3. 11. 15; 87, 267, JW. 16, 198, LeipzZ. 16, 44, R. 16 Nr. 100. Ziel der Restitutionsklage, wie das der Nichtigkeitsklage, ist die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens. Ohne weiteres folgt daraus, daß, wenn Restitutionskläger der vormalige Kläger ist und dieser in dem von ihm angestrebten neuen Verfahren einen noch nicht geltend gemachten Klagegrund vorbringen will, für die Restitutionsklage überhaupt kein Raum sein kann. Schließt das zuvor ergangene rechtskräftige Urteil die Erhebung einer neuen Klage auf Grund **neuer** Tatsachen nicht aus, wenigstens nicht in dem Sinne, daß dem Kläger die Einrede der

rechtskräftig entschiedenen Sache nicht entgegengehalten werden könnte, dann liegt auch kein begründeter Anlaß vor, dem Kläger das Rechtsmittel der Restitutionsklage zu gewähren.

2. Wiederaufnahme der Wiederaufnahme des Verfahrens. Österreichisches Recht. ÖstObG. 14. 9. 15, AÖstGZ. 16, 58. Wird erwogen, daß die Wiederaufnahmsklage ein durch Urteil geschlossenes Verfahren ohne Unterschied, ob durch dieses Urteil die Hauptsache oder nur das Wiederaufnahmsverfahren erledigt wurde, voraussetzt (§ 530), und daß Wiederaufnahmsgründe in dem einen wie in dem anderen Falle vorliegen können, welche die materielle Unrichtigkeit des früheren Urteils ergeben, so fehlt es an einem zu erweisenden Grunde, die Wiederaufnahmsklage gegenüber einem eine frühere Wiederaufnahmsklage abweisenden Urteile von vornherein zu verweigern. Hierbei wird jedoch vorausgesetzt werden müssen, daß dem Kläger bezüglich des neuen Wiederaufnahmsgrundes ein rechtliches Interesse zusteht, weil Rechtsschutz nur beim Vorbringen eines solchen gewährt werden kann. — Dieses rechtliche Interesse erfordert aber, daß der neue Wiederaufnahmsgrund das die frühere Wiederaufnahmsklage abweisende Urteil bzw. das diesem vorausgegangene Verfahren betrifft, so daß ohne Änderung dieses Urteils das Verfahren in der Hauptsache nicht wiederaufgenommen werden kann.

§ 580.

Nr. 7b. 1. Beweis der Echtheit und Ausstellungszeit der Urkunde. Begriff der Urkunde. **RG.** 26. 10. 15, GruchotsBeitr. 60, 881, JW. 16, 135, LeipzZ. 16, 62, R. 16 Nr. 983, 984, SächsRpflA. 16, 102. a) Muß auch regelmäßig, wenn § 580 Nr. 7 b zur Anwendung kommen soll, die Urkunde allein oder in Verbindung mit den bisherigen Beweisergebnissen zur Herbeiführung einer günstigeren Entscheidung genügen, so ist doch für die Echtheit und Ausstellungszeit der Urkunde die Statthaftigkeit aller, auch neuer Beweismittel unbeschränkt anerkannt (**RG.** 16, 438). b) KG. hatte ausgeführt, die in Rede stehende private Aufzeichnung der Ehefrau des Klägers entspreche den Anforderungen des Gesetzes nicht, da sie nichts weiter sei als ein außergerichtliches Zeugnis der Ehefrau. Da die Benennung neuer Zeugen die Restitutionsklage nicht rechtfertige, dürften auch Schriftstücke von der Art des vorliegenden nicht als Grundlage einer Wiederaufnahme des Verfahrens zugelassen werden. RG. mißbilligt dies und läßt dahingestellt sein, ob mit JW. 12, 802 (IV) und **RG.** 80, 240 (VI) anzunehmen, daß Protokolle über die Aussagen von Zeugen und Sachverständigen zur Begründung der Restitutionsklage nicht hinreichen (anders V JW. 97, 168). Es stände kein Protokoll in Frage, auch nicht die Erhebung des bloßen Zeugnisses der Frau. Würden die Angaben des Klägers über die Entstehung der Niederschrift bewiesen, so wäre der Inhalt der Urkunde durch diese selbst nahezu dargetan. — Vgl. hierzu Fuchs, JW. 16, 135. Der Begriff der Urkunde im § 580 Nr. 7 b dürfe nicht enger gezogen werden als in §§ 415 ff., auch die sichtbaren Verkörperungen, die im strafrechtlichen Sinne als Urkunden betrachtet, von der ZPO. aber nicht als solche behandelt wurden (z. B. Grenzzeichen), seien die Restitutionsklage zu begründen geeignet.

2. Begründet die BRVO. v. 22. 12. 15 (RGBl. 837) die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 580 Nr. 7 b? Schäffer, JW. 16, 91, verneint die Frage. Die Nr. 185 des RGBl., in der die VO. abgedruckt ist, kann nach der herrschenden Lehre (**RG.** 48, 384; 68, 334, JW. 12, 802) nicht als Urkunde im Sinne des § 580 angesehen werden, weil diese Urkunde zur Zeit des Erlasses des zu beseitigenden Urteils noch nicht bestand. Überdies kommt auch an sich § 580 Nr. 7 b nur für eine Wiederaufnahme wegen aus der Urkunde neu hervorgehender Tatsachen, nicht aber wegen anderweiter rechtlicher Beurteilung einer prozessualen Frage in Betracht (**RG.** 68, 334).

§ 581.

1. Zeitpunkt der rechtskräftigen Verurteilung. **RG.** 8. 10. 15, SächsRpflA. 16, 10. (Der Zeuge S., auf dessen eidliche Aussage das Urteil gegründet war, war durch Urteil des Schwurgerichts vom 13. 3. 14 zu einer Zuchthausstrafe von einem Jahre wegen Meineids verurteilt worden. Auf die Revision des S. wurde dieses Urteil vom RG. am

26. 6. 14 unter Aufrechterhaltung der wegen Meineids erkannten Einzelstrafe aufgehoben und die Sache zur Bildung einer Gesamtstrafe mit zwei vorher erfolgten Bestrafungen zurückverwiesen. Die Gesamtstrafe wurde durch Urteil vom 26. 9. 14 gebildet, das am 3. 10. 14 die Rechtskraft beschritten hat.) Der § 581, der in den Fällen des § 580 Nr. 1—5 als Voraussetzung für die Restitutionsklage eine rechtskräftige Verurteilung verlangt, bezweckt nichts weiter, als für die Wiederaufnahme des Verfahrens eine sichere Grundlage zu schaffen. — Wie die vorgeschriebene Notfrist beweist, liegt im Interesse der Rechtskraft des Urteils die Notwendigkeit begründet, daß die Erhebung der Restitutionsklage nicht unnötig hinausgeschoben werden darf. Daher hat das Berufungsgericht mit Recht die Verurteilung des S. nach Maßgabe des Urteils vom 26. 6. 14 als eine der Vorschrift des § 581 ZPO. entsprechende angesehen. Denn auf Grund dieses Urteils stand die rechtskräftige Verurteilung des Zeugen wegen Meineids fest; in der Schwebe blieb nur noch die Höhe der Zuchthausstrafe, welche für die Wiederaufnahme des Verfahrens offenbar von keiner Erheblichkeit ist.

2. Die vom **RG.** 8. 10. 15, JDR. 14 Nr. 2, bestätigte Entscheidung KG. 18. 3. 15, OLG. 33, 87.

§ 582.

München 8. 7. 16, OLG. 33, 150. Die Rechtssicherheit gestattet nicht, rechtskräftige Urteile nur durch den Umstand in Frage zu stellen, daß im Gewahrsame der Partei befindliche Urkunden, die mangels Ordnung unbemerkt geblieben, nachträglich vorgelegt werden. (Die beklagte Ehefrau hatte im Prozeß ein unordentlich geführtes „Schmierbuch" vorgelegt; sie hätte bereits damals nach dem Hauptbuche forschen müssen.)

§ 586.

RG. 26. 2. 16, R. 16 Nr. 1591. Da die Klage vor Beginn der Notfrist des § 586 erhoben werden konnte, so steht ihrer Zulässigkeit nicht entgegen, daß die Vorlegung der neuen Urkunde erst nach Erhebung der Klage erfolgte.

§ 589.

RG. 21. 9. 16, R. 16 Nr. 2129, WarnE. 16, 482. Nach § 589 ist für die Vorprüfung der Zulässigkeit der Restitutionsklage nur festzustellen, ob die Klage nach den Anführungen des Klägers den gesetzlichen Anforderungen in Form, Frist und Restitutionsgrund äußerlich entspricht; in eine sachliche Prüfung der Tauglichkeit der Urkunde nach den besonderen Umständen des Falles ist nicht einzutreten (**RG.** 75, 53).

Fünftes Buch. Urkunden- und Wechselprozeß.

Schrifttum: Schmidt, Das Verfahren in Wechselstreitigkeiten nach der neuen ungarischen ZPO., DJZ. 16, 811.

§ 593.

Beweiskräftige Tatsachen. **RG.** 26. 5. 16, JW. 16, 1121, R. 16 Nr. 1762, 1763, WarnE. 16, 421. Die Klage stützte sich auf eine Urkunde, die mit den Worten schloß: „Das notarielle Abkommen soll heute nachmittag beim Notar H. geschlossen werden." Das Berufungsgericht hatte die Berufung des Beklagten auf § 154 Abs. 2 BGB. verworfen, indem es auf Grund der vom Gerichte herangezogenen Akten für erwiesen annahm, daß die Urkunde bereits eine endgültige Bindung der Parteien habe darstellen sollen. Es handle sich um eine Replik des Klägers, die durch jedes Beweismittel habe beseitigt werden können, im gegebenen Falle ohne besondere Anordnung der Heranziehung der Akten. RG. hat dies gemißbilligt und die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen. Es liegt reines Bestreiten der Klageforderung vor, nicht eine durch Replik zu beseitigende Einrede des Beklagten, daher ist der Mußvorschrift des § 593 Abs. 2 nicht genügt gewesen.

§ 595.

RG. 8. 8. 16, LeipzZ. 16, 1546, R. 16 Nr. 1943, WarnE. 16, 474. Die Berufung auf eine bereits in den Händen des urteilenden Gerichts befindliche Urkunde erscheint im Sinne des § 595 Abs. 3 vollkommen statthaft (**RG.** 8, 45). Dieser

Form des Urkundenbeweises ist in den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes über den Beweis durch Urkunden (§§ 415 ff.) nicht besonders gedacht; daraus erklärt sich, daß sie auch im § 595 keine Erwähnung gefunden hat.

§ 599.

1. Cöln 20. 6. 16, LeipzZ. 16, 1204. Unzulässigkeit der Eideszuschiebung im zweiten Rechtszuge des Urkundenprozesses, wenn inzwischen auf Betreiben des Beklagten der ordentliche Prozeß eingeleitet ist und beide Parteien über die streitigen, der Einwendung des Beklagten zugrunde liegenden Vorgänge Zeugen benannt haben, deren Vernehmung im Gange ist.

2. Hamburg 3. 9. 15, JDR. 14, 1, jetzt auch SeuffA. 71, 244.

§ 600.

Versäumnisurteil im Nachverfahren. Stuttgart 22. 10. 15, WürttJ. 28, 61, WürttZ. 16, 7, verneint die Notwendigkeit für den Kläger, um ein Versäumnisurteil im Nachverfahren zu erlangen, den Antrag auf Aufrechterhaltung des Wechselurteils zustellen zu lassen. — Da das Gericht im Nachverfahren bezüglich der Schlüssigkeit der erhobenen Klage an die Rechtsauffassung des Vorbehaltsurteils gebunden ist, und da es Sache des Beklagten ist, diejenigen Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, welche seine im Vorbehaltsurteil ausgesprochene Verurteilung als eine ungerechtfertigte erscheinen lassen, so kommt für die Stellung des klägerischen Antrags auf Aufrechterhaltung des Vorbehaltsurteils die vorgängige Mitteilung eines tatsächlichen Vorbringens an den Beklagten nach § 335 Ziff. 3 ZPO. überhaupt nicht in Frage. — Der Beklagte, gegen welchen ein Vorbehaltsurteil ergangen ist, weiß genau, daß es sich in dem Nachverfahren nur um die Frage der Aufhebung oder Aufrechterhaltung des Vorbehaltsurteils handelt.

Sechstes Buch. Ehesachen. Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Entmündigungsverfahren.

Schrifttum: Gerber, Unbedingte Nichtigkeit von Scheidungsurteilen österreichischer Staatsangehöriger vor deutschen Gerichten? ThürBl. 62, 257. — Hora, Über die Tragweite der Untersuchungsmaxime in Ehestreitigkeiten, AÖstGZ. 16, 181, 194, 241, 256. — Kaufmann, Rechtskraft der Ehescheidungsurteile gegen Militärpersonen, DJZ. 16, 234. — Otto, Anordnung der Leistung von Eiden durch Beweisbeschluß in Eheprozessen, SächsRpflA. 16, 409.

§ 606.

1. Begriff des Wohnsitzes. **RG.** 23. 9. 16, WarnE. 16, 442 (unter Bezug auf **RG.** 67, 193). Die Voraussetzungen für die Begründung eines Wohnsitzes sind aus dem BGB. zu entnehmen, auf das die ZPO. seit dem Inkrafttreten der Novelle v. 17. 5. 98 stillschweigend verweist.

2. Hamburg 23. 12. 14, HansGZ. 16 Beibl. 76. Keine Scheidung darf ausgesprochen werden, solange nicht das anzuwendende Recht festgestellt ist.

3. Zuständigkeit bei Verlegung des Wohnsitzes nach dem Auslande. **RG.** 25. 6. 15, HansGZ. 16 Hptbl. 11 u. Beibl. 193. Wenn die Eheleute ihren Wohnsitz in Hamburg gehabt haben, so wird die Frau die Scheidungsklage auch dann in Hamburg erheben können und müssen, wenn der Mann sie verlassen und seinen Wohnsitz nach Peking verlegt hat (§ 606 Abs. 2 ZPO.); sie wird nicht genötigt sein, sich an das dortige Konsulargericht zu wenden. Wohl aber wird sie nach § 606 Abs. 1 dort zu klagen haben, wenn die Eheleute ihren gemeinschaftlichen Wohnsitz in Peking gehabt haben und der Mann entweder dort noch wohnt (Abs. 1) oder sich nach Japan usw. (Abs. 2), schließlich wohl auch dann, wenn er sich nach Deutschland begeben hat.

4. Zur Auslegung des Abs. 4. I. Gerber 257 für unbedingte Abweisung von Scheidungsklagen der Österreicher vor deutschen Gerichten. a) Nach § 81 Abs. 3 ÖstExekO. ist die Bewilligung der Exekution zu versagen, wenn der (ausländische) Exekutionstitel den Personenstand eines österreichischen Staatsangehörigen betrifft und gegen

letzteren vollzogen werden soll. Dies ist auch der Grund, warum Österreich der Haager Konvention über die Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze und der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett vom 12. Juni 1912 nicht beigetreten ist. Aus dieser Haltung Österreichs geht ohne Zweifel hervor, daß es die Gerichtsbarkeit in Ehescheidungsangelegenheiten für sich ausschließlich in Anspruch nimmt. b) Da nach § 606 Abs. 4 ZPO. eine Scheidungsklage im Inlande nur dann erhoben werden kann, wenn die deutschen Gerichte auch nach dem Rechte des Auslandes zuständig sind, so kann in einem Falle, in dem der Ehemann Österreicher ist, weil das österreichische Recht die Zuständigkeit ausländischer Gerichte allgemein verneint, die Scheidungsklage vor einem inländischen Gerichte nicht erhoben werden. Stellt sich also vor dem erkennenden Gerichte bei der Klagerhebung heraus, daß die Parteien in Wahrheit Österreicher sind, so muß es auf Klagabweisung erkennen. Tut es das nicht, so hat dies tatsächlich eine materielle Unrichtigkeit der Entscheidung zur Folge. c) Urteilt ein deutsches Gericht entgegen der Bestimmung des § 606 Abs. 4 ZPO., dann verletzt es eine innerstaatliche Gerichtsstandsvorschrift und setzt sich der Anfechtung durch die Parteien aus. Wird das Urteil aber rechtskräftig, dann ist und bleibt es innerhalb des Deutschen Reiches wirksam und ist nicht mit unbedingter Nichtigkeit behaftet. Dieser Zwitterzustand sollte unsere Gerichte veranlassen, von der bisherigen Praxis (OLG. 2, 19, R. 13 Nr. 728) abzugehen und grundsätzlich Klagen auf Ehescheidung von Österreichern als unzulässig zu verwerfen.

II. Aus der Rechtsprechung. a) Hamburg 1. 2. 16, HansGZ. 16 Beibl. 148, OLG. 33, 88, SeuffA. 71, 295. Die Ehescheidung vom Bande für österreichische Katholiken ist unzulässig, da die Zuständigkeit der deutschen Gerichte für Scheidungsklagen von Österreichern nach österreichischem Rechte nicht anerkannt wird und nur auf beständige Trennung von Tisch und Bett die deutschen Gerichte auch dann nicht erkennen dürfen, wenn nach deutschem Rechte die Scheidung der Ehe gerechtfertigt und nach dem Rechte des Staates, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört, beständige Trennung von Tisch und Bett zulässig sein würde. (Vgl. RG. 55, 345, JW. 14, 441.)

b) KG. 18. 2. 14, DJZ. 16, 994. Der Ehemann (Parteien waren österreichische Staatsangehörige jüdischen Glaubens) hat sich, ohne die Einrede der Unzuständigkeit zu erheben, auf die Verhandlung eingelassen. Damit ist, da nach § 104 ÖstJN. auch in Ehescheidungssachen Prorogation zulässig ist, das angerufene Gericht zuständig geworden. Die Bestimmung des § 104, daß die Vereinbarung schon in der Klage urkundlich nachgewiesen sein müsse, ist eine nur für das österreichische Verfahren gegebene Ordnungsvorschrift. — Auch § 81 Nr. 3 ÖstEO. schließt nicht etwa die Zuständigkeit außerösterreichischer Gerichte für Scheidungsklagen von Österreichern aus. Daraus, daß aus solchen Urteilen die Zwangsvollstreckung in Österreich versagt wird, folgt nicht, daß solche Urteile überhaupt nicht anerkannt werden.

III. Dänisches Recht. R. 16, 412. Nach einer Auskunft des dänischen Justizministers zu 1 R. 238, 15 läßt das dänische Recht eine deutsche Rechtsprechung in Ehesachen zu, wenn beide Ehegatten ihren Wohnsitz in Deutschland haben, mag auch der in Frage kommende Ehescheidungsgrund nach dänischem Rechte nicht gelten.

§§ 614, 616.

1. **RG.** 30. 3. 16, DJZ. 16, 989, WarnE. 16, 224. Hält an der bisherigen Rechtsprechung (**RG.** 36, 351; 45, 321; 59, 347, JW. 13, 1047; 15, 148, GruchotsBeitr. 41, 171) fest, daß der Ehegatte, nach dessen Antrag auf Scheidung erkannt ist, lediglich zum Zwecke der Zurückziehung der Klage oder des Verzichts auf den Scheidungsanspruch das Rechtsmittel der Berufung oder der Revision einlegen kann (weil er andernfalls nicht, wie der Kläger in anderen Prozessen, in der Lage ist, die aus dem Urteil erlangten Rechte wieder aufzugeben). Im gegebenen Falle wurde aus tatsächlichen Gründen verneint, daß die obsiegende Klägerin mit der Einlegung der Berufung den Zweck eines Verzichts auf den Scheidungsanspruch oder eine Klagerücknahme verfolgte. Daher wurde

die erst nach Ablauf der Berufungsfrist erfolgte Anschlußberufung für wirkungslos erklärt. Ebenso RG. 17. 2. 16, LeipzZ. 16, 365.

2. Hamburg 27. 3. 16, HansGZ. 16 Beibl. 146, LeipzZ. 16, 1066, OLG. 33, 79, R. 16 Nr. 1168. Dagegen kann, wenn auf Herstellung der Ehe erkannt ist, der obsiegende Gatte keine Berufung einlegen, um statt der Herstellung auf Grund erst nachher bekannt gewordener Scheidungsgründe die Scheidung zu verlangen. Der Kläger ist in einem solchen Falle durch § 616 nicht gehindert, die Scheidungsklage anzustrengen. Die Gründe der Entsch. 36, 351 versagen, da die Berufung nicht Aufrechterhaltung, sondern gerade die Scheidung bezweckt.

3. Hamburg 15. 10. 14 (JDR. 14, 3 zu § 616) jetzt auch BuschsZ. 46, 198.

§ 615.

Bedingte Anfechtungsklage. **RG.** 26. 6. 16; 88, 340, JW. 16, 1276, LeipzZ. 16, 1296. Auf Grund der Ehescheidungsklage kann Scheidungsurteil ergehen ohne Eingehen auf die gleichzeitig erhobene Nichtigkeitsklage, wenn diese letztere nur für den Fall erhoben ist, daß die Scheidungsklage nicht durchdringe. — Ein Urteil auf Nichtigkeit der Ehe darf nur erlassen werden, wenn ein darauf lautender Antrag von Klägerseite bedingungslos gestellt wird. Der Anfechtungsbeklagte aber ist nicht in der Lage, den nur bedingt gestellten und in dem Anfechtungsrechte des klagenden Teiles allein begründeten Antrag von seiner Seite aufzunehmen und bedingungslos ein auf Ehenichtigkeit lautendes Urteil zu fordern. Daß aber bei nur bedingt erhobener Anfechtungsklage auf Ehescheidung erkannt werden kann, folgt daraus, daß, solange die Ehe nicht mit Erfolg angefochten ist, sie noch zu Recht besteht.

§ 617.

Bedeutung der Leistung eines Eides, der über eine zur Schuldfrage aufgestellte Behauptung zugeschoben ist, für eine auf dieselbe Behauptung gegründete Widerklage. 1. **RG.** 26. 1. 16, BayRpflZ. 16, 201, R. 16 Nr. 841. Unrichtig ist die Annahme des Beklagten, daß die gesetzliche Wirkung der Eidesleistung nach § 463 nur für die Entscheidung über die Schuldfrage eintrete, und daß gegenüber der Widerklage auf Ehescheidung der Richter die Bedeutung der Eidesleistung hätte frei würdigen müssen und die Erhebung der durch Benennung von Zeugen angetretenen Beweise nicht hätte ablehnen dürfen. — Ist der Eid geleistet, so kommt die Absicht der Prozeßnorm, daß der Parteieid nicht der freien Würdigung des Richters unterliege, und daß er nicht durch einfachen Gegenbeweis soll entkräftet werden können, zur Geltung. Wenn es auf diese Weise zur Entscheidung über den Anspruch auf Scheidung der Ehe auf Grund eines Parteieids kommt, so beruht auf der freien Entschließung des Gegners, der sich der Eideszuschiebung bedient und dabei mit der Möglichkeit rechnen muß, daß der Eid geleistet und damit ihm jeder weitere Beweis seiner Behauptung abgeschnitten wird.

2. Die Wirkung dieser Rechtsauffassung (zu 1) erörtert Otto 469. Er empfiehlt, von der Auferlegung von Eiden durch Beweisbeschluß im Eheprozesse nur sparsam und vorsichtig Gebrauch zu machen und davon abzusehen, wenn sich nach der Gestaltung des Falles Schwierigkeiten für die Endentscheidung vermuten lassen. Nicht selten wird sich allen Schwierigkeiten dadurch vorbeugen lassen, daß die Partei, die einen Mitschuldgrund unter Eid stellt, auf den Scheidungsgrund, den sie auf dieselbe Behauptung stützen könnte, verzichtet. Es wird deshalb nicht unzulässig sein, auf den Ausspruch eines solchen Verzichts in den Fällen hinzuwirken, wo die Partei dazu bereit ist und der Verzicht ihr eine vielleicht erhebliche Abkürzung des Prozesses einbringt. — Vgl. auch Hamburg 18. 12. 15, OLG. 33, 88.

§ 618.

Schrifttum: Czarnikow, Zusammenstellung der Erörterungen über die Versäumnis des Beklagten im Eheprozesse, NaumburgAK. 16, 30.

1. RG. 11. 1. 15, JW. 16, 193. Hält an dem von dem erkennenden (4.) Senat oft ausgesprochenen Grundsatze fest, daß es in Ehescheidungssachen mit Rücksicht

auf den Grundsatz der Einheitlichkeit der Verhandlung und Entscheidung nicht angeht, über die Klage durch kontradiktorisches Urteil und daneben über die Widerklage durch Versäumnisurteil oder umgekehrt zu entscheiden (**RG.** 58, 307; 59, 412, JW. 05, 397; 13, 141; 07, 521). Das Versäumnisurteil des § 618 ist auf Fälle beschränkt, in denen ein Widerspruch mit diesem Grundsatz ausgeschlossen ist.

2. **RG.** 11. 12. 15, LeipzZ. 16, 465, R. 16 Nr. 515. Ebenso unzulässig ist es, über einen Teil des Streitstoffs unbedingt und über einen anderen Teil durch bedingtes Endurteil zu entscheiden, und zwar gilt dies nicht nur dann, wenn durch den unbedingten Teil des Urteils einem Anfechtungs- und Scheidungsantrage stattgegeben wird (**RG.** 58, 316), sondern auch in dem umgekehrten Falle, wenn er abgewiesen wird (**RG.** 58, 313, JW. 15, 397). Auch in einem solchen Falle ist, wenn nur gegen einen Teil des Urteils ein Rechtsmittel eingelegt wird, unter Umständen, die sich nicht immer von vornherein mit Sicherheit überblicken lassen, die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß über den nur einheitlicher Beurteilung zugänglichen Bestand der Ehe vor verschiedenen Gerichten verhandelt und entschieden wird.

3. Versäumnisurteil gegen den Widerkläger und Berufungsbeklagten bei gleichzeitiger Scheidungsklage und Widerklage. a) **RG.** 29. 1. 16, JW. 16, 751, LeipzZ. 16, 613, R. 16 Nr. 721, 728 und 730. Aus der Unzulässigkeit eines Teilurteils über die Klage oder die Widerklage allein mag zu folgern sein, daß nicht neben einer kontradiktorischen, die Scheidung auf die Klage aussprechenden Entscheidung gleichzeitig im Wege des Versäumnisurteils die Widerklage abgewiesen werden darf, weil dadurch die Möglichkeit einer besonderen rechtskräftigen Teilentscheidung geschaffen wird und daher die Entscheidung auf Klage und Widerklage nur als einheitliches Urteil ergehen kann. Dies gilt jedoch nur insoweit, als von der nämlichen Instanz zugleich über Klage und Widerklage zu entscheiden ist. Wenn dagegen ein die Scheidung der Ehe sowohl auf die Klage wie auf die Widerklage aussprechendes erstinstanzliches Urteil lediglich vom Kläger hinsichtlich der Entscheidung auf die Widerklage angefochten wird, hat die zweite Instanz nur über die Widerklage zu entscheiden. — Ferner ist ausgeführt, daß das Urteil des Berufungsgerichts, wenngleich das Berufungsgericht es als kontradiktorisches habe erlassen wollen, nach seinem Inhalt als Versäumnisurteil zu gelten habe, weil in dem Tatbestande festgestellt sei, daß in dem Termine zur mündlichen Verhandlung weder der Beklagte persönlich noch für ihn ein Vertreter erschienen sei, danach die Folge des Ausschlusses des säumigen Beklagten mit neuem Vorbringen aus dem Urteile hervorgehe. ➠ Das Ergebnis ist unbefriedigend, wenn die säumige Partei den Charakter des Urteils als eines Versäumnisurteils nicht erkennen konnte, und der Einspruch demnächst als unzulässig verworfen wird. Vgl. Fall c; ferner Kracht, Formellunrichtige Entscheidungen in der Rechtsprechung des RG., RheinZ. 7, 381, JDR. 14 zu § 313 I. Für das Rechtsmittel ist nach dem System unseres Zivilprozeßrechts die Form von ausschlaggebender Bedeutung. ⟵

b) Im Falle zu a hat **RG.** 18. 3. 16, WarnE. 16, 178, das Urteil des Berufungsgerichts, durch welches der vom Widerkläger weiter eingelegte Einspruch verworfen wurde, aufgehoben und zurückverwiesen. Vgl. Seuffert, JW. 16, 900.

c) Ebenso hat **RG.** 29. 5. 16, JW. 16, 1122, R. 16 Nr. 1757, 1758, 1765—1768, WarnE. 16, 423, die Zulässigkeit eines Versäumnisurteils gegen den Widerkläger als Berufungsbeklagten bejaht und die Heranziehung des Abs. 1 durch das Berufungsgericht unter Hinweis auf **RG.** 28, 393 verworfen. Gegen den Berufungsbeklagten ist ein Versäumnisurteil nach Maßgabe des § 542 ZPO. nur dann unzulässig, wenn er in erster Instanz Beklagter war, und das trifft, soweit es sich um die Widerklage handelt, nicht zu. Das Verbot des § 618 Abs. 5 will verhüten, daß ein Urteil auf Grund des einseitigen Sachvortrags des Klägers ohne Prüfung und Feststellung der Richtigkeit der behaupteten Tatsachen gegen die beklagte Partei erlassen wird, es setzt also voraus, daß eine richterliche Beurteilung des erhobenen Anspruchs in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung stattzufinden hat. Soweit die Entscheidung des Berufungsgerichts aber nicht angefochten ist, ist das Revisionsgericht zu einer sachlichen Nach-

prüfung des Berufungsurteils nicht in der Lage, weil nur die von den Parteien gestellten Anträge nach § 559 ZPO. seiner Prüfung unterliegen. Ferner ist auch hier daran festgehalten, daß ein Urteil, das seinem Inhalte nach den Ausschluß einer Partei mit neuem Vorbringen als Säumnisfolge ergibt, auch dann Versäumnisurteil ist, wenn weder vom Gegner ein darauf gerichteter Antrag gestellt noch die Absicht des Gerichts auf den Erlaß des Versäumnisurteils gerichtet war (RG. 28, 293; 35, 345; 50, 387). Diese Sätze werden gebilligt von Heinsheimer, JW. 16, 1122, auf Grund der Erwägung, daß einer säumigen Partei das Recht, die Versäumnisfolge durch Einspruch zu beseitigen, nicht durch einen Rechtsirrtum des erkennenden Gerichts genommen werden könne.

§ 625.

1. Rechtskraft der Ehescheidungsurteile gegen Militärpersonen. Kaufmann 234. Nach § 23 Abs. 10 PrGeschO. für die Gerichtsschreibereien der Landgerichte hat der Gerichtsschreiber Ausfertigung der rechtskräftigen Urteile in Ehesachen usw., soweit sie einen Vermerk im Standesregister notwendig machen, der Staatsanwaltschaft zwecks Herbeiführung dieses Vermerkes zu übersenden. Verf. empfiehlt, bevor der Gerichtsschreiber des OLG. das Zeugnis nach § 706 erteilt, eine amtliche Auskunft darüber einzuholen, ob der Beklagte etwa in der Zwischenzeit Kriegsteilnehmer geworden ist, wenn der Ehemann zur Zeit der Urteilszustellung durch einen Anwalt nicht vertreten und damals noch nicht Kriegsteilnehmer war.

2. Darmstadt 12. 7. 16, HessRspr. 17, 210. Ein bedingtes Endurteil ist nicht von Amts wegen zuzustellen.

§ 627.

1. Unterhaltsrenten. a) Dresden 15. 6. 15, SächsRpflA. 16, 387. Der Anlaß zu einer einstweiligen Verfügung auf Zahlung von Unterhaltsrenten wurde verneint, da glaubhaft gemacht war, daß die Ehefrau sich des Ehebruchs schuldig gemacht hatte und der Ehemann den für den notdürftigen Unterhalt erforderlichen Betrag von 100 M. monatlich (§ 1611 Abs. 2) tatsächlich gewährte.

b) KG. 7. 6. 16, KGBl. 16, 68. Die während des Ehescheidungsprozesses gemäß § 627 ZPO. zahlbaren Unterhaltsrenten sind bis zum Ablaufe des Vierteljahrs zu leisten, in welchem das Scheidungsurteil rechtskräftig wird.

2. Getrenntleben. Braunschweig 14. 4. 16, JW. 16, 1357. Nach § 627 kann die Anordnung des Getrenntlebens von jedem der beiden Ehegatten ohne Rücksicht auf die Parteirolle beantragt werden. Daraus ergibt sich, daß eine Glaubhaftmachung des Ehescheidungsanspruchs nicht erforderlich ist (JW. 08, 279, OLG. 21, 87; 27, 111, BraunschwZ. 51, 156).

3. Herausgabe von Haushaltsgegenständen. Karlsruhe 10. 11. 15, BadRpr. 16, 154. Auf Grund des § 627 und der darin in Bezug genommenen Bestimmung des § 1361 Abs. 1 Satz 2 kann der Mann nicht die Herausgabe der zur Führung eines gesonderten Haushalts erforderlichen Sachen von der Frau verlangen.

4. Verhältnis zu den Anordnungen des Vormundschaftsgerichts. a) Colmar 21. 2. 16, LeipzZ. 16, 773. Eine einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts wäre nur dann überflüssig und gemäß § 940 ZPO. unzulässig, wenn das grundsätzlich zur Regelung dieser Verhältnisse berufene Vormundschaftsgericht darüber schon entschieden hätte (RG. 63, 275, JW. 10, 113). Solange dies (wie im gegebenen Falle) nicht geschehen ist, können in der Regel die Parteien wahlweise auch den Weg der einstweiligen Verfügung beschreiten. An und für sich sind beide Verfahren selbständig nebeneinander zugelassen. Die Regelung durch einstweilige Verfügung, deren Geltung auf die Dauer des Ehescheidungsprozesses beschränkt ist, empfiehlt sich gerade hier, wo nach den Ergebnissen der Beweisaufnahme zu erwarten ist, daß die Ehe der Parteien geschieden wird. (Daher ausgesprochen, der Vorzug der Regelung auf längere Dauer, den die Anordnung des Vormundschaftsgerichts in der Regel voraus habe, falle im gegebenen Falle fort, wo voraussichtlich mit Beendigung des anhängigen Rechtsstreits die gesetzlichen Vorschriften des § 1635 BGB. Platz greifen würden.)

b) Dresden 13. 4. 16, SächsRpflA. 16, 431. Vgl. oben zu § 1666 IV BGB.

5. Vorschußpflicht. Rostock 17. 8. 15, MecklZ. 34, 223, nimmt in Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtslehre und Rechtsprechung an, daß der mit seiner Ehefrau im gesetzlichen Güterrechte lebende Ehemann verpflichtet ist, der Ehefrau die zum sachdienlichen Betriebe des Ehescheidungsprozesses in der Berufungsinstanz erforderlichen Geldmittel vorzuschießen, ohne daß es darauf ankommt, daß ihm für die Berufungsinstanz das Armenrecht bewilligt ist. Die Tatsache der Armenrechtsbewilligung sei möglicherweise geeignet, die Mittellosigkeit des Schuldners und demzufolge die Zwecklosigkeit und Entbehrlichkeit der einstweiligen Verfügung darzutun. Es sei aber zu beachten, daß häufig erst die Zwangsvollstreckung sichere Auskunft über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners gebe, und wenn die Voraussetzungen für die Bewilligung des Armenrechts vorlägen, dieser Zustand sich keinesfalls mit dem Zustande der Zahlungsunfähigkeit decke.

§§ 640, 641.

Verhältnis der Klage über den Familienstand zur Klage auf Herausgabe des Kindes. **RG.** 6. 7. 16, JW. 16, 1337, LeipzZ. 16, 1309, WarnE. 16, 373. Die Klägerin hatte mit dem Beklagten am 4. 9. 11 in England die Ehe geschlossen. Diese Ehe war durch Urteil v. 20. 11. 13 für nichtig erklärt worden, weil eine frühere Ehe der Klägerin wegen ihres Ehebruchs mit dem Beklagten geschieden war. Während der Prozeß über den Familienstand des aus der nichtigen Ehe entsprossenen Kindes schwebte, klagte die Mutter gemäß §§ 1707, 1699—1702 BGB. auf Herausgabe des Kindes. RG. verwirft den auf §§ 640, 643 ZPO. und **RG.** 76, 283 gestützten Einwand, daß die Klage auf Herausgabe des Kindes unzulässig sei, solange nicht durch ein für und gegen alle wirkendes Urteil der Personenstand des Kindes festgestellt sei. (Über die Frage der Abstammung herrschte anders wie im Falle **RG.** 76, 283 kein Streit.) Der Umstand, daß das Urteil im Familienstandsprozesse für und gegen alle wirkt, steht der Klage nicht entgegen. Da der Prozeß den Rechten des Kindes in keiner Weise vorgreifen kann, so ist es auch ohne Belang, daß hier andere Prozeßregeln gelten als im Familienstandsprozeß und namentlich die dem Kinde nachteilige Behauptung der Mutter, daß sie die Nichtigkeit der Ehe gekannt habe, eine grundsätzlich andere Bedeutung hat als im Familienstandsprozesse, wo der Beweis der Behauptung verlangt werden konnte.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen.

§ 650.

Voraussetzung der Überweisung. BayObLG. 20. 9. 16, R. 16 Nr. 1944. Die Überweisung ist nicht veranlaßt, wenn nach der Sachlage die Vernehmung durch einen ersuchten Richter (§ 654 Abs. 2) zu demselben Ziele führen kann wie durch das entscheidende Gericht. Hiernach kann die Überweisung nicht ohne weiteres beschlossen werden. Der für die Einleitung des Verfahrens zuständige Richter hat erst Ermittlungen vorzunehmen, ob die Überweisung sich als notwendig darstellt.

§ 654.

BayObLG. 17. 11. 15; 16, 147, R. 16 Nr. 284. Die Vernehmung des in einer auswärtigen Anstalt untergebrachten Geisteskranken durch das an sich zuständige Gericht anstatt der Vernehmung durch den ersuchten Richter ist nicht zu beanstanden, wenn nur ein unbedeutender Mehraufwand an Zeit und Kosten in Frage steht.

§ 681.

RG. 6. 7. 16, JW. 16, 1341, LeipzZ. 16, 1492, R. 16 Nr. 1769, WarnE. 16, 428. Die Sondervorschrift des § 681 hat keine materiellrechtliche, sondern nur prozeßrechtliche Bedeutung. Sie bezieht sich überdies, wie ihre Fassung und auch ihre Nichtanführung im § 684 Abs. 4 ergibt, nur auf das der Entmündigung vorausgehende Beschlußverfahren, nicht auch auf das im Falle einer Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses nachfolgende Prozeßverfahren.

§ 684.

Anfechtungsklage bei der Entmündigung wegen Trunksucht. **RG.** 6. 7. 16, JW. 16, 1341, LeipzZ. 16, 1492, R. 16 Nr. 1769, WarnE. 16, 428 (zu § 681). Das Ziel der Anfechtungsklage ist bei der Entmündigung wegen Trunksucht dasselbe wie bei allen anderen Arten der Entmündigung, nämlich die Bekämpfung der Rechtmäßigkeit des Entmündigungsbeschlusses zur Zeit seines Erlasses, so daß die Anfechtungsklage — im Gegensatze zu der Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung, §§ 679, 686 — auf eine Veränderung der Umstände nach diesem Zeitpunkte nicht gestützt werden kann (JW. 95, 328; 96, 372; 02, 280). — Tatsachen, die ergeben sollen, daß die Voraussetzungen einer Entmündigung gegenwärtig nicht mehr vorliegen würden, sind für das Anfechtungsverfahren nur insoweit erheblich, als sie den Rückschluß zulassen, daß diese Voraussetzungen beim Entmündigten überhaupt nicht und jedenfalls nicht im Zeitpunkte der Entmündigung vorgelegen haben.

Siebentes Buch. Mahnverfahren.

Schrifttum: Hermann, Anwoltsgebühren im Mahnverfahren, KGBl. 16, 14. — Derselbe, Kann der Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl zurückgenommen werden? KGBl. 16, 85. — Levin, Die Entlastungsverordnung v. 9. 9. 15 und die Neugestaltung des bürgerlichen Rechtsstreits, GruchotsBeitr. 60, 9. — Michels, Absetzung von berechneten Kosten, insbesondere Rechtsanwaltsgebühren im Mahnverfahren, DJZ. 16, 409.

§ 688.

Zustellung des Zahlungsbefehls an Kriegsteilnehmer gemäß § 201 ZPO. Levis, R. 16, 34, hält daran fest (vgl. R. 15, 144, JDR. 14, 2): Den Angehörigen von mobilen Truppenteilen kann nicht zugemutet werden, mit Frist von einer Woche dem Gericht eine Erklärung zugehen zu lassen bei Vermeidung von Rechtsnachteilen. Daher ist das Mahnverfahren ausgeschlossen, wenn der Zahlungsbefehl im Wege des § 201 zugestellt werden muß. Dagegen Menner, JW. 16, 225. Nur wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls außerhalb des deutschen Reichsgebiets erfolgen müßte, ist die Erlassung eines solchen unzulässig. § 201 hebt neben den im Auslande befindlichen Truppen noch die mobilen besonders hervor, kann sie also nicht gleichstellen. — Vgl. auch für die Zulässigkeit des Mahnverfahrens gegen Kriegsteilnehmer Fröhlich, JW. 16, 1257.

§§ 691, 692.

Anwaltsgebühren im Mahnverfahren. 1. Hermann, KGBl. 16, 14. Unter Kosten im Sinne des § 692 sind, beim Mangel einer gesetzlichen Unterscheidung, gerichtliche wie außergerichtliche zu verstehen. — Anwaltsgebühren und -pauschsätze sind hiernach in den Zahlungsbefehl auch dann aufzunehmen und in ihm dem Betrage nach zu bezeichnen, wenn sie im Mahngesuch überhaupt nicht erwähnt sind. — Zu den Kosten des „bisherigen Verfahrens", die kraft der Bestimmung des § 699 Abs. 1 Satz 3 in den Vollstreckungsbefehl aufzunehmen sind, gehören die im Zahlungsbefehl übergangenen Kosten nicht. — Die dem Mahngesuche beigegebene Kostenrechnung bildet nicht etwa einen Teil des „Anspruchs" im Sinne des § 691 Abs. 2. Eine Zurückweisung des Gesuchs wegen falscher Berechnung der Kosten ist nicht zulässig, die Anhörung des Gläubigers deswegen erübrigt sich. Das Gericht hat ohne weiteres den zutreffenden Kostensatz in den Zahlungsbefehl aufzunehmen.

2. Michels 409. Es ist zu empfehlen, den Abstrich von Kosten in den Zahlungsbefehl selber aufzunehmen. — Der Schuldner hat ein Interesse daran, zu erfahren, ob das Gericht vom Gläubiger geforderte Kosten streicht, zumal es nicht selten ist, daß der Gläubiger gleichwohl versucht, von ihm die Kosten einzufordern. — Von der Absetzung der Kosten ist der Gläubiger zu benachrichtigen. Soweit man von einer förmlichen Zustellung absieht, — wird zweckmäßig vom Gerichtsschreiber in die Benachrichtigung des Gläubigers vom Erlaß und der Zustellung des Zahlungsbefehls ein Vermerk über den Kostenabstrich gesetzt. Soweit man eine Zustellung an den Gläubiger für nötig halten sollte, wäre ihm der ganze Zahlungsbefehl zuzustellen.

3. Levin 9 wendet sich gegen die herrschende Meinung, die dem Schuldner auch wegen der Kosten nur den Widerspruch gibt, so daß also der Zahlungsbefehl, auch wenn der Hauptanspruch unangefochten bleibt, durch die bloße Bemängelung der Kosten seine Kraft verliert. Der Kostenanspruch ist ein Anspruch weder im Sinne des § 691 noch des § 695, dem Schuldner in entsprechender Anwendung des § 104 Abs. 3 gegen die Kostenentscheidung die sofortige Beschwerde zu geben, ebenso dem Gläubiger im Falle der Beanstandung seiner Kosten dieser Weg zu eröffnen.

§ 695.

1. LG. Halberstadt 25. 7. 16, NaumburgAK. 16, 48, verneint (gegen Gaupp-Stein, Seuffert und Reincke) die Streitfrage, ob der gegen einen Zahlungsbefehl erhobene Widerspruch zurückgenommen werden kann. Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Zurücknahme der Klage scheidet von vornherein aus, weil eine Klage allenfalls mit dem Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls, aber nicht mit dem Widerspruche gegen einen Zahlungsbefehl verglichen werden kann. Die Anwendung der Vorschriften über die Zurücknahme des Einspruchs würde voraussetzen, daß Einspruch und Widerspruch dieselbe rechtliche Natur haben. Das ist nicht der Fall. — Während der im Versäumnisverfahren erwirkte vollstreckbare Titel als solcher durch den Einspruch in seiner Kraft nicht berührt wird, hindert der Widerspruch die Entstehung eines vollstreckbaren Titels (des Vollstreckungsbefehls) im Mahnverfahren. Während der Einspruch ein den Rechtsmitteln zur Anwendung innerhalb desselben Rechtsganges (und derselben Verfahrensart) nachgebildeter Rechtsbehelf ist, bildet der Widerspruch die Handhabe zur Ausschaltung des besonderen (Mahn-) Verfahrens und zur Überleitung des Rechtsstreits in das ordentliche Verfahren. ➼ Die entgegengesetzte, wohl herrschende Ansicht entspricht allein den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs und erspart dem Gläubiger Zeit und Kosten. Es wäre ein unbefriedigendes Ergebnis, daß der erlassene Vollstreckungsbefehl in Kraft bleibt, wenn der Schuldner den eingelegten Einspruch zurückgenommen hat, aber nicht die Möglichkeit bestehen sollte, einen Vollstreckungsbefehl zu erlangen, nachdem der Schuldner den Widerspruch zurückgenommen hat. ←

2. Wie Halberstadt auch Hermann 85. Die Möglichkeit, Klage, Rechtsmittel und Einspruch zurückzunehmen, ist eine notwendige Folge und Ergänzung der den Zivilprozeß beherrschenden Verhandlungsmaxime. Wenn das Gericht von Anfang an nur auf Anrufen einer Partei tätig werden — und die Partei ihren anfänglichen Antrag jederzeit beschränken — darf, so ist es nicht mehr als folgerichtig, daß die Partei auch befugt sein muß, von ihrem ursprünglichen Begehren ganz abzusehen, die Klage, das Rechtsmittel oder den Einspruch ganz fallen zu lassen. — Auf den Widerspruch treffen diese Erwägungen nicht zu. Seinem Inhalte nach ist der Widerspruch überhaupt kein Antrag, sondern nur eine prozessuale Erklärung, die besagt, daß Einwendungen gegen den geltend gemachten Anspruch erhoben werden. — Sein Zweck erschöpft sich in der Entkräftung des Zahlungsbefehls. Mit seiner Erhebung ist der Widerspruch verbraucht. — Der Zahlungsbefehl kann infolge der Rücknahme des Widerspruchs nicht wiederaufleben. Eine derartige Folge findet in der Prozeßordnung keine Analogie. Der Einspruch versetzt den Prozeß zurück, läßt aber das Versäumnisurteil unberührt. — Wenn der Zahlungsbefehl infolge der Rücknahme des Widerspruchs wiederaufleben könnte, so müßte der zurückgenommene Widerspruch als nicht erhoben gelten. Der Schuldner könnte dann den Widerspruch von neuem erheben und wieder zurücknehmen und dieses Spiel so lange fortsetzen, bis der Vollstreckungsbefehl erteilt ist. ➼ Diese mit einer abstrakten Möglichkeit rechnende Folgerung fällt fort, wenn die Bestimmungen der §§ 515 Abs. 3, 346, 566 über die Rücknahme von Rechtsbehelfen entsprechend angewendet werden, was an sich zulässig und geboten ist. ←

3. Für die Zulässigkeit der Rücknahme des erhobenen Widerspruchs Jörissen, DRZ. 16, 51. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Rücknahme des Widerspruchs in bezug auf Wirkung und Rechtskraft des Zahlungsbefehls anders beurteilt werden sollte wie die Rücknahme der Berufung in bezug auf das Urteil.

§ 697.

Umfang der Bindung des Verweisungsbeschlusses. Jena 5. 2. 14, ThürBl. 62, 290. Nachdem das AG. unterlassen hat, über die Einrede der örtlichen Zuständigkeit eine Entscheidung zu treffen, ist der Beschluß, worin es seine sachliche Unzuständigkeit ausgesprochen hat, nur in bezug auf die sachliche Zuständigkeit für das LG. bindend geworden. — Das LG. war daher verpflichtet, nachdem vor ihm in der mündlichen Verhandlung die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit wiederholt worden war, über diese zu entscheiden. Kam es zu dem Ergebnisse, daß die Einrede begründet war, dann mußte es die Klage abweisen, da ihm die Befugnis, den Rechtsstreit an ein anderes LG. zu verweisen, gesetzlich nicht zustand.

§ 698.

Zur Auslegung des § 37 Nr. 3 GKG. Posen 30. 1. 14, OLG. 33, 177.

§ 699.

Berichtigung des Vollstreckungsbefehls. KG. 17. 5. 16, KGBl. 16, 51. Unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses wurde der Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl dahin berichtigt, daß der Antragsgegner nicht eine Firma, sondern der Kaufmann N. N. war. Es handelte sich um die zweifelsfreie Identität zwischen derjenigen Person, gegen die der Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl gewollt und der auch zugestellt ist, einerseits, und derjenigen Person, auf deren Namen Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl nach der Berichtigung lauten werden, andererseits. In solchen Fällen kann eine Berichtigung keinem Bedenken unterworfen sein, wobei es belanglos ist, daß der Fehlgriff in der Personenbezeichnung nicht erst beim Gerichte, sondern bereits bei der antragstellenden Partei vorgekommen ist.

§ 701.

Für die Beseitigung des § 701 Levin 18.

Achtes Buch. Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

Schrifttum: Bab, Pfändungsbeschlüsse gegen Militärpersonen, JW. 16, 1102. — Becker, Vollstreckungsklausel gegen den Ehemann in Ansehung des eingebrachten Gutes bei dinglicher Unterwerfungsklausel gegen die Ehefrau (§ 800 ZPO.), JW. 16, 1444. — Bendix, Schutz des Konkursverwalters gegen die Abführung des Versteigerungserlöses an Pfändungspfandgläubiger nach Konkursausbruch, SächsRpflA. 16, 338. — Clausen, Bedarf es bei Vollziehung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung gegen eine aktive Militärperson mit Rücksicht auf § 929 Abs. 3 ZPO. der Anzeige aus § 752 ZPO.? JW. 16, 1459. — Erbe, Beachtung der Rechte Dritter durch den Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung, DJZ. 16, 411. — Kaufmann, Kriegführende Staaten als Schuldner und Gläubiger feindlicher Staatsangehöriger, 1915. — Lehmann, Die Kriegsbeschlagnahme. 1916. — Lichtblau, Die Exekution gegen Militärpersonen nach der Kaiserlichen Verordnung v. 29. 7. 14, AÖstGZ. 16, 310. — Neumann, Vollmacht und Zwangsvollstreckungsinstanz, JW. 16, 658. — Niedhammer, Glaubhaftmachung bei Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung, BayRpflZ. 16, 150. — Predotti, Die Zustellung von Akten und Mitteilungen im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren an in Deutschland wohnhafte Personen, R. 16, 105. — R., Genügt die Zustellung einer Abschrift der vorläufigen Bescheinigung des Verwalters der Hinterlegungsstelle über den Empfang der Hinterlegungssumme? WürttZ. 58, 255. — Riesenfeld, Die Erbenhaftung nach dem BGB. 1916. — Sperl, Die Zwangsvollstreckung in bürgerlichen Rechtssachen zwischen Österreich und Ungarn. 1915 (vgl. dazu Pollack, GrünhutsZ. 42, 395). — Thiesing, Die Vollstreckbarkeit deutscher Urteile im Besetzungsgebiete, JW. 16, 364. — Wedemeyer, Zwangsvollstreckung eines auf Leistung gegen Gegenleistung lautenden Urteils, RheinZ. 8, 284.

Vorbemerkungen.

1. Über die vollstreckungsrechtliche Bedeutung des Haftungsbegriffs. Oertmann, JheringsJ. 66, 166. Es ist zur Erklärung des modernen Vollstreckungsrechts unerläßlich, von der Aufgabe des Vermögens als des naturgemäßen Befriedigungsfonds für den Gläubiger des Vermögensträgers auszugehen. Gewiß muß dieser Vollstreckungs-

haftung eine privatrechtliche Grundlage zukommen. Aber ob diese Grundlage selbst wieder ein eigenes, vom obligatorischen Forderungsrecht oder dinglichen Verwertungsrechte verschiedenes besonderes Haftungsrecht darstelle, ist — nach dem heutigen Stande der Forschung — noch eine offene Frage (168, 169). — Über den Gegenstand der Haftung vgl. 170, 171, und darüber, daß in keinem Falle von einer „relativen Rechtszuständigkeit" geredet werden kann, 172, 173. — Vgl. JDR. 14 § 704, 1.

2. Über Zwangsvollstreckung gegen inländische Sachen des fremden Staates. Kaufmann 10. Urteile der ordentlichen Gerichte gegen feindliche Staaten in vermögensrechtlichen Privatrechtsstreitigkeiten wären nach Völkerrecht im Verhältnisse zu dem davon betroffenen feindlichen Staate keine Akte der Rechtsprechung. Viel eher kann die Zwangsvollstreckung gegen inländische Sachen des fremden Staates, obwohl diese im Frieden völkerrechtlich unzulässig ist, während des Krieges nach Kriegsvölkerrecht im Verhältnisse zum feindlichen Staate zulässig erscheinen. — Keinesfalls ist anzunehmen daß das Völkerkriegsrecht unmittelbar selbst die inländischen Sachen des feindlichen Staates der Zwangsvollstreckung unterwirft, sondern höchstens, daß es dem inländischen kriegführenden Staate die Freiheit läßt, dies seinerseits anzuordnen. Das gewöhnliche inländische staatliche Gesetz über Zwangsvollstreckung (ZPO. usw.) aber erstreckt sich auf diese Sachen nicht, da es sich auf dieselben nach dem im regulären Friedenszustande geltenden Völkerrechte gar nicht erstrecken kann. Daher müßte im Kriegsfalle diese Erstreckung durch ein besonderes Gesetz des kriegführenden Staates angeordnet werden. Erst dann würden Behörden des Staates befugt sein, auf Antrag von Privaten für dieselben Zwangsvollstreckungsakte in jene Sachen vorzunehmen.

§ 704.

Cassel 14. 5. 14, JDR. 13, 2 (über die Zulässigkeit eines vorläufig vollstreckbaren Urteils gegen den Fiskus), ausführlich jetzt auch BuschsZ. 46, 213.

§ 706.

LG. Naumburg 6. 5. 16, NaumburgAK. 16, 40. Das nach § 706 Abs. 2 erforderliche Notfristzeugnis kommt nur dann in Frage, wenn die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses davon abhängt, daß gegen das Urteil ein Rechtsmittel nicht eingelegt ist. Abgesehen von den Fällen der §§ 238 Abs. 2, 345 ZPO., in denen die Berufung gegeben ist, darf daher der Gerichtsschreiber bei einem Versäumnisurteile die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses nicht von der Beibringung eines Notfristzeugnisses abhängig machen. Der Gerichtsschreiber hat auch die Frage, ob die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses von der Erteilung eines Notfristzeugnisses abhängt, selbständig zu prüfen.

§ 708.

Nr. 5. BayObLG. 1. 10. 15, R. 16 Nr. 292. Wenn das Gericht sich für die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung nur unter der Bedingung ausspricht, daß der Gläubiger dem Schuldner Sicherheit leistet, so ist Nr. 5 anzuwenden, da eine solche Entscheidung eine teilweise Aufhebung der einstweiligen Verfügung enthält. (Im gegebenen Falle war die einstweilige Verfügung bereits durch Eintragung in das Grundbuch vollzogen, das Urteil war gemäß § 710 für vorläufig vollstreckbar erklärt worden, diese Vollstreckbarkeitserklärung hatte Bedeutung nur für die Entscheidung im Kostenpunkte.)

§ 713.

Ergänzung des Urteils bei Übergehung eines nach § 713 Abs. 2 gestellten Antrags. Dresden 24. 6. 13, OLG. 33, 89, SächsOLG. 37, 50, bejaht die Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung des § 716. Das Gesetz erkennt durch § 716 an, daß auf diesem Gebiete liegende rein prozessuale Ansprüche Anlaß zur Anwendung des § 321 geben können. Vgl. JDR. 12 u. 13.

§ 717.

1. Bedeutung der vorläufigen Vollstreckung. Karlsruhe 17. 11. 15, BadRpr. 16, 131. Die Tatsache, daß die Klägerin den ihr zustehenden Betrag bereits im Wege der

Zwangsvollstreckung eingezogen hat, stand der Verurteilung des Beklagten zu dessen Zahlung nicht entgegen, weil die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Wegnahme und Ablieferung des Geldes das endgültige Erlöschen des Rechtsverhältnisses erst mit der Rechtskraft des Urteils zur Folge hat.

2. Abs. 3. a) **RG.** 20. 5. 16, R. 16 Nr. 1770, ermäßigt den Zinsfuß von 5 auf 4 v. H., da in Ansehung der Forderung aus § 717 Abs. 3 ein beiderseitiges Handelsgeschäft nicht vorliegt.

b) **RG.** 22. 10. 15; 87, 188, R. 16 Nr. 102, über die Frage, ob gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 BRVO. v. 7. 8. 14 Unterbrechung des Verfahrens eintritt, wenn der inländische Beklagte, nachdem er zur Abwendung der Zwangsvollstreckung an den ausländischen Kläger Zahlung geleistet hat, mit der Berufung Rückzahlung fordert. (Wird verneint.)

§ 719.

Fuchs, JW. 16, 1229, tritt gegen Stein (Anm. IV zu § 707) u. **RG.** 42, 361 für eine entsprechende Anwendung der §§ 707, 719 auf einstweilige Verfügungen ein, die Zweck und Geist der Bestimmungen verlangten. Durch die Versagung der Einstellung werde der Widerspruch zwecklos.

§ 722.

Zur Eintragung eines Randvermerkes in das Standesregister über die durch ein ausländisches Urteil ausgesprochene Ehescheidung bedarf es nicht des vorherigen Erlasses eines Vollstreckungsurteils. **RG.** 18. 5. 16; 88, 244, LeipzZ. 16, 1122, RJA. 15, 9. Wenn § 722 bestimmt, daß aus dem Urteil eines ausländischen Gerichts die Zwangsvollstreckung nur dann stattfindet, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen ist, so ist damit klargestellt, daß letzteres nur erforderlich sein soll, wenn aus dem Urteil eine Zwangsvollstreckung im engeren Sinne vorgenommen werden soll, nicht aber, wenn auf Grund des rechtskräftgen ausländischen Urteils sonstige staatliche Handlungen, die einen Zwang gegen den Schuldner nicht enthalten, z. B. Eintragungen in öffentliche Register, zu vollziehen sind. Daraus ergibt sich, daß der Standesbeamte, wenn ihm ein ausländisches Scheidungsurteil vorgelegt wird, selbständig zu prüfen hat, nicht nur, ob das Urteil nach ausländischem Rechte rechtskräftig ist, sondern auch, ob es den Erfordernissen des § 328 ZPO. oder des Art. 7 Haager Ehescheidungsabkommens, soweit dieses zur Anwendung kommt, entspricht. — Vgl. aber die früher zum Teil abweichende Rechtsprechung **RG.** 8, 385; 9, 368; 36, 381.

§ 723.

1. Thiesing, Die Vollstreckbarkeit deutscher Urteile im Besetzungsgebiete, JW. 16, 364. Da nach der Verordnung v. 19. 1. 16 (VOBl. Nr. 19) die deutschen Urteile im Bezirke des Generalgouvernements Warschau ohne weiteres vollstreckt werden können, so ist die Gegenseitigkeit in vollem Umfange rechtlich und tatsächlich verbürgt und das bisher aus § 723 Abs. 2, § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. zu entnehmende Hindernis für die Erwirkung eines Vollstreckungsurteils beseitigt. Dies dürfte auch nicht auf die von den Kaiserlich Deutschen Gerichten gefällten Urteile zu beschränken sein, sondern auch für die Entscheidungen gelten, die vor der deutschen Besetzung von den russischen Gerichten des von dem Generalgouvernement Warschau umfaßten Gebiets erlassen worden sind.

2. Vgl. AVf. v. 7. 2. 16 (VOBl. Nr. 19, 4 (betr. die Zwangsvollstreckung aus deutschen vollstreckbaren Schuldtiteln im Gebiete des Generalgouvernements Warschau, JW. 16, 313 und 475.

§ 726.

1. Nachweis der Kündigung einer Hypothek und der Vollmacht des Kündigenden durch öffentliche Urkunden. LG. München I 15. 6. 16, BayNotZ. 53, 276. Daraus, daß die Kündigung selbst und die Bevollmächtigung des sie erklärenden Vertreters des Gläubigers nicht in öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden zu geschehen haben,

sondern daß diese beiden Tatsachen nur in dieser Form dem Notar nachgewiesen werden müssen, folgt, daß es genügt, wenn erst nachträglich, also nach erfolgter Kündigung, diese selbst oder die Vollmacht öffentlich beglaubigt werden. (Kein Widerspruch zu BayObLG. 13. 7. 14, FDR. 13 u. 14, zu § 795, wo weder die Vollmachtsurkunde des kündigenden Rechtsanwalts noch die Kündigungserklärung in öffentlicher Form vollzogen und auch später bei dem Antrag auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht öffentlich beglaubigt war.)

2. Zug-um-Zug-Leistung. München 23. 6. 16, OLG. 33, 90. Zug-um-Zug-Leistung im Sinne des Abs. 2 liegt auch dann vor, wenn der Beklagte gegen Rückverbriefung, d. h. Rückübertragung einer Villa, zur Zahlung von 30 000 M. verurteilt ist. Der Begriff der Leistung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie eine Mitwirkung der Gegenpartei erfordert und selbst wieder ausschließlich oder zum Teil, wie bei der Einigung nach §§ 873, 925 BGB., in einem Vertrage besteht.

3. Verhältnis des Grundstückseigentümers, der Ersatz für Bergschäden verlangt, zum Hypothekengläubiger. Düsseldorf 19. 11. 15, LeipzZ. 16, 632. Wenn dem Eigentümer eines hypothekarisch belasteten Grundstücks Ersatz wegen Bergschadens zu leisten ist, finden nach Art. 37 Nr. XI PrAGBGB., Artt. 67 Abs. 2, 52 und 53 EGBGB. die Vorschriften des § 1128 BGB. entsprechende Anwendung. Die Stellung der Hypothekengläubiger zur Geltendmachung der Entschädigung ist im Rechtsstreit aufzuklären. Ist trotzdem die rechtskräftige Verurteilung an die Voraussetzungen des § 1128 BGB. geknüpft, so liegt ein Fall des § 726 vor.

§ 727.

1. Abtretung durch den bezahlten Indossatar. Bamberg 14. 12. 15, LeipzZ. 16, 835. Die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Indossanten, der den Wechsel auf Grund Urteils an den Nachmann bezahlt und unter Abtretung der Wechselforderung ausgehändigt erhalten hat, ist unzulässig. Der bezahlte Indossatar hat keine Wechselforderung mehr und kann eine solche nicht mehr abtreten. Will der einlösende Wechselschuldner seinerseits den Rückgriff nehmen, so kann er nur sein ursprüngliches Recht als Remittent und Indossatar verfolgen.

2. Rechtsnachfolge in eine Hypothek mit Löschungsvormerkung. **RG.** 11. 12. 15, BayRpflZ. 16, 68, GruchotsBeitr. 60, 504, R. 16 Nr. 517, 518. Gegen X., der eine eingetragene Hypothek erworben und an Y. weiter abgetreten hatte, war auf Antrag des Eigentümers Z. durch Urteil im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Z. auf Löschung der Hypothek angeordnet worden. Y., gegen den die Vollstreckungsklausel eingeschrieben worden, klagte gegen Z. auf Einwilligung in die Löschung der Vormerkung. — Faßt man als den durch das rechtskräftige Urteil betroffenen Anspruch, in den die Rechtsnachfolge eingetreten sein muß, den Anspruch des Beklagten gegen X. auf Löschung der Hypothek ins Auge, zu dessen Sicherung die in dem Urteil angeordnete einstweilige Verfügung erlassen ist, so ist zur Feststellung einer Rechtsnachfolge des Klägers in diesen aus einer unerlaubten Handlung (§ 826 BGB.) hergeleiteten Anspruch auf der dann allein in Betracht kommenden Schuldnerseite überhaupt nicht zu gelangen. Eine Gesamtrechtsnachfolge kommt nicht in Frage und ebensowenig eine Schuldübernahme. Allein die Sache und Rechtslage nötigt nicht, bei diesem wenig befriedigenden Ergebnis stehenzubleiben. Sie gestattet insbesondere, den Anspruch des X. aus der Hypothek als den Anspruch anzusehen, in den die, die Erteilung der Vollstreckungsklausel rechtfertigende Rechtsnachfolge eingetreten sein muß, und es für ausreichend zu erachten, daß der Kläger durch die Abtretung der Hypothek an ihn Rechtsnachfolger auf der Gläubigerseite geworden ist. — Vgl. zu § 325 ZPO.

3. Zur Frage, ob die Vollstreckungsklausel vom Gemeinschuldner auf den Konkursverwalter oder umgekehrt nach Beendigung des Konkurses vom Konkursverwalter auf den Gemeinschuldner umgeschrieben werden kann oder muß, vgl. Breit, JW. 16, 1082, der die Umschreibung jedenfalls für praktisch und unschäd-

lich und den Streit über die rechtliche Stellung des Gemeinschuldners insoweit für bedeutungslos hält.

4. Karlsruhe 6. 5. 15, FDR. 14, 2 b, jetzt auch OLG. 33, 91.

§ 731.

1. Zulässigkeit einer neuen Klage trotz der Möglichkeit, nach § 731 ZPO. zu klagen. 1. **RG.** 26. 5. 16; 88, 267, JW. 16, 1125, LeipzZ. 16, 1546. Um die nach Maßgabe des § 325 begründete Geltung der Rechtskraft eines Urteils gegen den Rechtsnachfolger der verurteilten Partei zur Verwirklichung zu bringen, sind der obsiegenden Partei die beiden im § 727 und § 731 ZPO. bezeichneten Wege eröffnet. Dagegen fehlt es in der Regel für eine auf Grund des ursprünglichen Tatbestandes zu erhebende neue Klage an dem Rechtsschutzinteresse. (Daher im gegebenen Falle die Eigentumsklage abgewiesen und hervorgehoben, durch die Art des Vorgehens der Klägerin werde das beachtliche Interesse der Beklagten nachteilig berührt. Dies folge schon daraus, daß durch das Verfahren im ordentlichen Prozesse höhere Gebührensätze als im Verfahren nach § 731 entständen. Außerdem würde der Beklagten, wenn Klägerin im Rechtsstreite obsiegte, die Gefahr drohen, daß zwei Schuldtitel zu Vollstreckungsangriffen wider sie benutzt werden könnten.) Ebenso Dresden 5. 1. 16, DJZ. 16, 1177, OLG. 33, 66. Anders:

2. Hamburg 17. 3. 16, OLG. 33, 89, R. 16 Nr. 1160. Kann der Kläger den Beweis des Annahmeverzugs hinsichtlich seiner Vorleistung nicht durch öffentliche Urkunden führen, so steht der Klage auf Zahlung der Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses nicht entgegen. Ob der Kläger seinen Anspruch auf dem Wege der Klage aus § 731 oder der ordentlichen Klage nach § 253 durchsetzt, macht keinen so wesentlichen Unterschied, daß man die eine Klage, weil auch der andere Weg möglich ist, abzuweisen hätte.

§ 732.

1. Die zulässigen Einwendungen. Königsberg 1. 9. 15, LeipzZ. 16, 706, schließt sich (unter Hinweis auf § 768 und die Motive) der herrschenden Rechtslehre und Rechtsprechung (gegen Sydow-Busch und Stein) an, wonach die Prüfung der Zulässigkeit der Vollstreckung sich auch auf materielle Einwendungen zu erstrecken hat. (Im gegebenen Falle darauf, daß trotz des Inhalts der Urkunde eine Rechtsnachfolge nicht eingetreten sei.)

2. Vollstreckung gegen die Ehefrau eines Kriegsteilnehmers. Karlsruhe 29. 9. 15, BadRpr. 16, 21. Die Ehefrau eines Kriegsteilnehmers, demgegenüber der Rechtsstreit unterbrochen war, war ihrerseits zur Räumung der gemeinsam gemieteten Wohnung verurteilt worden. Ihr Antrag, die Vollstreckungsklausel nach § 732 für unzulässig zu erklären, wurde in allen Rechtszügen zurückgewiesen. — Ob eine bestimmte Vollstreckungshandlung, also hier die zwangsweise Wohnungsräumung, zulässig ist, hat der um die Erteilung der Vollstreckungsklausel angegangene Gerichtsschreiber nicht weiter zu prüfen. — Deswegen hat die Vf. des PrJM. v. 26. 9. 14 nicht etwa den Gerichtsschreiber angewiesen, die Vollstreckungsklausel abzulehnen, sondern den Gerichtsvollzieher, unter Vorbehalt der Entscheidung des Vollstreckungsgerichts die zwangsweise Entfernung von Frauen aus Wohnungen, die sie gemeinsam mit ihrem im Felde befindlichen Ehemanne gemietet haben, abzulehnen. Der Einwand der Beklagten hätte als materiellrechtliche Einrede gegenüber der Klage erhoben werden müssen oder gemäß § 766 beim Vollstreckungsgerichte. — Vgl. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 1, 68 ff., 119; 2, 28.

§ 735.

Umschreibung auf den Namen der Mitglieder? Bethke, PosMSchr. 16, 73. Der nicht gegen den eingetragenen Verein lautende Titel stellt auch die Zahlungspflicht aller Mitglieder fest, nicht bloß die des Vereins als solchen. Die Fälle der Zulässigkeit der Umschreibung sind in §§ 726—729 nicht erschöpfend geregelt. Es ist statthaft, den § 727 sinngemäß anzuwenden und so eine Umschreibung auf den Namen eines Einzelmitglieds zu ermöglichen. ➻ Anders die gesamte Rechtslehre und Rechtsprechung. ⟵

§ 739.

1. Duldungsklage gegen den Ehemann, wenn die Ehegatten in Gütertrennung leben (vgl. JDR. 13, 3b), für unzulässig erklärt a) von Dresden 17. 5. 15, Sächs. OLG. 37, 52; mangels Rechtsschutzinteresses, ohne daß entschieden wird, ob die Klage dann statthaft ist, wenn die Zwangsvollstreckung in der Frau gehörige, in der Ehewohnung befindliche bewegliche Sachen erfolgen soll, da der Mann als Haushaltungsvorstand den Gewahrsam daran hat und deshalb als Dritter im Sinne des § 809 die Pfändung nicht ohne weiteres vornehmen zu lassen braucht (OLG. 15, 160; JW. 15, 269. — Vgl. hierzu Levison, JW. 15, 269, JDR. 14, 1).

b) Posen 20. 10. 14, OLG. 33, 93. Der Möglichkeit der Veränderung des Güterrechtsverhältnisses kann durch einen im Gesetze nicht begründeten Anspruch auf Duldung nicht Rechnung getragen werden.

2. Errungenschaftsgemeinschaft. LG. Aschaffenburg 4. 10. 15, BayNotZ. 53, 431, über Zwangsvollstreckung in das vom verstorbenen Elternteil errungenschaftlich erworbene, auf die Kinder im Erbwege übergegangene Vermögen, in Ansehung dessen der überlebende Elternteil die Errungenschaft nach Mainzer Landrecht fortsetzt (Art. 88 ÜbG.).

3. Zur Frage, ob die Ehefrau in den Fällen, wo kein vollstreckbarer Titel gegen den Ehemann vorliegt, den Offenbarungseid nur über ihr Vorbehaltsgut oder über ihr ganzes Vermögen, einschließlich des eingebrachten Gutes, zu leisten hat, vgl. die Zusammenstellung von Czarnikow, NaumburgAK. 16, 58.

§ 740.

Frankfurt 22. 2. 16, FrankfRundsch. 50, 23. Dem Antrage des Klägers, die Beklagte zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung wegen des ganzen Betrags der Schuld in die „von ihr und ihrem Ehemann erworbenen Vermögensstücke" zu dulden, kann nicht stattgegeben werden. Zunächst entbehrt dieser Antrag der nach § 253 Abs. 2 Ziff. 2 erforderlichen Bestimmtheit. Sofern mit ihm gemeint ist, daß der Beklagte zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut verurteilt werden soll, ist die Klage auch überflüssig. Denn nach § 740 ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut ein gegen den Ehemann ergangenes Urteil erforderlich und genügend.

§ 750.

1. Vollstreckung aus § 85 KO. Karlsruhe 30. 8. 15, BadRpr. 16, 20, bejaht die Frage, ob der Beschluß nach § 85 KO. (der die Gebühren und Auslagen des Konkursverwalters festsetzt) ein sofort zur Vollstreckung geeigneter Schuldtitel sei (was RG. 61, 261 dahingestellt sein läßt), auf Grund der §§ 73 Abs. 3, 72 KO. in Verb. mit § 794 Ziff. 3 ZPO., billigt aber im gegebenen Falle die Zurückweisung der Beschwerde, weil weder aus dem Festsetzungsbeschlusse noch der Vollstreckungsklausel sich ein bestimmter Schuldner ergebe (§ 750). Diese strenge Auslegung ist um so mehr nötig, als in Lehre und Rechtsprechung sehr bestritten ist, ob dem Konkursverwalter, wenn er für seine Gebühren und Auslagen nicht befriedigt ist, überhaupt ein Ersatzanspruch gegen den (ehemaligen) Gemeinschuldner zusteht.

2. Zwingende Natur der Vorschrift. Verzicht. a) LG. Würzburg 26. 7. 15, BayNotZ. 53, 352. Eine Verletzung der Vorschrift des § 750 (im gegebenen Falle Mangel der Zustellung an den Ehemann im gesetzlichen Güterstande) hat die absolute Nichtigkeit der Vollstreckung zur Folge und ist auch durch nachträgliche Zustellung nicht heilbar, weder in der Richtung gegen den Schuldner noch gegen Dritte (**RG.** 83, 341, JW. 88, 424, BayObLG. 22, 40).

b) LG. Duisburg 7. 6. 15, FürsorgeZ. 16, 173. Da die Zustellung des Schuldtitels lediglich zur Wahrung der Interessen des Schuldners angeordnet ist, so ist ein Verzicht des Schuldners auf seine Zustellung als zulässig zu erachten. (Betraf die Zustellung der Urkunde über die Anerkennung der Vaterschaft nach § 1718 BGB.)

§ 751.

1. Abs. 1. Dresden 27. 11. 15, DJZ. 16, 1000, OLG. 33, 94, SächsOLG. 37, 88, verneint unter Hinweis auf § 751 die Zulässigkeit der Pfändung zugunsten noch nicht fälliger

Unterhaltsbeiträge. Daß für die künftige Forderung durch Vertrag ein Pfandrecht bestellt werden kann, gestattet nicht ohne weiteres den Schluß auf die Zulässigkeit der Begründung eines solchen Rechtes im Wege der Zwangsvollstreckung. § 804 stellt das Pfändungspfandrecht nur in Ansehung der Wirkungen, nicht aber zugleich der Voraussetzungen dem Vertragspfandrechte gleich (RG. 26, 104).

2. Abs. 2. R., Genügt die Zustellung einer Abschrift der vorläufigen Bescheinigung des Verwalters der Hinterlegungsstelle (württ. Recht)? WürttZ. 58, 255. Nach Art. 143 ff. WürttAGBGB. ist das Hinterlegungsverfahren scharf in zwei Abschnitte getrennt, in den des Antrags auf Annahme des zu hinterlegenden Gegenstandes und in den der Entscheidung über diesen Antrag, im Falle der Bewilligung des Antrags in der Annahme. — Erst an den Beschluß auf Annahme knüpfen sich die Wirkungen der Hinterlegung. Die Annahmeverfügung wird bewiesen erst durch den nach Artt. 150 Abs. 3 a. a. O. auszustellenden Hinterlegungsschein. Die vorläufige Quittung des Verwalters der Hinterlegungskasse ist zu erteilen, wenn die Verfügung über die Annahme nicht sofort bei der Übergabe des zu hinterlegenden Gegenstandes oder, falls er durch die Post eingegangen ist, nicht spätestens am folgenden Tage nach dem Eingange tunlich ist. Sie beweist also nicht die erfolgte Hinterlegung, sondern nur die Übergabe zum Zwecke der Hinterlegung. (Anders die ständige Praxis des LG. Ulm.)

§ 752.

1. Bab 1102 bespricht die in Frage kommenden Einzelfragen und gibt eine Übersicht über die militärischen Stellen, denen der Pfändungsbeschluß zuzustellen ist (ZBl. 80, 482 ff., JMBl. 14, 160 ff.)

2. Inwieweit ist die Vorschrift zwingend? a) Für Unzulässigkeit der Pfändung ohne vorherige Benachrichtigung auch LG. I Berlin 2. 12. 15, R. 16, 150 und Nr. 372.

b) AG. Brieg, BreslauAK. 16, 33. Voraussetzung für den Beginn der Zwangsvollstreckung ist lediglich die Anzeige aus § 752 Abs. 1, nicht auch die Vorlegung der im Abs. 2 daselbst erwähnten Bescheinigung. (Die Anzeige, daß der Schuldner zurzeit bei der Kompagnie sich nicht befinde, für ausreichend erachtet, da sie nur besage, daß der Schuldner zurzeit vom Truppenteil abwesend sei, nicht aber, daß er die Zugehörigkeit zu diesem Truppenteile verloren habe.)

c) LG. Posen 7. 12. 15, JW. 16, 214. Eine Ausnahme von § 752, der nicht dem wirtschaftlichen Interesse des Schuldners dienen soll, sondern nur aus militärischem Interesse gegeben worden ist, für den Fall, daß die Militärperson einen Generalbevollmächtigten hat, ist nicht anzuerkennen. Vgl. hierzu JDR. 14, 2 und Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 2, 31.

d) Gegen die Ansicht, daß die Vorschrift im weitesten Sinne zwingend und auch anzuwenden ist, wenn dem Kriegsteilnehmer vom Prozeßgericht ein Vertreter bestellt ist, GesuR. 17, 237. Der § 752 hat einen verständigen Zweck für die Friedenszeit, aber nicht für die Kriegszeit, in der die vorgesetzte Militärbehörde des Schuldners viele hundert Meilen vom Schauplatze der Zwangsvollstreckung entfernt ist.

3. Bedarf es bei Vollziehung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung der Anzeige aus § 752? Clausen 1459. Die Frage fällt mit der neuerdings viel erörterten Meinungsverschiedenheit, ob § 752 nur eine Ordnungs- oder eine Mußvorschrift enthält, nicht zusammen. Der ganze Gang der Rechtsentwicklung spricht dafür, daß § 929 Abs. 3 auch eine Ausnahme für § 752 schafft. (Wird näher ausgeführt.) Das Bestehen beider Gesetzesbestimmungen nebeneinander ist überhaupt nicht möglich. § 929 Abs. 3 bedeutet: „Die vorherige Zustellung des Arrestes an die Militärperson ist nicht erforderlich, damit diese von dem beabsichtigten Arrestvollzuge vorher keine Kenntnis erhält und nicht durch Gegenmaßregeln den Vollzug vereiteln kann." § 752 würde zugleich sagen: „Die Militärbehörde soll aber vorher Kenntnis erhalten, damit sie in der Lage ist, die im militärischen Interesse liegenden Gegenmaßregeln zu treffen." Hier liegt ein vollkommener Widerstreit zweier Gesetzesbestimmungen in Absicht und Bedeutung vor. Deshalb ist nur

der Schluß möglich, daß eine der beiden Bestimmungen weichen muß. Das kann aber nur der § 752 sein, weil § 929 Abs. 3 das später geschaffene Gesetz ist und weil mit vollem Nachdrucke das berechtigte Interesse des Gläubigers an Arrestermöglichung und Arrestsicherung zur Geltung gebracht ist, ohne daß gesagt wäre, dies beziehe sich nicht auf Militärpersonen.

§ 753.

Zu den Amtspflichten des Gerichtsvollziehers. 1. **RG.** 28. 1. 16, JW. 16, 739. (Ein Gerichtsvollzieher war bei der Erteilung des Auftrags zur Zwangsvollstreckung auf den angeblich in seinen Händen befindlichen Schuldtitel verwiesen worden, der tatsächlich vom Vollstreckungsgericht eingefordert und an die Gläubigerin ausgehändigt worden war. Er ließ den Auftrag unerledigt, ohne der Klägerin oder ihrem Anwalte davon Kenntnis zu geben.) Der mit der Zwangsvollstreckung beauftragte Gerichtsvollzieher hat zu prüfen, ob die Voraussetzungen seiner amtlichen Tätigkeit vorliegen, und ist je nach dem Ergebnisse dieser Prüfung kraft seines Amtes dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, den Vollstreckungsauftrag auszuführen oder die entgegenstehenden Hindernisse mitzuteilen. Zur Pfändung wegen der hier fraglichen Wechselforderung bedurfte der Gerichtsvollzieher wie bei jeder Zwangsvollstreckung der vollstreckbaren Ausfertigung des Schuldtitels und — auch des Wechsels. Lagen also diese Urkunden dem Auftragschreiben nicht bei und waren sie dem Gerichtsvollzieher auch nicht ohne weiteres zugänglich, so mußte er den Auftraggeber unverzüglich benachrichtigen. Diese Verpflichtung ergibt sich aus der dem Gerichtsvollzieher zugewiesenen Aufgabe (§§ 750, 753 ZPO.) von selbst und bedarf nicht erst der Begründung durch die Dienstvorschriften, insbesondere die Geschäftsanweisung vom 1. 12. 99. § 47 Nr. 9 GeschAnw. enthält nur eine Bestätigung jener Amtspflicht.

2. Fürsorgepflicht des Gerichtsvollziehers zum Zwecke der Wahrung der Rechte Dritter. **RG.** 19. 11. 15; 87, 294, JW. 16, 191, LeipzZ. 16, 545, R. 16, 44 u. Nr. 287. Es folgt aus der Stellung und den Aufgaben des Gerichtsvollziehers, daß, wo die Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit ihn nicht zum Eingriff in die Rechte Dritter nötigt, die Achtung und Wahrung dieser Rechte für ihn den Dritten gegenüber zur Amtspflicht wird. Es war also die Amtspflicht des Gerichtsvollziehers gegenüber dem Vermieter (es handelte sich um Pfändung in den Mietsräumen), falls er von dem Bevorstehen einer gerichtlichen Hinterlegungsanordnung Kenntnis erhalten hatte, dafür Sorge zu tragen, daß der in Aussicht stehende Beschluß ihn rechtzeitig erreichte, oder doch eine angemessene, zur Vergewisserung darüber, ob ein Beschluß ergehen würde, ausreichende Frist verstreichen zu lassen, ehe er die Auszahlung an den Gläubiger vornahm. Die Vorschrift des § 72 Abs. 5 PrGeschAnw. f. GV. v. 12. 12. 99/16. 1. 06 (JMBl. 99, 629; 06, 9) verpflichtete den Gerichtsvollzieher nicht ohne weiteres, im unmittelbaren Anschluß an die Versteigerung den Erlös abzuliefern. Hatte er aus anderem Grunde die Pflicht, die Auszahlung hinauszuschieben, so stand § 72 Abs. 5 der Erfüllung dieser Pflicht nicht entgegen.

3. Aus der vorstehenden Entscheidung (zu 2) zieht Bendix, Schutz des Konkursverwalters gegen die Abführung des Versteigerungserlöses an Pfändungspfandgläubiger nach Konkursausbruch, SächsRpflA. 16, 338, weitere Folgerungen: a) Die Pflicht, die Auszahlung hinauszuschieben, trifft den Gerichtsvollzieher schon dann, wenn er diese vorläufige Regelung oder die gerichtliche Hinterlegungsanordnung als nahe bevorstehend erkennen und erwarten muß. In dieser Beziehung muß dem Gerichtsvollzieher die Mitteilung des Konkursverwalters, daß zur Zeit der Pfändung bereits die Zahlungseinstellung des Schuldners vorgelegen und daß deshalb er selbst oder durch einen Prozeßbevollmächtigten die Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragt habe, genügen. Daraus ergibt sich ferner, daß in Gemäßheit des § 839 BGB., § 1 G. v. 1. 8. 09 die Schadensersatzpflicht des Staates eintritt, wenn der Gerichtsvollzieher trotz jenes glaubhaften Hinweises des Konkursverwalters den Erlös an den Gläubiger sofort auszahlt und der bald hernach ergehende Einstellungsbeschluß dadurch gegenstandslos wird. b) Der Konkursverwalter seinerseits ist, sobald er nach Konkursausbruch von dem auf Grund anfechtbarer Pfändungen anberaumten Versteigerungstermine

Kenntnis erlangt, verpflichtet, nicht bloß das gerichtliche Einschreiten ungesäumt zu beantragen, sondern auch den Gerichtsvollzieher von der Sachlage und seinem Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung sofort zu unterrichten. Versäumt er diese Benachrichtigung, so kann er sich nach § 82 KO. verantwortlich machen.

§ 756.

Vertragsmäßige Gegenleistung. Wedemeyer 284. Die Verurteilung des Beklagten zur Leistung gegen eine vom Kläger an den Beklagten zu erbringende Gegenleistung bedeutet dann noch keine endgültige Entscheidung des Rechtsstreits, wenn das Urteil es zweifelhaft läßt, ob die vom Kläger vorbereitete Gegenleistung vertragsmäßig ist. Ein solches Prozeßergebnis gefährdet beide Parteien insofern, als die Beurteilung der Gegenleistung dem Gerichtsvollzieher zugeschoben wird. Dessen Entscheidung wird zwar auf Erinnerungen einer Vollstreckungspartei durch das Vollstreckungsgericht nachgeprüft, doch kann diese Nachprüfung den regelmäßigen Prozeßgang nicht ersetzen. Erweist sich die im Vollstreckungsverfahren angebotene Gegenleistung als unzureichend, so erreicht der verurteilte Schuldner der Hauptleistung erst im Wege der Vollstreckungsgegenklage, also in einem neuen Prozesse, die Entscheidung, die er bei zweckentsprechender Prozeßführung und -leitung schon im ersten Prozesse hätte erreichen können. Die Vergeudung an Zeit und Prozeßkosten, die das gerügte Verfahren mit sich bringt, wird an einem Falle aus der Praxis gezeigt, wo das landgerichtliche Berufungsurteil den Beklagten „Zug um Zug gegen Lieferung eines nach Beseitigung des am Rocke befindlichen Mangels fehlerfreien Anzuges" verurteilt hatte.

§ 764.

Vollmacht im Zwangsvollstreckungsverfahren. Neumann 658. Da der Prozeßrichter im amtsgerichtlichen Verfahren das Vorhandensein der Vollmacht festgestellt haben muß, so kann sich der Vollstreckungsrichter auf die Prüfung des Prozeßrichters verlassen, und es erübrigt sich die Vorlegung der Vollmacht, falls der im Schuldtitel genannte Bevollmächtigte in der Zwangsvollstreckungsinstanz auftritt. Anders im Anwaltsprozeß; aber auch hier kann der Anwalt sich auf die Prozeßakten beziehen, bei denen sich die Vollmacht befindet.

§ 766.

1. Erinnerung, auch wenn die Einwendung als Beschwerde bezeichnet ist. Colmar 27. 5. 15, ElsLothJZ. 16, 264. Das Vollstreckungsgericht hat nach § 766 zu entscheiden, auch wenn die Einwendung bei ihm in der Form der Beschwerde angebracht ist. Vgl. JDR. 14, I 1.

2. Erinnerung oder sofortige Beschwerde? Posen 2. 8. 16, PosMSchr. 16, 104. Nach der in Rechtsprechung und Schrifttum herrschenden Ansicht ist dem Schuldner nur gemäß § 766 die Erinnerung gegeben, wenn er vor der Entscheidung nicht gehört ist. (Betraf die Anordnung der Zwangsversteigerung eines Grundstücks.)

3. Erinnerung nur wegen Verletzung eigener Rechte. a) Rostock 21. 6. 16, MecklZ. 35, 85. Es ist anerkannten Rechtens, daß ein Schuldner die Gültigkeit einer ihm gegenüber erfolgten Pfändung nicht mit der Begründung anfechten kann, daß die gepfändeten Sachen nicht ihm, sondern einem Dritten gehören; nur der Dritte kann mit der Klage des § 771 sich gegen die Pfändung wenden. Somit kann der Schuldner sich auch nicht mit der Erinnerung des § 766 darauf berufen, daß Gegenstände (im gegebenen Falle Forderungen), die als ihm allein zustehende gepfändet sind, zu dem Vermögen einer Gesellschaft gehören, an der er selbst beteiligt ist.

b) Einwendungen des Schuldners, wenn ein Drittschuldner auf Anweisung des Gerichtsvollziehers an diesen statt an den Schuldner zahlt. Jena 18. 1. 15, ThürBl. 63, 219. Entweder waren bestimmte Geldstücke oder sonstige Zahlungsmittel bereits vor der Vollstreckungshandlung des Gerichtsvollziehers von dem Drittschuldner ausgehändigt und dem Schuldner übergeben, etwa auf den Tisch gelegt und ihm, der sie haben wollte, zur Wegnahme überwiesen. Dann hat der Gerichtsvollzieher bewegliche

körperliche Sachen dem Schuldner aus dessen Gewahrsame weggenommen. Oder die Geldstücke blieben im Gewahrsame und Eigentum des Drittschuldners, dann liegt Pfändung fremder Sachen in fremdem Gewahrsame vor, die dem Schuldner keinen Grund gibt, die Aufhebung der Pfändung zu verlangen.

4. Rechtskraft der Entscheidung. **RG.** 8. 10. 15, R. 16 Nr. 285. Der Rechtskraft einer nur im Rahmen des § 766 ergangenen Entscheidung kann nicht die Bedeutung zuerkannt werden, daß eine sogar von Amts wegen zu beachtende Bestimmung des materiellen Rechtes (§ 2214 BGB.) im ordentlichen Prozesse nicht mehr zur Anwendung zu bringen ist (**RG.** 66, 233).

5. Verhältnis zu § 839 BGB. Frankfurt 18. 10. 15, FrankfRundsch. 49, 191. Die Erinnerung aus § 766 ist als gesetzlich geordneter Rechtsbehelf zur Beseitigung oder Berichtigung einer fehlerhaften Amtshandlung zweifellos ein Rechtsmittel im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB. (Betraf das schuldhafte Verfahren eines Liegenschaftsrichters.)

6. Konkursrecht. **RG.** 7. 7. 15, BayRpflZ. 16, 45. Der Streit zwischen dem Konkursverwalter und dem Zwangsverwalter über die Zubehöreigenschaft beweglicher Sachen ist nicht im Wege des § 766 auszutragen. Es handelt sich nicht um die Art und Weise der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 766, sondern um die Feststellung, daß das Recht auf abgesonderte Befriedigung die Gegenstände nicht umfaßt, diese vielmehr gemäß § 3 KO. zur gemeinschaftlichen Befriedigung von Konkursgläubigern dienen.

§ 767.

1. Hamburg 24. 5. 16, HansGZ. 16 Beibl. 227, OLG. 33, 97. Die Klage auf Herausgabe des Vollstreckungstitels nach erfolgter Zahlung fällt nicht unter § 767.

2. Vollstreckungsgegenklage gegenüber Kostenfestsetzungsbeschlüssen. Karlsruhe 12. 3. 15, BadRpr. 16, 52. a) Die Vollstreckungsgegenklage ist auch gegenüber Kostenfestsetzungsbeschlüssen zulässig. Dies trifft auch dann zu, wenn der wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts abgewiesene Kläger gegenüber der durch Kostenfestsetzungsbeschluß festgestellten Kostenforderung des Beklagten seine vom unzuständigen Gericht abgewiesene Klageforderung zur Aufrechnung gestellt hat, um die Kostenforderung zu tilgen. (Es wird ausgeführt, daß die Erwägungen des erkennenden Gerichts in einem ungedruckten Urt. v. 13. 6. 13 auf den vorliegenden Fall nicht zutreffen, die dahin gingen, eine derartige Klage sei nicht zuzulassen, weil es sonst der Kläger in der Hand habe, eine Verhandlung und eine der Rechtskraft zugängliche Entscheidung über seine Forderung nach § 280 ZPO. herbeizuführen, obwohl der Klage die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit entgegenstehe. Im gegebenen Falle hatte der Kläger nämlich die Hauptsache später bei dem zuständigen Gericht eingeklagt.) b) Mag man auch der Meinung sein, der Kostenanspruch der obsiegenden Partei entstehe schon mit dem Beginne des gerichtlichen Verfahrens und nicht erst mit der Erlassung des Urteils, so wird doch dieser Anspruch erst mit der Vollstreckbarkeit des Urteils, das die Kostenpflicht ausspricht, fällig (JW. 01, 423). Vgl. JDR. 14, II A 3.

3. Klage auf Minderung einer durch gerichtlichen Vergleich festgesetzten Unterhaltsrente. KG. 11. 1. 16, DJZ. 16, 245. Die Klage ist im Gerichtsstande des § 767 zu erheben. **RG.** 52, 344 hatte das Bestehen einer Klage aus § 323 ZPO. zur Voraussetzung und verneinte deshalb das Bedürfnis für die Erhebung der Einwendungsklage des § 767. Dagegen steht im Falle des gerichtlichen Vergleichs dem Antragsteller § 323 nicht zur Seite.

4. Geltendmachung der Aufrechnungseinrede im Schiedsverfahren. (Vgl. auch zu § 1042.) **RG.** 29. 9. 16, WarnE. 16, 486. Ständige Rechtsprechung des RG. ist es, daß die Aufrechnungseinrede im Schiedsverfahren erhoben werden muß und bei nachträglicher Geltendmachung gemäß § 767 Abs. 2 ausgeschlossen ist. In dem Schiedsvertrag über ein Rechtsverhältnis liegt, soweit es nicht, ausdrücklich oder stillschweigend, Abweichendes bestimmt, von selbst die Vereinbarung, daß auch Einreden gegen die aus diesem Rechtsverhältnisse hergeleitete Forderung der schiedsgerichtlichen Entscheidung unterliegen sollen.

5. LG. Halle 22. 5. 16, NaumburgAK. 16, 38. Wenn das Urteil vom Kaufmannsgericht erlassen ist, ist die Einwandsklage auch bei diesem Gericht ausschließlich zu erheben. Ebenso AG. Halle 25. 6. 14 ebenda.

§ 768.

Unzulässigkeit der Klage nach beendeter Zwangsvollstreckung. RG. 18. 11. u. 11. 12. 15, R. 16 Nr. 519, 525. Die Klage aus § 768 setzt ebenso wie die aus § 767 eine bevorstehende oder begonnene, aber noch schwebende Zwangsvollstreckung voraus, und für die eine wie für die andere ist kein Raum mehr, wenn die Vollstreckung, deren Zuständigkeit sie beanstanden, beendigt ist (RG. 8, 270). — Bei einstweiligen Verfügungen entspricht der Beendigung der Zwangsvollstreckung bei entsprechender Anwendung des § 768 die Beendigung ihrer Vollziehung. (Im gegebenen Falle Eintragung der Löschungsvormerkung und der Vermerk auf dem dem Kläger weggenommenen Hypothekenbriefe.)

§ 769. (§ 771 Abs. 3.)

I. Beachtung der Rechte Dritter durch den Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung. Erbe 411 empfiehlt, den Gerichtsvollziehern die Verpflichtung aufzuerlegen, soweit es ohne allzu großen Zeitverlust möglich sei, zu prüfen, ob die zu pfändenden Gegenstände dem Schuldner gehören. Der Schutz des § 771 reiche häufig nicht aus, um unerwünschte Eingriffe in Rechte dritter Personen zu verhüten.

II. Das zuständige Gericht. KG. 12. 6. 15, OLG. 33, 97. Als Prozeßgericht kommt dasjenige Gericht in Betracht, bei dem tatsächlich geklagt ist. Der Umstand, daß die erhobene Widerspruchsklage wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts voraussichtlich der Abweisung unterliegt, ändert hieran nichts.

III. Die Pflicht zur Glaubhaftmachung. 1. Allgemeines. Riedhammer 150. Der Gläubiger muß, wenn der Dritte ihn auffordert, die bei dem Gerichtsschreiber oder Gerichtsvollzieher hinterlegten Mittel der Glaubhaftmachung (Urkunden) einzusehen oder sich von den genannten Beamten die Richtigkeit seiner Angaben bestätigen zu lassen, zunächst versuchen, sich auf die angegebene Art über die Sachlage zu unterrichten. — Den beiderseitigen Rechten und Pflichten entspricht ein Zusammenwirken beider Teile. (Gegen Stein, der — mit der herrschenden Meinung — regelmäßig die Vorlegung der Urkunden in Urschrift oder beglaubigter Abschrift verlangt und die Verweisung auf die eigene Einsichtnahme auf den Fall beschränkt wissen will, daß die Urkunden nicht vorgelegt werden können, sich aber in gerichtlichen Akten am selben Orte befinden, so daß sie ohne weiteres zugänglich sind.) — Die Kosten der Glaubhaftmachung trägt der Schuldner gemäß § 788, soweit sie notwendig waren, d. h. nicht, wenn der Gläubiger eine ihm rechtzeitig und einwandfrei vom Schuldner gegebene Aufklärung unbeachtet gelassen hat.

2. LG. Düsseldorf 12. 7. 13, DJZ. 16, 1180. Der Vorlegung einer beglaubigten Abschrift bedurfte es nicht. Die Klägerin konnte annehmen, daß dem Beklagten der Inhalt des Vertrags zur Glaubhaftmachung nicht ausreichend erschien; sie konnte nicht ohne weiteres annehmen, daß der Beklagte nur gegen die Übereinstimmung der Abschrift mit dem Originalvertrage Bedenken hatte.

3. Keine Pflicht zur Glaubhaftmachung bei Pfändungen von Forderungen. Breslau (ohne Zeitangabe), BreslauAK. 16, 73. Als Regel ist anzusehen, daß der Beklagte dem Kläger zur Erhebung der Klage Veranlassung gibt, wenn er ihn trotz Aufforderung nicht klaglos stellt. Man ist geneigt, den Gläubiger, der auf dem ihm durch § 808 gewiesenen Wege Sachen pfänden läßt, für deren Zugehörigkeit zum Vermögen des Schuldners die Vermutung spricht, aus Billigkeitsgründen dagegen zu schützen, daß ihm durch Interventionsklagen, über deren Berechtigung er sich im unklaren befindet, Kosten erwachsen. Bei einer Zwangsvollstreckung in Forderungen, die angeblich dem Schuldner zustehen, liegen diese besonderen, einen Schutz des Gläubigers erwünscht machenden Verhältnisse nicht vor. Denn für die Zugehörigkeit der gepfändeten Forderungen zum Ver-

mögen des Schuldners besteht keine Vermutung. Die Pflicht zur Glaubhaftmachung ist hier nicht anzuerkennen.

IV. Abänderung der Beschlüsse aus § 769. KG. 20. 11. 15, OLG. 33, 98. Die Änderung eines auf Grund des § 769 erlassenen Beschlusses durch einen neuen wegen veränderter Umstände ist zulässig. Sie kann aber nur eine Anordnung der im § 769 vorgesehenen Art treffen oder eine Anordnung zu treffen ablehnen oder die getroffene Anordnung wieder beseitigen. — Nicht aber ist im § 769 dem Prozeßgerichte gestattet, anzuordnen, daß die Vollstreckung fortgesetzt werden müsse und in welcher Weise sie zu betreiben sei.

V. Weitere Beschwerde. Stuttgart 28. 10. 15, LeipzZ. 16, 571. Weitere Beschwerde wegen der vom Vollstreckungsgericht angeordneten einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung nach fruchtlosem Ablaufe der für die Beibringung der Entscheidung des Prozeßgerichts bestimmten Frist — zugelassen zwecks Feststellung, daß der Einstellungsantrag von vornherein unbegründet war und vom Vollstreckungsgerichte hätte abgewiesen werden müssen (während das LG. wegen Ablaufs der Frist zurückgewiesen hatte).

VI. Haftung der Sicherheit. Bamberg 18. 12. 15, SeuffA. 71, 296. Die Haftung einer zur Einstellung der Zwangsvollstreckung geleisteten Sicherheit setzt Verschulden voraus (vgl. JDR. 14 zu § 771, IV).

§ 771.

1. Prozessuale Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung. Rostock 5. 1. 16, MecklZ. 34, 304, OLG. 33, 99, SeuffA. 71, 298. Die prozessualen Voraussetzungen für die Formrichtigkeit einer Pfändung können sich nur danach richten, was als Gegenstand derselben bezeichnet ist, nicht danach, was, auf die materielle Berechtigung des Schuldners gesehen, hätte gepfändet werden müssen. Andererseits hängt die Zulässigkeit einer Widerspruchsklage auch gar nicht davon ab, ob die in Rede stehende Pfändung formgerecht vorgenommen ist, da derjenige, in dessen Recht durch einen Vollstreckungsakt, sei es auch in unvollkommener Weise, eingegriffen ist, zur Abwehr des Eingriffs berechtigt ist, solange derselbe vorliegt. (Widerspruchsklage eines Miterben bei Pfändung einer Nachlaßforderung durch den Gläubiger eines Miterben.)

2. Abtretung der Forderung des Vollstreckungsgläubigers. KG. 15. 1. 16, OLG. 33, 98. Wer zur Zeit der Zustellung der Widerspruchsklage Vollstreckungsgläubiger war, verliert diese Eigenschaft nicht dadurch, daß die Klausel demnächst auf Grund einer vorher erfolgten Abtretung auf einen anderen umgeschrieben wird.

3. Widerspruchsklage im Konkurse. Oetker, GoldschmidtsZ. 78, 548. Der Aussonderungsklage durchaus entsprechend ist die Vollstreckungsklage des § 771 ➸ im allgemeinen im Gegensatz zur Zwangsvollstreckungsgegenklage des § 767 Widerspruchsklage genannt ⇜, sie geht auf Freigabe aus dem Pfandverband usw., nicht auf Herausgabe. Wer im Konkurs ein Zwangsvollstreckungsverfahren erblickt, ist folgerichtig sogar zur unmittelbaren Anwendung des § 771 genötigt. Das dem Kläger günstige Urteil spricht nach § 771 aus, daß die Zwangsvollstreckung im Konkurse, die konkursmäßige Behandlung, die Einbeziehung des Gegenstandes in die Masse unzulässig sei.

4. Widerspruchsrecht verneint. a) KG. 14. 1. 16, KGBl. 16, 26. Das Pfändungspfandrecht kein die Veräußerung hinderndes Recht (OLG. 29, 195, KGBl. 13, 8).

b) Pfandrecht an einem Erbteile. **RG.** 19. 11. 15; 87, 321, R. 16 Nr. 288, 289. Der Gläubiger, dem durch Vertrag ein Pfandrecht an dem Erbteile seines Schuldners bestellt ist, ist nur dann berechtigt, der später von einem anderen Gläubiger in den Erbteil betriebenen Zwangsvollstreckung zu widersprechen, wenn beide Parteien als Pfandgläubiger in unvereinbar verschiedenen Richtungen vorgehen (z. B. der Vertragspfandgläubiger hat vor Anordnung der Versteigerung des Erbteils gemäß § 86 Abs. 2 FGG. den Antrag auf Vermittlung der Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses gestellt). Daß der Erbanteil durch eine gesetzlich zugelassene Veräußerung zur Liquidation kommt und an seine Stelle ein Barerlös, ein zur Deckung von Geldforderungen vorzugsweise geeignetes Mittel, tritt, stellt

an sich keinen dem Wesen des Pfandrechts des Vertragsgläubigers widerstreitenden Entwicklungsgang dar. — Vgl. über die Rechtsfolgen der Pfändung des Erbanteils eines Miterben für die Erbauseinandersetzung KG. 16. 9. 15, Ziff. III 2 zu § 86 ff. FGG.

c) Treuhand. München 27. 3. 1 5, OLG. 33, 100, SeuffA. 71, 38, verneint im Anschluß an RG. 79, 122, JW. 10, 4; 12, 645, daß dem Treuhänder ein Widerspruchsrecht gegen Vollstreckungen in das Treugut seitens des Gläubigers des Treugebers zustehe. Es kann nicht geleugnet werden, daß der Treugeber trotz der äußerlich vollzogenen Rechtsübertragung nicht auf alle seine Rechte aus dem übertragenen Gute verzichten will, daß er eine dingliche Rechtsmacht zurückbehält, die er, wenn der Treuhänder in anderer als der festgesetzten Weise verfährt, ihm gegenüber geltend machen will, und die er auch geltend machen können muß, wenn die Gläubiger des Treuhänders das übertragene Rechtsgut für sich in Anspruch nehmen. Dasselbe Recht muß aber auch den Gläubigern des Treuhänders zur Seite stehen, wenn man zu billigen Ergebnissen gelangen will. — Vgl. JDR. 14, I 3.

5. Klageveranlassung. AG. Halle, NaumburgAK. 16, 70. Die Klage ist veranlaßt, wenn vor der Erhebung die Freigabe nur dem Gerichtsvollzieher, nicht auch dem Intervenienten mitgeteilt ist.

Wegen der Glaubhaftmachung vgl. zu § 769, III.

§ 773.

Frankfurt 6. 4. 16, FrankfRundsch. 50, 27, OLG. 33, 151. § 773 enthält nicht ein Verbot der Pfändung, sondern nur der Veräußerung und Überweisung, gegen dessen Übertretung der Nacherbe die Klage aus § 771 hat. — Der Umstand, daß die sonst pfändbaren Sachen des Mieters zu einer Vorerbschaft gehören, hindert nicht die Entstehung des Vermieterpfandrechts. Die Nacherben sind zum Widerspruche nicht berechtigt, wenn der Vermieter des Vorerben Nachlaßsachen pfändet. — Vgl. Ziff. 2 zu § 559 BGB.

§ 778.

*Riesenfeld I, 3. Der Anteil eines Miterben kann seitens eines Nachlaßgläubigers nicht vor der Annahme der Erbschaft gepfändet werden, wohl aber seitens seines Eigengläubigers.

§ 780.

1. Kein Vorbehalt bei persönlicher Haftung. RG. 4. 5. 16, DJZ. 16, 990, JW. 16, 964, LeipzZ. 16, 1099, R. 16 Nr. 1171. Dem Vollstreckungsverfahren kann die Prüfung, ob der Verurteilte tatsächlich nur beschränkt hafte, nur dann überlassen werden, wenn er als Erbe des Schuldners verurteilt ist (nicht, wie im gegebenen Falle, wenn auch die persönliche unbeschränkte Haftung auf Grund der §§ 27, 25 HGB. geltend gemacht wird).

2. Erklärung des Vorbehalts. KG. 30. 12. 15, KGBl. 16, 19. Es genügt, wenn die Gründe ergeben, daß das Gericht der Auffassung war, die Erben könnten ihre beschränkte Erbenhaftung geltend machen, wenn gegen sie demnächst aus dem Urteile vollstreckt wird.

3. Kein Vorbehalt wegen der Prozeßkosten. LG. Mainz 31. 1. 16, HessRspr. 17, 19. Der Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung bezieht sich nicht auf die Prozeßkosten. Diese entstehen in der Person des Erben. Der Kostenanspruch ist kein Anspruch aus dem unter den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und trifft die Erben auch dann persönlich, wenn sie in der Hauptsache nur beschränkt haften. — Vgl. JDR. 13, 2 c.

§ 784.

Oertmann, JheringsJ. 66, 179. Das Widerspruchsrecht aus § 784 ist nicht nur dem Erben selbst, sondern auch jedem Nachlaßgläubiger zuzubilligen.

§ 788.

1. Begriff der Vollstreckungskosten. LG. II Berlin 13. 1. 16, KGBl. 16, 26. Als Vollstreckungskosten sind alle diejenigen Kosten anzusehen, die gerichtlich oder außergerichtlich zur Vorbereitung und Ausführung der Vollstreckung entstanden sind. Wenn der

Gläubiger, nachdem die Schuldnerin ihre im Schuldtitel angegebene Wohnung gewechselt hatte, zur Ermittlung der neuen Wohnung eine Auskunft des Einwohnermeldeamts einholte, so war diese Maßnahme zur Vorbereitung der Vollstreckung vollkommen zweckentsprechend. Die dafür aufgewendeten Kosten sind daher erstattungs- und beitreibungsfähig.

2. Kosten der Vollziehung einer einstweiligen Verfügung. AG. Graudenz 20. 5. 16, PosMSchr. 16, 73. Daß der § 788 ZPO. auch für die Vollziehung einstweiliger Verfügungen gilt, wird in Schrifttum und Rechtsprechung anerkannt. Es kann dahingestellt bleiben, ob der § 102 Nr. 5 GVollzGeschAnw. v. 24. 3. 14 (wonach die Beitreibung der Gebühren und Auslagen, die durch die Vollziehung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung entstehen, unzulässig ist) im Einklange mit § 788 ZPO. steht. Jedenfalls kann daraus die Unzulässigkeit der Beitreibung von Anwaltsgebühren, die durch die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung entstehen, nicht hergeleitet werden.

3. Kosten der Zwangsvollstreckung von Urteilen auf Herausgabe beweglicher Gegenstände. LG. Breslau 3. 7. 16, BreslauAK. 16, 73. Der verurteilte Schuldner ist einem im Verzuge befindlichen Schuldner gleichzuachten; er kann daher nicht geltend machen, daß er keine Veranlassung zur Zwangsvollstreckung gegeben habe.

4. Kostenberechnung. LG. Kiel 20. 12. 15, SchlHolstAnz. 16, 47. Nach § 13 Abs. 2 GKG. werden für Akte der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung die einzuziehenden Zinsen mitberechnet. Hinsichtlich der Kosten fehlt es an einer besonderen Bestimmung. Nichtsdestoweniger entspricht die gleiche Behandlung der Kosten dem Sinne des Gesetzes, da für die besondere Erwähnung des Zinsanspruchs im § 13 Abs. 2 GKG. kein anderer Grund bestand als seine Eigenschaft als Nebenforderung.

§ 792.

1. Antragsrecht der Steuerbehörde. RG. 29. 6. 16, LeipzZ. 16, 1310, RJA. 15, 14. Der Erbschein ist für die Feststellung der steuerpflichtigen Erwerbsfälle weder ausreichend noch erforderlich; hierfür werden vielmehr der Steuerbehörde durch die ihr nach §§ 39 ff. ErbschStG. zu erteilenden Auskünfte die nötigen Unterlagen gewährt, um die Sach- und Rechtslage selbständig zu beurteilen. Das Interesse der Steuerbehörde, im Rechtsstreit über die Berechtigung des Steueransatzes der Beweislast für das Erbrecht und die Größe des Erbteils des Inanspruchgenommenen überhoben zu sein und dem Kläger den Beweis für die Unrichtigkeit des Erbscheins aufbürden zu können, reicht nicht aus, um ein Antragsrecht des Fiskus auf Erteilung des Erbscheins zu begründen.

2. Kann der Gläubiger die Einziehung des Erbscheins betreiben? KG. 16. 3. 16, OLG. 33, 153, läßt dahingestellt sein, ob § 792 überhaupt so gedeutet werden kann, daß der Gläubiger berechtigt sei, die Einziehung eines Erbscheins zu betreiben, ohne gleichzeitig die Erteilung eines Erbscheins anderen Inhalts nachzusuchen. In jedem Falle setzt er voraus, daß der Gläubiger im Besitz eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels sei.

§ 793.

Unzulässigkeit der Beschwerde gegen den eine Pfändung aufhebenden Beschluß des Vollstreckungsgerichts nach erfolgter Freigabe. Posen 8. 11. 16, PosMSchr. 16, 101. Der Beschluß des Vollstreckungsgerichts ist nach §§ 794 Nr. 3, 793 ZPO. sofort vollstreckbar; durch ihn ist nach einer mehrfach vertretenen Ansicht, ohne daß es noch einer besonderen Handlung des Gerichtsvollziehers bedarf, schon aus eigener Kraft das Pfändungspfandrecht erloschen. Nach einer anderen Ansicht bedarf der Beschluß noch der Freigabeerklärung des Gerichtsvollziehers, zu der dieser nach §§ 775 Nr. 1, 776 ZPO. ohne weiteres bei Vorlegung des Beschlusses schreiten muß. (Im gegebenen Falle war diese Freigabeerklärung erfolgt, daher von jedem Standpunkt aus die Zwangsvollstreckung durch Aufhebung der Pfändung beendet, als das LG. den angefochtenen Beschluß erließ. In einem solchen Falle ist aber die Beschwerde gegen den die Pfändung aufhebenden Beschluß als unzulässig, weil gegenstandslos, zu verwerfen.)

§ 794.

1. Ziff. 1. Prozeßvergleiche. Oldenburg 15. 3. 16, ZBlFG. 17, 304, über die Wirkungen des Prozeßvergleichs für den Grundbuchverkehr.

2. Ziff. 3. a) Dresden 13. 1. 16, JW. 16, 986, SächsRpflA. 16, 191. Die nach § 85 KO. getroffene Festsetzung der Vergütung und Auslagen des Verwalters liefert einen sofort verwertbaren Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Nr. 3. (Angewendet auf den nach § 6 Abs. 3 Bek. v. 8. 8. 14 zugunsten der Aufsichtspersonen ergehenden Festsetzungsbeschluß. Vgl. JDR. 14, II 2.) — Anders LG. Duisburg 9. 6. 16, JW. 16, 1221, da das Rechtsmittel der Beschwerde wegen des Inhalts der Entscheidung ganz allgemein vom Gesetz ausgeschlossen ist.

b) LG. III Berlin 23. 2. 15, KGBl. 16, 31, über die Bedeutung des gemäß § 4 VO. v. 7. 8. 14 (i. d. F. d. VO. v. 20. 5. 15, RGBl. 288) ergehenden amtsgerichtlichen Beschlusses und die Frage, ob der Gläubiger auf die Erlangung dieses einen Titels beschränkt ist. Vgl. JDR. 14, II 1.

3. Ziff. 5. **RG.** 21. 1. 16, R. 16 Nr. 842. Hat sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, so erstreckt sich die Vollstreckbarkeit ohne weiteres auf eine spätere Urkunde, in der die frühere Schuldverbindlichkeit gemindert wird, nicht dagegen auf eine spätere Urkunde, in der die Verbindlichkeit verschärft wird. Im letzteren Falle handelt es sich um eine Ausdehnung der Vollstreckbarkeit auf einen ihr bisher nicht unterworfenen Schuldtatbestand. Dazu bedurfte es wiederum der Beobachtung der im § 794 Abs. 1 Ziff. 5 verordneten Form.

Vgl. hierzu LG. I Berlin 22. 8. 16, KGBl. 16, 90. Die Angabe der bestimmten Geldsumme muß entweder in der Urkunde selbst enthalten sein oder in einer Anlage, die Gegenstand der notariellen Verhandlung und mit ihr verbunden ist. Keineswegs genügt eine bloße Bezugnahme auf eine andere noch dazu privatschriftliche Urkunde. — Vgl. ferner JDR. 14, I 1, III 1, 2.

§ 797.

1. Abs. 2. KG. 11. 12. 15, OLG. 33, 102. Ist die verwahrende Behörde ein AG., so erteilt die Ausfertigung das AG. selbst, nicht etwa der Gerichtsschreiber.

2. Abs. 3. Zuständigkeit zur Entscheidung über Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel zu einer beim Amtsgerichte verwahrten notariellen Urkunde. KG. 5. 11. 15, KGJ. 48, 3, OLG. 33, 102. Während die von dem AG. als verwahrender Behörde gemäß § 797 Abs. 2 zu entwickelnde Tätigkeit auf landesgesetzlicher Vorschrift — in Preußen Art. 45 PrFGG. — beruht (KGJ. 43 A 356, vgl. JDR. 13, 1; 14, 2 u. 3.), so ergibt die Vorschrift des Abs. 3 a. a. O., daß in Ansehung der Entscheidungen, die die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, die ZPO. sowohl die Zuständigkeit des zur Entscheidung berufenen Gerichts als auch den Instanzenzug erschöpfend, also unter Ausschließung abweichender landesgesetzlicher Regelung, bestimmt hat. Ist daher auf Grund einer bei einem AG. gemäß Art. 102 PrFGG. verwahrten notariellen Urkunde die Vollstreckungsklausel erteilt worden, so entscheidet über die Einwendungen, die gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel erhoben werden, das im § 797 Abs. 3 ZPO. genannte Gericht nach den Vorschriften der ZPO. Gegen dessen Entscheidung ist nur das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde und sofortigen weiteren Beschwerde gemäß §§ 795, 732, 793 ZPO. gegeben. Die Zuständigkeit des KG. zur Entscheidung nach Art. 7 PrFGG. ist ausgeschlossen.

3. Abs. 5. Zustellung im Auslande. Breslau 25. 1. 16, BreslauAK. 16, 30, JW. 16, 446, OLG. 33, 101. Die Tatsache, daß dem im Abs. 5 bezeichneten Gerichte die Entscheidung über die dort angegebenen Klagen übertragen ist, rechtfertigt nicht die Annahme, daß es auch für die Bewirkung der Zustellung der vollstreckbaren Urkunde im Auslande hat für zuständig erklärt werden sollen. Vgl. zu § 202 ZPO. — Anders Müller, R. 16, 603. § 797 überträgt dem AG. des Abs. 3 diejenigen Funktionen des Prozeßgerichts, welche formaler Natur und im Beschlußverfahren zu erledigen sind, dem

Gerichte des Abs. 5 dagegen die im Prozesse zu entscheidenden Streitfragen. In entsprechender Anwendung dieses Grundsatzes ist für die öffentliche Zustellung das AG. zuständig, in dessen Bezirk der Notar den Amtssitz hat, der die Urkunde verwahrt. Vgl. ferner JDR. 14, 6.

§ 800.

Vollstreckungstitel gegen den Ehemann in Ansehung des eingebrachten Gutes bei dinglicher Unterwerfungsklausel gegen die Ehefrau und bei der Zwangsvollstreckung gegen eine Ehefrau als Ansteigerin aus §§ 132, 133 ZVG. Becker 1444 zeigt, daß ein Vollstreckungstitel gegen den Ehemann sowohl dann erforderlich ist, wenn die Ehefrau nach Eintritt des betreffenden Güterstandes Eigentümerin des mit der nach § 800 ZPO. gegen den jeweiligen Eigentümer vollstreckbaren Hypothek belasteten Grundstücks geworden ist; als auch wenn sie selbst vor Eintritt des Güterstandes nach §§ 794 Nr. 5, 800 ZPO. die Eintragung einer Hypothek mit der Vollstreckbarkeit gegen den jeweiligen Eigentümer auf ihrem Grundstücke bewilligt, und ferner in den Fällen der §§ 132, 133 ZVG., daß aber dieser Titel nicht auf dem umständlichen Prozeßwege des § 739 ZPO., sondern auf dem einfachen Wege des § 727, bzw. § 742 ZPO. zu erwirken ist. — 1. Fall. Die entsprechende Anwendung (§ 795) der §§ 727, 325 auf die Vollstreckung aus einer Urkunde nach §§ 794 Nr. 5, 800 ZPO. ergibt folgendes: Wenn auch hier kein Prozeß vorausgegangen ist, so muß doch das Grundstück hinsichtlich der Zwangsvollstreckung wie eine im Streite befangene Sache nach §§ 727, 325 behandelt werden; maßgebender Zeitpunkt, also dem Beginne der Zwangsvollstreckung gleichzustellen, ist der Augenblick der Entstehung des vollstreckbaren Titels, also der Zeitpunkt der Errichtung der vollstreckbaren Urkunde, bzw. der Eintragung der Vollstreckbarkeit gegen den jeweiligen Eigentümer im Grundbuche. Nach diesem Zeitpunkt ist die Ehefrau im ersten Falle Rechtsnachfolgerin des dinglichen Schuldners geworden und hat ihr Ehemann kraft seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechts den unmittelbaren, sie selbst den mittelbaren Besitz an dem Grundstück erlangt — unerheblich ist, ob der betreffende Güterstand vor oder nach der Errichtung der Urkunde bzw. der Grundbucheintragung eingetreten ist —; deshalb kann ohne weiteres der Vollstreckungstitel gegen beide umgeschrieben werden. — 2. Im 2. Falle sind sowohl die Voraussetzungen der §§ 727, 325 ZPO. als auch die des § 742 für die Umschreibung des Titels gegen den Ehemann in Ansehung des eingebrachten Grundstücks gegeben; denn einerseits hat der Ehemann den Besitz des Grundstücks (der im Streite befangenen Sache) nach dem Eintritte der maßgebenden prozeßrechtlichen Beziehung (der Vollstreckbarkeit der dinglichen Schuld) erlangt, und andererseits liegt diese Vollstreckbarkeit gegen seine Ehefrau bereits beim Eintritte des Güterstandes vor. Der Gläubiger hat zwischen beiden Möglichkeiten der Titelerwirkung gegen den Mann die Wahl. — Vgl. ferner unten zu §§ 132, 133 ZVG.

Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Schrifttum: Busch, Kann der Gläubiger, der die Ansprüche seines Schuldners aus der Lebensversicherung gepfändet hat, zur Erlangung der Rückkaufssumme das Versicherungsverhältnis kündigen? R. 16, 63. — Conrads, Zwangsvollstreckung in Rechte nach § 857, R. 16, 94. — Crasemann, Das Verbot der Überpfändung, R. 16, 95. — du Chesne, Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs und das Kammergericht, DNotV. 16, 73. — Dittrich, Die Malzkontingente als Gegenstand der Zwangsvollstreckung, BayRpflZ. 16, 66. — Fraeb, Die Änderung des Offenbarungseidverfahrens als Frucht des Krieges, Gemein. Rechtsauskunft 1, 137. — Derselbe, Der kommunale Sparkassenverein, ZBlFG. 16, 600. — Freymuth, Teilpfändung eines Rechtes, RundschauGmbH. 16, 102. — Gericke, Wem stehen die mündlich versprochenen Zinsen der Grundschuld nach deren Pfändung und Überweisung an Zahlungs Statt zu? DNotV. 16, 94. — Heine, Über die Pfändbarkeit von Ansprüchen aus der Beschlagnahme usw., LeipzZ. 16, 798. — Krämer, Verstrickung und Pfändungspfandrecht, BuschsZ. 46, 146. — Kriener, Der Erwerb des Versicherungserlöses, BayRpflZ. 16, 250. — Lehmann, Die Kriegsbeschlagnahme als Mittel der Organisation der Rohstoff- und Lebensmittelversorgung, 1916. — Rücker, Zu § 4 a LohnbeschlagnahmeG., R. 16, 102. — Schneider, Zur Ausdehnung des unpfändbaren Gehalts auf 2000 M., BayRpflZ. 16, 131.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 803.

1. Verbot der Überpfändung. Crasemann, R. 16, 95. Es empfiehlt sich, falls bereits eine Forderungspfändung stattgefunden, für den Vollstreckungsrichter, dem Gläubiger die Auflage zu machen, daß er entweder auf die Rechte aus der früheren Pfändung verzichtet oder nachweist, daß er aus dieser eine alsbaldige Befriedigung nicht zu erwarten hat. Erst wenn der Gläubiger dieser Auflage nicht nachkommt, ist der neue Pfändungsantrag abzuweisen. — Wenn der Gläubiger darlegt, daß es zweifelhaft ist, ob der ganze Betrag der Forderung eingeht, wird der Vollstreckungsrichter die ganze Forderung pfänden dürfen, aber besser nur zur Höhe der Urteilsforderung und Zwangsvollstreckungskosten zur Einziehung überweisen.

2. LG. Hamburg 29. 5. 15, BuschsZ. 46, 207. Das Verbot der Doppelpfändung ist zwar im Gesetze nirgends ausdrücklich ausgesprochen. Es ergibt sich aber aus den allgemeinen Grundsätzen über Rechtshängigkeit und die rechtskräftig entschiedene Sache, die im Zwangsvollstreckungsverfahren entsprechend anzuwenden sind.

§ 804.

1. Pfändung eigener Sachen. AG. Berlin-Mitte 3. 4. 16, KGBl. 16, 99. Das Gericht hält die bei Stein (3) II 4 ausgesprochene Ansicht für zutreffend, daß der Gedanke, daß der Abzahlungskäufer durch den Auftrag zur Pfändung der verkauften Sache auf sein Eigentum verzichtet, unhaltbar sei, weil ihm damit ein Wille angedichtet werde. Vgl. JDR. 13, § 808, 4.

2. Entsteht ein Pfändungspfandrecht an Sachen, die dem Schuldner nicht gehören? Krämer 146 bekämpft die Steinsche Lehre (Grundfragen der Zwangsvollstreckung), wonach die Wirkung der Pfändung in eine publizistische, die Verstrickung, und eine privatrechtliche, das Pfändungspfandrecht, zu zerlegen und für die Durchführung der Zwangsvollstreckung nur die Vollstreckung notwendig sei. Er versucht ferner, sie aus dem Gesichtspunkte zu widerlegen, daß in ihrem Hauptanwendungsfalle — der Pfändung von Sachen, die dem Schuldner nicht gehören — die Wirkungen der Pfändung auch mit der Entstehung eines Pfändungspfandrechts zu erklären sind. (Im Anschluß an Staub, JW. 88, 202, gegen die Rechtsprechung des RG., vgl. **RG.** 13, 181; 22, 270; 26, 104; 40, 290; 60, 72; 61, 333; 79, 243). Er gibt zu, daß der Bereicherungsanspruch des Eigentümers nach Durchführung der Vollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige Sache schwer zu begründen ist, wenn man nicht nur eine Verstrickung, sondern auch ein Pfändungspfandrecht an einer solchen Sache entstehen läßt, neigt aber dahin, diesen Bereicherungsanspruch fallen zu lassen. Mit Interessenabwägung sei nicht zu helfen. Dem gutgläubigen Vertragspfandgläubiger gegenüber habe der Eigentümer ja auch keinen Bereicherungsanspruch. Der vorsichtige Eigentümer könne sich durch rechtzeitige Erhebung der Widerspruchsklage vor Schaden bewahren. In krassen Fällen werde § 826 BGB. gegeben sein.

§ 805.

1. Anwendung nur bei Pfändung beweglicher Sachen. **RG.** 19. 11. 15; 87, 321, R. 16 Nr. 287. Die Vorschriften des § 805 sind nur bei Pfändung beweglicher Sachen anwendbar. — Wird die Anwendbarkeit auf das Gebiet der Pfandrechte an Sachen beschränkt, so sind aus seinen Vorschriften keinerlei Folgerungen für das Gebiet der Pfandrechte an Rechten zulässig.

2. Was ist als Erlös zu hinterlegen? LG. München 2. 10. 15, LeipzZ. 16, 92, entscheidet die Streitfrage, ob lediglich die Versteigerungskosten oder auch die sonstigen Vollstreckungskosten des betreibenden Gläubigers abgezogen werden dürfen, dahin, zur Durchführung des Verfahrens nach § 805 sei nur die Versteigerung unbedingt notwendig, der Drittberechtigte habe ein Recht auf den ganzen Erlös nach Abzug nur solcher Kosten, die

unbedingt nötig gewesen sind; sein Vorrecht erstreckt sich im übrigen auch auf die Nebenforderungen des Vollstreckungspfandrechts, zu denen die Vollstreckungskosten gehören.

3. Bereicherungsanspruch des Vermieters gegen den Pfändungsgläubiger nach Ablieferung des Versteigerungserlöses. a) Bejaht von LG. Breslau 6. 4. 16, BreslauAK. 16, 45. Die Klage aus § 805 ZPO. hat rein prozeßrechtlichen Charakter. Sie will dem vorzugsberechtigten Pfandgläubiger ein Mittel geben, um zu verhindern, daß der Pfändungsgläubiger bei Durchführung der Zwangsvollstreckung den Erlös überhaupt in die Hand bekommt. Ein weiterer Nachteil als der Verlust dieses Rechtes und der Zuständigkeit der im § 805 genannten Gerichte ist im Gesetze nicht angedroht. Das im § 805 gegebene Recht beruht aber darauf, daß dem Vermieter auch an dem Erlös ein dem späteren Pfändungspfandrecht vorgehendes Pfandrecht zusteht. Da § 805 nur eine prozeßrechtliche Bestimmung enthält, ist kein Grund einzusehen, weshalb das Recht des Pfändungsgläubigers, das bis zur Auszahlung des Erlöses demjenigen des Vermieters nachgestanden hatte, durch den bloßen Akt der Empfangnahme des Erlöses ein materiell besseres geworden sein soll. — Wenn auf die Unbilligkeit hingewiesen wird (vgl. JDR. 14, 1), die sich daraus ergibt, daß der Pfändungsgläubiger noch innerhalb 30 Jahren von dem Vermieter mit der Bereicherungsklage belangt werden könne, so ist dem entgegenzuhalten, daß eine solche Unbilligkeit und scheinbare Unsicherheit im Rechtsverkehr in allen Fällen vorliegt, in welchen überhaupt eine Bereicherungsklage zulässig ist. — Die Unsicherheit wird auch dadurch gemildert, daß unter Umständen, z. B. wenn der Vermieter sich lange Zeit hindurch um seine Mietsansprüche nicht kümmert und seine Rechte gegen den Vollstreckungsgläubiger nicht geltend macht, ein Verzicht auf seine Rechte aus dem Vermieterpfandrecht anzunehmen sein wird.

b) Verneint von LG. Karlsruhe 20. 12. 15, BadRpr. 16, 23. Die Voraussetzungen der §§ 812—816 sind nicht erfüllt, der Pfandgläubiger hat den Erlös nicht ohne Rechtsgrundlage auch nicht als Nichtberechtigter im Sinne des § 816 Abs. 1 oder 2, sondern auf Grund seines zu Recht erworbenen und verwerteten Pfändungspfandrechts. Daß die Voraussetzungen für den Erwerb und die Verwertung des Pfändungspfandrechts nicht im BGB., sondern wenigstens zum Teil in der ZPO. geregelt sind, ist gleichgültig, denn es kommen ihnen, solange es besteht, alle Wirkungen eines vertragsmäßigen Faustpfandrechts zu. Die gegenteilige Rechtsprechung führt auch zu einer großen Rechtsunsicherheit, weil alsdann der infolge seiner eigenen Saumseligkeit zu kurz gekommene Vermieter noch nach langer Zeit, bis zum Ablaufe der regelmäßigen 30jährigen Verjährung, den erfolgreichen Pfändungsgläubiger mit der Bereicherungsklage behelligen könnte.

§ 807.

1. Inwieweit beseitigt die Kenntnis des Gläubigers vom einzelnen Vermögensstücke die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseids? Hamburg 11. 6. 14, BuschsZ. 46, 208. Die Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseids nach § 807 ZPO. wird nicht dadurch beseitigt, daß der Gläubiger von gewissen Vermögensstücken des Schuldners Kenntnis hat. Schon deshalb nicht, weil die Kenntnis von dem Vorhandensein neuen Vorbringens und die Glaubhaftmachung gerade die Voraussetzung für einen erneuten Antrag auf Leistung des Offenbarungseids nach § 903 bildet. (Es handelte sich um 3000 M., die der Schuldner von dem Unterzeichner der beigebrachten eidesstattlichen Versicherung erhalten hatte, wie der Schuldner behauptete, als Einlage bei einer mit dem Aussteller zu begründenden offenen Handelsgesellschaft, wie der Gläubiger behauptete, durch Betrug.) Vgl. hierzu Voß a. a. O. 210 (unter Hinweis auf KG. 31. 3. 11, OLG. 23, 221). Der Gläubiger, der jedes Vermögensstück seines Schuldners kennt, handelt schikanös, wenn er vom Schuldner den Eid verlangt.

2. Inhalt des Verzeichnisses. München 16. 6. 15, vgl. Ziff. 2 zu § 260 BGB.

3. Vorschläge zur Änderung des Offenbarungseidverfahrens von *Fraeb, Gemein. Rechtsauskunft 1, 137. Durch Zwang zur Gleichstellung aller Gläubiger und

Klarstellung der Verhältnisse des Schuldners wird die Berechtigung zur gerichtlich erteilten Stundung ausgelöst. Nicht auf Antrag der Beteiligten, sondern bei ergebnisloser Vollstreckungstätigkeit hat das Gericht von Amts wegen einzugreifen. Unter Berücksichtigung des Rechtes auf Fortbestand der Existenz hat das Gericht dem gutwilligen Schuldner Zeit zum Abverdienen unter Vermeidung des Offenbarungseids zu gewähren. Weder die reine Form des Konkurses noch die des jetzigen Offenbarungseidverfahrens kann zur Erfüllung der gesetzgeberischen Aufgabe dienen, sondern nur ein nach dem Grade der Vertrauenswürdigkeit auf den Grundsätzen von Treu und Glauben aufgebautes Offenbarungsverfahren. Dieses wird erst bei Unwürdigkeit des Schuldners stückweise von Amts wegen in ein Verteilungs- und Zwangsverwaltungs- und schließlich in ein Offenbarungseid- und Konkursverfahren überzuleiten sein. Die eidesstattliche Versicherung bildet dabei das Übergangsmittel, die Ausnutzung der Arbeitskraft des Schuldners ein Hilfsmittel. Die erweiterte Pflicht zur Auskunft ist durch erweiterte Schonung im Wege der Stundung zu belohnen.

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 808.

I. Abs. 2. Ersichtlichmachung der Pfändung. 1. Pfändung von Tieren. LG. Darmstadt (Strafk.) 18. 10. 15, HessRspr. 16, 296 (§ 96 DienstAnw. für die Großherz. Gerichtsvollzieher v. 16. 12. 99, RegBl. 99, 1269). Wenn das Gesetz von Ersichtlichmachung der Pfändung redet, so hat es hierbei namentlich solche Maßnahmen im Auge, welche geeignet sind, die Identität der gepfändeten Tiere auf jeden Fall außer Zweifel zu stellen. Es genügt daher nicht, wenn eine Siegelmarke an der Stalltür ohne Beiheftung eines Verzeichnisses der im Stalle befindlichen Tiere angebracht wird. Wohl aber muß es für genügend erachtet werden, wenn in dem an die Stalltür gehefteten Schriftstück eine braune Kuh und ein Kuhkalb als gepfändet bezeichnet werden.

2. OLG. Darmstadt (Strafs.) 27. 12. 15, HessRspr. 16, 297. Nach der Rechtsprechung, namentlich des RG., ist die Pfändung durch die Besitzergreifung und, sofern die Sachen im Gewahrsame des Schuldners belassen werden, weiter dadurch vorzunehmen, daß jedes einzelne Pfandstück an einer in die Augen fallenden Stelle mit einem Pfandzeichen versehen wird. Ist letzteres nicht angängig, so ist ein auf die Pfändung hinweisendes, die Pfandstücke genau bezeichnendes Schriftstück (Anzahl) in der unmittelbaren Nähe des Aufbewahrungsorts in der Art anzubringen, daß jeder erkennen kann, daß und welche einzelnen Stücke gepfändet sind.

3. Pfändung von Getreidemengen. **RG.** 22. 10. 15, BayRpflZ. 16, 132, JW. 16, 200. Eine Pfändung von bestimmten Getreidemengen, die aus der Gesamtmenge nicht ausgeschieden worden sind, ist unwirksam. (Infolge der mangelhaften Aussonderung war eine zu pfändende Sache, die der Gerichtsvollzieher hätte in Besitz nehmen können, überhaupt nicht vorhanden. — Der Schadensanspruch gegen den Staat wurde aber im gegebenen Falle mangels ursächlichen Zusammenhanges zurückgewiesen, weil angenommen wurde, daß der Schaden durch den Pfandbruch des Schuldners verursacht war.)

4. Pfändung eines Teiles eines Warenlagers. **RG.** 16. 5. 16, JW. 16, 1023, R. 16 Nr. 1172. Gepfändet war ein Teil eines Weinlagers in offenen Regalen durch Anbringung von Pfandsiegeln an den Regalen. Die Zwangsvollstreckung wurde für ungültig erachtet. Nach der feststehenden Rechtsprechung des RG., insbesondere des erkennenden (7.) Senats, liegt eine dem Gesetze genügende Ersichtlichmachung nur dann vor, wenn die Identität der gepfändeten Gegenstände in einer für jedermann erkennbaren Weise sichergestellt wird. Diese Voraussetzung lag nicht vor, es wurde auch nicht für ausreichend erachtet, daß nachträglich an dem Keller Pfandanzeigen mit dem gleich ungenauen, eine Identifizierung nicht sicherstellenden Inhalt angeheftet wurden.

5. Pfändung von Mengen gleichartiger Sachen überhaupt. Colmar 18. 1. 15, ElsLothJZ. 16, 45, verneint, daß bei Mengen gleichartiger Sachen die Anbringung von Pfandzeichen daran unausführbar gewesen. Es hätten die Sachen zusammengepackt oder zusammen-

geschnürt und auf der Umhüllung oder auf der Verschnürung das Pfandzeichen angebracht werden können.

II. Kiel 6. 11. 15, SchlHolstAnz. 16, 55, über den Umfang der Obhuts- und Pflegepflicht eines pfändenden Beamten hinsichtlich der Pfandsache.

III. Aufhebung der Pfändung. Darmstadt 21. 2. 16, HessRspr. 17, 9. Durch die Aufhebung der Entscheidung, die den Aufhebungsmaßnahmen des Gerichtsvollziehers zugrunde liegt, lebt das erloschene Pfandrecht nicht wieder auf, weil durch sie der Besitz des Gerichtsvollziehers nicht wiederhergestellt wird. Dazu bedarf es vielmehr einer erneuten Pfändung.

IV. Kriegsrecht. 1. Wirkungen der Kriegsbeschlagnahme. Lehmann 49. Die Beschlagnahme bedeutet eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis, mehr nicht. Daraus ergibt sich ohne weiteres: Die bereits entstandenen Rechte, wie Nießbrauch, Pfandrechte usw., werden durch die Beschlagnahme und ihren Bestand zunächst nicht berührt. Auch ein vorher begründetes Vollstreckungspfandrecht wird nicht beseitigt. Dagegen ist die Verwirklichung der bestehenden Rechte an dem beschlagnahmten Gegenstand in Zukunft ausgeschlossen. Die Zwangsvollstreckung ist einzustellen, eine Wegschaffung der gepfändeten und später beschlagnahmten Sachen durch den Gerichtsvollzieher ist unstatthaft, eine Zwangsversteigerung während der Dauer der Vollstreckung unzulässig. — Nach den Verordnungen v. 28. 6. 15 über den Verkehr mit Getreide setzt die Beschlagnahme mit der Trennung der Früchte vom Boden ein. Nun können gemäß § 810 ZPO. ungetrennte Bodenfrüchte einen Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife gepfändet und gemäß § 824 ZPO. nach der Reife vor oder nach der Trennung versteigert werden. Das hat Anlaß zu der Frage gegeben, ob eine solche Versteigerung nach dem Inkrafttreten der Verordnungen, aber vor der Trennung der Früchte noch zulässig sei. Die Frage ist richtiger Ansicht nach zu bejahen, da die Verstrickung ja noch nicht wirksam geworden ist. Selbstverständlich wird nun aber der Ersteher im Augenblicke der Aberntung von der Verstrickung erfaßt.

2. Pfändung kriegsrechtlich beschlagnahmter Wolle. Dresden 3. 6. 16, DJZ. 16, 738, JW. 16, 973, LeipzZ. 16, 1137. In jedem Falle ist nur eine solche Veräußerung verboten, bei der die Wolle nicht an die Kriegswollbedarf-A.-G. oder an die besonders zugelassenen Stellen abgeführt wird. Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht eine solche im Wege der Zwangsvollstreckung gleich. Auch sie ist zulässig, insofern sie mit der Überlassung an die genannte Aktiengesellschaft und an befugte Stellen verträglich ist. Folgeweise entsteht, wie im ähnlichen Falle des § 772 ZPO., ein gültiges Pfandrecht, das, wie ein Vertragspfandrecht gemäß § 804 Abs. 2 den Anspruch auf Befriedigung aus dem festgesetzten Übernahmepreise gewährt, demgemäß auch im Enteignungsfalle wirkt (EGBGB. Art. 52) und sonst mindestens nach § 825 ZPO. die Verwertung ermöglicht. Vgl. BRVO. über die Sicherstellung von Kriegsbedarf v. 24. 6. 15, §§ 1, 4 (RGBl. 357).

Dagegen Gundlach, JW. 16, 1101 u. 1406; für die Pfändbarkeit Friedländer, JW. 16, 1405.

§ 809.

1. LG. Berlin III 11. 2. 16, KGBl. 16, 27. Die §§ 808 und 809 verbieten nur die Gewahrsamsverletzung durch die Pfändung. Die Abholung der gepfändeten Sachen selbst ist keine Pfändung, auf sie bezieht sich § 809 nicht.

2. Hamburg 24. 11. 15, HansGZ. 16 Beibl. 117. Der Gerichtsvollzieher ist befugt, Leuten Geld wieder abzunehmen, das ihnen während der Pfändung vom Schuldner zugesteckt wird, da in diesem Zustecken ein widerrechtlicher und nach § 288 StGB. strafbarer Versuch liegt, die Vollstreckung zu vereiteln. § 809 ist nicht anzuwenden, da der andere die tatsächliche Gewalt über das Geld im Sinne des § 855 BGB. nur für den Schuldner ausüben sollte, der Schuldner im Rechtssinne Besitzer blieb.

§ 811.

1. Nr. 1. a) Pfändung eigener, dem Gläubiger sicherungshalber übereigneter Sachen bei dem Schuldner. München 7. 12. 15, SeuffA. 71, 212. Der

Schuldner kann allerdings auch dann, wenn der Gläubiger eigene Gegenstände bei ihm pfänden läßt, Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung gemäß § 766 ZPO. erheben, wenn die Pfändung eine Verletzung des ihm zustehenden Besitz- und Benutzungsrechts darstellt (OLG. 22, 363; 27, 174, RG. 79, 244). Er kann sich unter dieser Voraussetzung auch auf § 811 ZPO. stützen. (Im gegebenen Falle wurde ein solches Besitz- und Benutzungsrecht des Schuldners verneint, da der Gläubiger nach dem Vertrage berechtigt war, die Herausgabe der Pfandgegenstände wegen Nichterfüllung der dem Schuldner obliegenden Verpflichtungen zu verlangen.)

b) Dresden 13. 11. 15, OLG. 33, 105, SächsOLG. 37, 83. Die Vorschrift erstreckt sich nicht auf Sachen, die für den Bedarf eines Gewerbegehilfen des Schuldners bestimmt sind. Es bestand bei der Nov. v. 17. 5. 98 lediglich die Absicht, der Hausgemeinschaft des Schuldners mit seiner Familie und dem Gesinde den Notbedarf sicherzustellen. Dagegen wurde der Bedarf der Gewerbegehilfen, mochten sie immerhin Haus und Herd des Arbeitgebers teilen, nicht einbezogen.

c) Pfändung eines Wohnwagens. AG. Frankfurt a. M. 22. 10. 15, FrankfRundsch. 49, 200 hält die Pfändung eines Wohnwagens für unzulässig, da der Schuldner zur Zeit der Pfändung keine Wohnung hatte und, solange dies der Fall ist, der Wohnwagen ihm zur Aufbewahrung seiner ganzen Habe und als Hausgerät zur Erhaltung eines angemessenen Hausstandes unentbehrlich ist. — Aufgehoben durch LG. Frankfurt a. M. a. a. O. Der § 811 Nr. 1 zielt nicht darauf, dem Schuldner die Wohnung selbst zu erhalten. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Schuldner, der einen der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen unterliegenden Wagen bewohnt, eine Vorzugsstellung vor dem Schuldner, der ein festgebautes Haus bewohnt, einnehmen sollte.

2. Nr. 5. a) Bäckereieinrichtung. Dresden 20. 11. 15, SächsOLG. 37, 84. Die Schuldnerin betrieb eine Bäckerei in der Weise, daß der Mann das Backen besorgte, sie selbst aber nur beim Verkaufen der Ware tätig war. Die Unpfändbarkeit der Teigknetmaschinen nebst den dazu gehörigen zwei Trögen wurde verneint. Das Verkaufen der gebackenen Ware trete gegenüber der Backtätigkeit beim Betrieb einer Bäckerei derart an Bedeutung zurück, daß er für sich allein die Anwendung der Nr. 5 nicht rechtfertigen könne. Im gegebenen Falle betreibe die Schuldnerin die Bäckerei durch einen Stellvertreter, und der Tatbestand der Nr. 6 sei nicht gegeben. Dahingestellt blieb, ob ein gelernter Bäcker, der in dem von ihm betriebenen Geschäfte nur beim Verkaufe tätig sei, verlangen könne, daß ihm die zur persönlichen Fortsetzung der Backtätigkeit nötigen Gerätschaften gelassen würden.

b) Gast- und Schankwirte. LG. Posen 3. 12. 15, BreslauAK. 16, 8. Gast- und Schankwirte sind zu den durch § 811 Nr. 5 begünstigten Personen zu rechnen, soweit nur ihre persönliche Leistung, die in der Hergabe und dem Instandhalten der Gastwirtschaftsräume und des Inventars, in dem Beschaffen und Vorrätighalten der Speisen und Getränke, ihrer Zubereitung und Verabfolgung an die Gäste besteht, gegenüber der Ausnutzung des in den Waren und dem Wirtschaftsinventar steckenden Wertes das wirtschaftlich Wesentliche für den Erwerb ist, soweit also die persönliche Leistung gegenüber dem kaufmännischen Warenbetrieb überwiegt. (Für unpfändbar im gegebenen Falle wurden auch geringe Warenmengen erachtet. Sie stellten das Mindestmaß dar, das an Warenvorräten einem Gastwirte belassen werden muß, damit dieser imstande ist, billigen Ansprüchen seiner Kundschaft gerecht zu werden. Dies bekämpft die Schriftleitung a. a. O.)

c) Für Ausdehnung der Vorschrift auf Gelehrte und Künstler tritt Bovensiepen, LeipzZ. 1093, ein (gegen KG. 26. 4. 11, OLG. 22, 375, und Stein). Die Bestimmung ist nach dem Zwecke des Gesetzes nicht auf Handwerker beschränkt.

d) Kriegsbeschädigte. Hamburg 14. 8. 16, JW. 16, 1356, OLG. 33, 154, R. 16, 557, nimmt an, daß gewisse Maschinen und Werkzeuge für den Schuldner — einen kriegsbeschädigten Tischler — unentbehrlich sind, weil er im Kriege einen lahmen Arm zurückbehalten hatte und seinen Beruf nicht mehr mit eigener Handarbeit betreiben kann, sondern für seine eigene persönliche Tätigkeit auf die Hilfe der Maschinenkraft angewiesen ist, und zwar der in

Rede stehenden Maschinen und Werkzeuge, zu deren Bedienung es nur einfacher, von ihm mit einer Hand auszuführender Handgriffe bedarf.

e) Musiklehrer. Hamburg 17. 6. 16, OLG. 33, 105. Unpfändbar ist der Flügel eines Musiklehrers, der tatsächlich seinen Beruf ausübte, um einen Zuschuß zu den seiner Frau zustehenden unpfändbaren Bezügen von 3000 M. zu verdienen.

f) Wäscherolle. LG. I Berlin 4. 5. 16, JW. 16, 1145, KGBl. 16, 55. Die Schuldnerin war Inhaberin eines Kellers, in dem sie mit Grünkram, Kolonialwaren und Kohlen handelte und auch eine Wäscherolle für die Kundschaft aufgestellt hatte. Die Wäscherolle wurde für unpfändbar erklärt, da sie ein wesentliches Mittel sei, um den Geschäftsverkehr im Hökereibetrieb überhaupt zu fördern und nutzbringend zu gestalten. Aufgehoben durch KG. 27. 5. 16, KGBl. 16, 78. Die Schuldnerin ist in der Lage, die Tätigkeit, die ihr Geschäftsbetrieb mit sich bringt, auch ohne Wäscherolle auszuüben, und es ist daher nicht richtig, daß zur persönlichen Fortsetzung dieser ihrer Erwerbstätigkeit ihr die Wäscherolle unentbehrlich sei. Ebenso Ladewig, KGBl. 16, 74. Zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit gehören nur die Ladeneinrichtung, die Wage usw., nicht aber Gegenstände, die im Laden aufgestellt sind, um einen besonderen Anreiz für die Kunden zu bilden, gerade bei diesem Händler zu kaufen. Sonst müßten auch das Billard, der Phonograph, der Musik-, Schokoladen- und Ansichtskartenautomat eines Gastwirts unpfändbar sein.

g) Pfändung gegen eine Zimmervermieterin. Posen 19. 7. 16, PosMSchr. 16, 102. Zweifellos bildet das Vermieten von Zimmern an sich, ferner das Bereitstellen von Räumen keine persönliche Leistung im Sinne der Bestimmung der Nr. 5; es kommt vielmehr darauf an, ob im einzelnen Falle persönliche Leistungen der Zimmervermieterin damit verbunden sind und ob diese die Hauptsache bilden. (Verneint im gegebenen Falle, wo die Schuldnerin nur ein Zimmer und ein Nebengelaß vermietet hatte und ihre Behauptung, daß sie in dem einen Zimmer mit geringen Ausnahmen Pensionärinnen teils mit, teils ohne Kost gehabt habe, nicht für glaubhaft gemacht angesehen wurde.) Vgl. JDR. 14 II 6.

h) Für die Wirksamkeit des Verzichts auf die Rechtswohltat des § 811 Nr. 5. Düsseldorf 4. 1. 15, DJZ. 16, 1178 im Anschluß an JW. 95, 239.

3. Nr. 13. a) Crasemann, R. 16, 249, bejaht grundsätzlich die Zulässigkeit der Pfändung eines Grabsteins, soweit nicht Landesrecht entgegensteht. Das BGB. kennt keine res extra commercium (Art. 133 EGBGB.). Der Wortlaut des Gesetzes kommt nicht in Betracht, da der Grabstein nicht unmittelbar zur Bestattung verwendet wird.

b) Über die Pfändbarkeit der Ausstattung von Gräbern und Grüften nach ungarischem Rechte Csépai, ZBlFG. 17, 23.

§ 814.

Erwerb des Versteigerungserlöses. Über Kriener, vgl. oben zu § 1247 BGB.

§ 825.

Hamburg 20. 12. 15, HansGZ. 16 Beibl. 100, OLG. 33, 106, R. 16 Nr. 521, SeuffA. 71, 173, sieht mit Gaupp-Stein in der auf Grund einer Anordnung des Vollstreckungsgerichts gemäß § 825 ZPO. erfolgenden Übereignung gepfändeter Mobilien auf den Pfändungsgläubiger nicht ein Rechtsgeschäfft des bürgerlichen Rechtes, sondern eine gerichtliche Maßnahme, einen behördlichen Akt. Das führe aber nicht dazu, ihr eine weitergehende Wirkung beizumessen, als sie nach der ihr zugrunde liegenden Anordnung des Vollstreckungsgerichts haben sollte. Das AG. habe in seinem Beschluß angeordnet, daß die fraglichen Pfandsachen zu den Taxpreisen des Gerichtsvollziehers dem Gläubiger zu übertragen seien, soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen. Eine solche, der jahrelangen Praxis des KfmG. Hamburg entsprechende Einschränkung widerspreche keiner zwingenden Vorschrift des Gesetzes.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§ 829.

I. Pfändbarkeit im allgemeinen. 1. Teilpfändung. a) *Freymuth 102. Das preußische Formular ZP. Nr. 53 steht für den Fall, daß die Pfandforderung höher als die

Gläubigerforderung ist, auf dem Standpunkte der Teilpfändung. Dieser Standpunkt ist falsch. Richtig RG. 10. 7. 14, LeipzZ. 14, 1895, JW. 14, 1040.

b) Die auf dem falschen Standpunkte beruhenden und auch sonst bedenklichen Worte „auf Höhe" zwischen den Worten „aus" und „gepfändet" sind in dem Formulare zu streichen.

c) Es ist ein neues Formular einzuführen für die Pfändung eines Rechtes, das kein Forderungsrecht ist und dem kein Drittschuldner gegenübersteht.

2. Auslegung der Pfändungsbeschlüsse. RG. 9. 5. 16, JW. 16, 1271, LeipzZ. 16, 1172. Pfändungsbeschlüsse sind Willensakte des Vollstreckungsrichters, und bei ihrer Auslegung ist nach § 133 BGB., dessen Bestimmung nicht auf eigentliche rechtsgeschäftliche Erklärungen beschränkt ist, sondern das ganze Rechtsgeschäft umfaßt, der wirkliche Wille des Vollstreckungsrichters zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Über Ungenauigkeiten in der Ausdrucksweise ist hinwegzusehen und ihnen keine entscheidende Bedeutung einzuräumen, wenn der Beschluß nur im übrigen erkennen läßt, in welchem Umfang und in welchem Sinne der Richter Vollstreckungshandlungen angeordnet hat. Solche Beschlüsse des Vollstreckungsgerichts sind auch nicht für sich allein zu prüfen, sondern es sind bei ihrer Auslegung die ihnen vorangegangenen, sie begleitenden, für ihren Sinn erheblichen Umstände mit in Betracht zu ziehen. (Im gegebenen Falle war gepfändet wegen eines Anspruchs von 100 000 M. der angebliche Geschäftsanteil der Schuldnerin in Höhe von 40 000 M. Es wurde vom RG. als erwiesen angenommen, daß der Vollstreckungsrichter den durch die Worte auf Höhe von 40 000 M. nach seinem Nennbetrage bezeichneten ganzen Geschäftsanteil der Schuldnerin für den Kläger wegen dessen Forderung von 100 000 M. nebst Zinsen und Kosten pfände.)

3. Besondere Fälle der Unpfändbarkeit nach BGB. vgl. zu § 851 ZPO.; ferner KG. 16. 5. 16, KGBl. 16, 51, über Unzulässigkeit von Mietpfändungsbeschlüssen, die nur gegen einen der Miteigentümer gerichtet sind.

4. Pfändung von Mieten eines im Nießbrauche stehenden Grundstücks. RG. 25. 3. 16, GruchotsBeitr. 60, 860, R. 16 Nr. 1510. Ein Duldungstitel gegen den Eigentümer ist nicht erforderlich (RG. 81, 149, GruchotsBeitr. 58, 1031).

II. Pfändbarkeit nach Kriegsrecht. (Zu vgl. JDR. 14 II.) 1. Pfändbarkeit der Entschädigungsansprüche bei Beschlagnahme im Inlande.

a) Lehmann 59. Um eine rechtlich noch nicht hinlänglich verankerte Entstehungsmöglichkeit (im Sinne der Entsch. RG. 74, 28) handelt es sich bei dem sog. Anspruch auf die Verstrickungsentschädigung, wo deren Gewährung in das freie Ermessen der Behörden gestellt ist. Folglich ist der Anspruch erst nach der Festsetzung pfändbar. — Wo dagegen ein rechtlicher Anspruch auf Entschädigung anerkannt ist, dessen Höhe der Festsetzung bedarf, besteht kein Bedenken gegen seine Pfändbarkeit. Denn der Entschädigungsanspruch trägt privatrechtlichen Charakter, ein Ausschluß seiner Pfändbarkeit nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung ist gegenüber den Gläubigern des Entschädigungsberechtigten nicht erfolgt. Der Anspruch wurzelt ferner in dem Rechtsverhältnisse der Verstrickung, er ist also auch rechtlich hinlänglich verankert. — Die Pfändung erfolgt nach § 829 ZPO., also durch Zustellung eines gerichtlichen Zahlungsverbots an den Drittschuldner (die zahlungspflichtige Behörde, Kriegsgesellschaft, Kommunalverband) und eines Verfügungsverbots an den Schuldner (den Vergütungsberechtigten). Sie setzt einen vollstreckbaren Titel voraus. Eine außergerichtliche Verpfändung nach § 845 ZPO. ist ebenfalls zulässig.

b) Bab, JW. 16, 1268. Dem Leistungspflichtigen steht nach dem Kriegsleistungsgesetz ein Anspruch gegen den Reichsmilitärfiskus nicht zu, ausgenommen im Falle des § 3 Nr. 6, wo die Vergütung nach § 20 Abs. 1 KLG. aus der Kriegskasse zu zahlen ist. Daher darf regelmäßig bei einer Pfändung der nach dem KLG. zuständigen Vergütungsansprüche der Pfändungsbeschluß nicht der Militärbehörde (Intendantur) zugestellt werden. Drittschuldner ist lediglich die Gemeinde (bzw. der Lieferungsverband). An deren gesetzlichen Vertreter hat die Zustellung gemäß § 829 zu erfolgen.

2. Pfändbarkeit der Ersatzansprüche bei Beschlagnahme im besetzten Feindeslande.

a) Heine, LeipzZ. 16, 798, bejaht die Pfändbarkeit im Anschluß an Schäffer, JW. 15, 1296, 1499; 16, 28, und Katz, DJZ. 15, 1072, gegen Beer, DJZ. 15, 1172, und Posen 23. 7. 15, JW. 15, 1037 (JDR. 14 II 4), Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 2, 375 ff.). Nimmt man die Rechtsbeständigkeit der Ansprüche an, so ist ihre Pfändbarkeit weder durch ihre öffentlich-rechtliche Natur noch dadurch ausgeschlossen, daß für sie der ordentliche Rechtsweg nicht offensteht. Der Beschluß der Reichsentschädigungskommission (VO. v. 25. 4. 15) ist nicht anspruchserzeugender, sondern anspruchanerkennender Natur. Die nötige Bestimmbarkeit fehlt den in Rede stehenden Ansprüchen keineswegs, ihre tatsächlichen Grundlagen genügen, wenn sie vorliegen, durchaus.

b) Dagegen tritt Breslau 9. 5. 16, JW. 16, 974, der Entsch. Posen 23. 7. 15 bei. Bei dem Haager Abkommen handelt es sich lediglich um ein völkerrechtliches Übereinkommen zwischen den einzelnen Staaten. — Erst nach der Festsetzung durch die Reichsentschädigungskommission läßt sich von einem Anspruche des Privaten gegen den Reichsfiskus sprechen. — Art. 545 Code civ. ist nicht anwendbar, weil der erobernde Staat die Beschlagnahme nicht als Vertreter der ordentlichen Staatsgewalt, sondern als erobernder Staat vornimmt. (Dies gegen LG. Posen 19. 7. 15, JW. 15, 1041.) Ebenso LG. Breslau 5. 4. 16, DJZ. 16, 740, und Breslau 9. 5. 16, BreslauAK. 16, 62. (Daß auch Forderungen privater Natur, die im öffentlichen Rechte begründet sind, der Pfändung unterliegen und sich als solche die Entschädigungsforderungen auf Grund der VO. v. 25. 4. 15 darstellen, hat Breslau 1. 12. 15, BreslauAK. 16, 11, anerkannt.)

c) Lehmann, 88 ff., 92 ff., bejaht die Frage der Pfändbarkeit des Entschädigungsanspruchs erst für die Zeit nach Feststellung des Anspruchs gemäß § 1 VO. v. 25. 4. 15. Vor Einsetzung der Reichsentschädigungskommission verneint er jeden Entschädigungsanspruch auf Grund des Satzes: Für eine völkerrechtliche Enteignung aus Gründen militärischer Notwendigkeit durch den Besetzenden fehlt bis heute ein anerkannter Rechtssatz des Völkerrechts oder äußeren Staatsrechts, der einen Entschädigungsanspruch der betreffenden Privatperson gegen den besetzenden Staat begründen würde. Die Haager Konventionen haben bisher nur zur Anerkennung eines Entschädigungsanspruchs des besetzten oder eines neutralen Staates geführt. — Die Pfändbarkeit des Entschädigungsanspruchs vor dem Beschluß ist gleichfalls ohne weiteres zu verneinen. Es verhält sich damit gerade wie mit dem sog. Anspruch auf die Verstrickungsentschädigung nach der VO. über die Sicherstellung von Kriegsbedarf (siehe oben 1a). Beide Male handelt es sich um bedingte Ansprüche, denen die nötige rechtliche Verankerung in einem bestehenden Rechtsverhältnisse fehlt; die bloße Möglichkeit, daß sich aus einem Tatbestand einmal Ansprüche entwickeln können, genügt noch nicht. — Dagegen besteht gegen die Verfolgung des Anspruchs auf die durch die Kommission der Höhe nach festgestellte Entschädigung im ordentlichen Rechtswege kein Bedenken, wenn die Kommission ihre Entscheidung auf die Höhe des Anspruchs beschränkt hat (§ 1 Abs. 2 VO.).

§ 830.

1. Übergabe des Hypothekenbriefs. KG. 7. 5. 14, OLG. 33, 155. Übergabe des Hypothekenbriefs aus tatsächlichen Gründen verneint, weil die Einreichung zu den Grundakten nicht an den Beschwerdeführer gerichtet war, auch nicht ersichtlich machte, welchen Pfändungsinteressenten der mittelbare Besitz oder Mitbesitz eingeräumt werden sollte.

2. Pfändung zukünftig fällig werdender Hypothekenzinsen. **RG.** 7. 1. 16, LeipzZ. 16, 462, R. 16 Nr. 523. Rechtsirrig ist die Ansicht, daß eine ohne nachfolgende Übergabe des Hypothekenbriefs erfolgte Pfändung zukünftig fällig werdender Hypothekenzinsen infolge Eintritts der Fälligkeit nachträglich wirksam werde, da nunmehr die Pfändung der fällig gewordenen Zinsen ohne Übergabe des Hypothekenbriefs jederzeit rechtswirksam erfolgen könne. Denn das Gesetz schreibt im § 830 ZPO. für die Pfändung einer durch Hypothek gesicherten Forderung ausdrücklich die Übergabe des gebildeten Hypothekenbriefs

vor und läßt im Abs. 3 nur für rückständige Zinsen eine Ausnahme zu. Liegt die für den Regelfall des Abs. 1 verlangte Übergabe nicht vor, so ist die Pfändung ohne Rechtswirkung und kann solche auch nicht durch das bloße Herankommen des Fälligkeitstermins erlangen.

3. Pfändung von Eigentümergrundschulden. BayObLG. 24, 6. 16, OLG. 33, 107, R. 16 Nr. 731. Das Erfordernis der Eintragung wird nicht dadurch gegenstandslos, daß mit dem Zuschlage das dingliche Recht erlischt und damit die Eintragung der Pfändung nicht mehr möglich ist. Allerdings gilt nach § 830 Abs. 2 die Pfändung, wenn sie vor der Eintragung dem Drittschuldner zugestellt wird, diesem gegenüber mit der Zustellung als bewirkt. Diese Vorschrift bedeutet aber nur, daß die Wirkung der Pfändung, „wenn" diese durch die Eintragung wirksam wird, dem Drittschuldner gegenüber auf den Zeitpunkt der Zustellung zurückbezogen wird (**RG.** 76, 231). Dagegen betrifft sie die Frage nicht, ob die Pfändung auch dann wirksam wird, wenn ihre Eintragung durch das Erlöschen des gepfändeten Rechtes rechtlich unmöglich wird; dies ist vielmehr zu verneinen. Der § 830 Satz 3 enthält zur Sicherung des Rechtsverkehrs eine zwingende Anordnung, deren Nichtbefolgung die Entstehung des Pfandrechts ausschließt (**RG.** 70, 278).

4. Anwendung der Grundsätze auf Pfändung von Pferdegeldforderungen gegen die Kriegskasse (§ 1 BRVO. v. 12. 8. 14, RGBl. 14, 370). Nürnberg 1. 2. 16, BayRpflZ. 16, 97, R. 16, 138/139. Zur Pfändung der Forderung eines Pferdebesitzers für die Überlassung eines Pferdes an die Militärbehörde, für die eine Anerkenntnisurkunde ausgestellt ist, ist außer dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe der Urkunde an den Gläubiger erforderlich. Der Gläubiger, der auf Grund des Pfändungsbeschlusses die Wegnahme der Anerkenntnisurkunde bewirkt, hat daher den Vorrang vor den Gläubigern, die zwar frühere Pfändungsbeschlüsse erwirkt, aber nicht die Wegnahme der Urkunde betrieben haben.

§ 832.

1. Pfändung des Arbeitsverdienstes aus einem fortlaufenden Werkvertrage. Stuttgart 8. 6. 16, WürttZ. 28, 63. Zwar hat der Schuldner mit dem Drittschuldner einen Werkvertrag abgeschlossen, wonach ersterer verpflichtet ist, Sand aus der Murr für den Drittschuldner im Akkorde zu schöpfen und wobei der Schuldner nach Maßgabe der geschöpften Menge Sand entlohnt wird. Allein es steht hierbei ein Arbeits- oder Dienstverhältnis in Frage, das die Arbeitskraft des Schuldners völlig in Anspruch nimmt und wobei — vorbehaltlich späterer Abrechnung — wöchentliche Lohnzahlung stattfindet, so daß es sich hierbei um ein Arbeitsverhältnis handelt, bei dem die Sache geradeso liegt, wie wenn der Schuldner beim Drittschuldner im Dienste stände und behufs Bestreitung seines Lebensunterhalts einen fortlaufenden Lohn beziehen würde. Eine derartige Forderung fällt unter § 832 ZPO., der zutrifft, wenn es sich um eine einheitliche Forderung mit ratenweise fälligen Beträgen handelt, die Ähnlichkeit mit einer Gehaltsforderung hat.

2. Provisionsforderung eines festangestellten Handelsagenten. Fuchs, JW. 16, 1229, bezieht § 832 (gegen Cohn, DJZ. 08, 1218) auch auf die Provisionsforderung eines von einer Firma für eine Reihe von Jahren angestellten Handelsagenten. Die Unselbständigkeit des Bezugsberechtigten und der Unterhaltscharakter des Bezugsrechts sind keine Erfordernisse des Gesetzes, sondern lediglich die Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses als Quelle der einzelnen Bezüge.

§ 834.

Colmar 1. 2. 15, ElsLothJZ. 16, 95. § 834 besagt nur, daß vor der Pfändung der Schuldner über das Pfändungsgesuch nicht zu hören ist. Dadurch wird aber dem Schuldner die Möglichkeit nicht genommen, nach der Pfändung Einwendungen gegen den Pfändungsbeschluß zu erheben.

§ 835.

Abs. 2. Wem stehen die mündlich versprochenen Zinsen der Grundschuld nach deren Pfändung und Überweisung an Zahlungs Statt zu? Gericke 94. An sich eignet jede Hauptforderung die ihr entwachsenden Zinsforderungen trotz einer Pfän-

dung nach wie vor dem Gläubiger der Hauptforderung zu. Allein die im Pfandrechte ruhende Willensenergie ergreift kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift nicht nur die Hauptforderung, sondern auch die Zinsforderungen. Wird nun beispielsweise nur die Hauptforderung, nicht auch jede einzelne Hebung der wiederkehrenden Bezüge — wie dies ja Zinsen sind — an Zahlungs Statt überwiesen, so kann der, zu dessen Gunsten die Überweisung erfolgt ist, über die implizite gepfändeten Zinsforderungen doch nicht verfügen. Sie wachsen noch immer dem Schuldner zu; freilich darf er ebensowenig über sie eine Verfügung treffen, wie der Drittschuldner nicht mehr an ihn zahlen darf. Im gegebenen Falle fehlt nicht nur die Überweisung der einzelnen Hebungen — so daß das Hauptrecht die Zinsforderungen trotz erfolgter Mitverpfändung nicht dem Gläubiger, sondern dem Schuldner zueignen würde —, sondern obendrein hat die Pfändung der unverzinslichen Grundschuld gar nicht die Zinsforderungen ergriffen (114/115).

§ 836.

1. Keine Anwendung des Abs. 3 auf Hypotheken und Grundschulden. Rostock 27. 10. 15, MecklZ. 34, 216, OLG. 33, 111. Der § 836 Abs. 3 gibt den Herausgabeanspruch nur für andere Forderungen als Hypotheken und Grundschulden. Der § 830 erfordert für die Pfändung von Hypotheken und der § 857 Abs. 6 für diejenige von Grundschulden außer dem bezüglichen Gerichtsbeschlusse die Herausgabe des Briefes an den Gläubiger. Die Überweisung im § 837 erfordert nur deshalb nicht mehr die Herausgabe, weil der für den Überweisungsbeschluß vorauszusetzende Pfändungsbeschluß zu seiner vollen Wirksamkeit bereits der Ergänzung durch die Herausgabe bedarf. Es bedarf daher zur Begründung eines Herausgabeanspruchs des Pfändungsgläubigers gegen den dritten Besitzer weder des Grundschuld- bzw. Hypothekenbriefs noch der besonderen Pfändung und Überweisung des Herausgabeanspruchs des Schuldners.

2. Rechtsverhältnisse des Pfändungsgläubigers zu Sparkassen und Depositenkassen als Drittschuldnern. a) Fraeb, ZBlFG. 16, 612. α. Der Anspruch des Pfändungsgläubigers auf Herausgabe des im Besitze der Sparkasse als Drittschuldnerin befindlichen Sparkassenbuchs ist zulässig und nach § 952 BGB. zu bejahen, obwohl § 836 Abs. 3 ZPO. nur den Anspruch auf Auskunftserteilung und Urkundenherausgabe gegenüber dem Schuldner, nicht aber gegenüber dem Drittschuldner betrifft. β. Zu verneinen ist dagegen die Frage, ob die Sparkasse das Sparkassenbuch, sobald es in ihren Besitz gelangt, ohne weiteres Verlangen des Pfändungsgläubigers an diesen herauszugeben hat. Die Bejahung dieser Frage würde eine Auskunftspflicht der Sparkasse begründen; eine solche ist aber nach bürgerlichem Rechte dem Sparkasseneinleger und deshalb auch dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber zu verneinen. Die selbständige prozeßrechtliche Auskunftspflicht des § 840 ZPO. dient lediglich zur Klärung des Verhältnisses zwischen Pfändungsgläubiger und Drittschuldner, nicht aber dazu, das ursprüngliche Schuldverhältnis zu erweitern und dem Vollstreckungsgläubiger Anspruch auf Auskunft zu gewähren, der dem Schuldner früher nicht zustand. Falls die Auskunftspflicht unter § 840 zu rechnen wäre, würde die Handlung nicht durch Klage erzwungen werden können, ihre Nichterfüllung vielmehr nach Abs. 2 lediglich einen Schadensersatzanspruch für den Gläubiger begründen. (Über das Verhältnis des § 808 BGB. zu § 829 ZPO. vgl. oben Ziff. 7 zu § 808 BGB.)

b) Walzer, GenBl. 16, 104, bejaht die Frage, ob bei Abhebung eines gepfändeten Depositenguthabens oder eines Teiles durch den Pfändungsgläubiger die Vorlegung des Depositenbuchs erforderlich ist. Das Depositenbuch ist eine Urkunde im Sinne des § 836 Abs. 3, die Bank oder Sparkasse ist berechtigt, einzuwenden, daß sie nur gegen Vorlegung des Depositenbuchs Zahlung zu leisten verpflichtet sei.

§ 840.

LG. Essen 16. 5. 16, JW. 16, 1295, billigt die Weigerung des Gerichtsvollziehers, die Erklärung eines Bureauangestellten des Drittschuldners entgegenzunehmen. Die vom Drittschuldner verlangte Erklärung soll keine bloße Auskunft

über das Bestehen der Forderung, sondern eine rechtsverbindliche Willenserklärung sein. Es ist nicht anzunehmen, daß der Angestellte, wenn er auch von dem Bestehen der Forderung Kenntnis haben mag, über die Zahlungspflicht des Drittschuldners eine für ihn bindende Willenserklärung (**RG.** 41, 421) abgeben darf.

§ 845.

1. „Wirkung des Arrestes", Anwendbarkeit des § 945 ZPO.? Hamburg 5. 7. 16, HansGZ. 16 Beibl. 277, LeipzZ. 16, 1508. Was das Gesetz im § 845 Abs. 2 unter „Wirkung eines Arrestes" meint, hat es dadurch umschrieben, daß es hinter diese Worte in Klammern den § 930 ZPO., der ausspricht, daß die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen durch Pfändung bewirkt wird, gesetzt hat. Danach sind aber die Eingangsworte des § 845 Abs. 2 richtig dahin zu lesen, daß die Benachrichtigung an den Drittschuldner „die Wirkungen einer Arrestvollziehung" oder noch korrekter gesprochen „die Wirkung einer in Vollziehung eines Arrestes erfolgten Forderungspfändung" hat. Demgegenüber spricht § 945 ZPO. von der Arrestanordnung. Nur sie, wenn sie von Anfang an ungerechtfertigt war, hat die Schadenshaftung des Arrestgläubigers, ohne daß ihm bei Erwirkung der Anordnung ein Verschulden zur Last zu fallen braucht, zur Folge. Diesem Akte des Gerichts ist aber der Privatakt des § 845 nirgends gleichgestellt, und schon deswegen ist die Anwendbarkeit der Regeln des § 945 auf die ungerechtfertigte Privatpfändung ausgeschlossen. (Schließlich kommt in Betracht, daß § 945 nur von der Erstattung des Schadens, welcher dem Gegner aus der Arrestvollziehung entstanden ist, spricht. Gegner des gemäß § 845 ZPO. vorgenommenen Privatpfändungsakts ist aber der Schuldner, nicht wie im gegebenen Falle eine an dem Prozeß, in welchem die Zwangsvollstreckung betrieben war, unbeteiligte dritte Person. — Vgl. auch oben II 2 c β zu § 823 BGB.

2. Erinnerung gegen die Vorpfändung von Gehaltsansprüchen des Schuldners wegen Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Colmar 10. 6. 14, BuschsZ. 46, 13. Die von Freudenthal vertretene, übrigens von ihm selbst als bestritten bezeichnete Ansicht, daß der Rechtsbehelf des Schuldners gegen die Vorpfändung nach § 845 die Feststellungsklage auf Unwirksamkeitserklärung sei, geht offenbar von der unrichtigen Auffassung aus, daß die Vorpfändung ein reiner Privatakt sei, dem die Natur einer Vollstreckungshandlung nicht zukomme. Nach der Stellung des § 845 im Systeme der ZPO. und wegen des Zweckes, der mit der Vorpfändung beabsichtigt wird (§§ 845 Abs. 2, 930 ZPO.), ist letzteres aber zweifellos unrichtig (OLG. 19, 8). — Vgl. JDR. 14, 2.

3. Wird der Drittschuldner, der in Unkenntnis der durch Ersatzzustellung erfolgten Pfändung an seinen Gläubiger zahlt, dadurch auch dem Pfändungsgläubiger gegenüber befreit? **RG.** 21. 12. 15; 87, 412, JW. 16, 426, LeipzZ. 16, 739, bejaht die Frage unter Widerlegung der Ausführungen von Fabian, JW. 14, 451 (vgl. JDR. 13, § 829 III 5). Dem Revisionskläger ist zunächst darin beizupflichten, daß die die Verneinung der Frage aussprechende Ansicht zu unbilligen Ergebnissen führt und daher nur dann der gegenteiligen Meinung vorzuziehen wäre, wenn sie sich aus den gesetzlichen Bestimmungen mit Notwendigkeit ergäbe. Nach ihr müßte ein Drittschuldner selbst dann nochmals an den Pfändungsgläubiger zahlen, wenn er unmittelbar nach der Ersatzzustellung des Pfändungsbeschlusses, zu einer Zeit, zu der er von dieser ohne jedes Verschulden aller in Betracht kommenden Personen noch keine Kenntnis erlangt hat, seinen Gläubiger befriedigt, z. B. wenn die Zustellung erfolgt, während er sich bereits von seiner Wohnung oder von seinem Geschäftszimmer entfernt hat, um den geschuldeten Geldbetrag seinem Gläubiger zu überbringen. Der Schuldner kann nie wissen, ob nicht eine Pfändung der Forderung im letzten Augenblick erfolgen wird; er dürfte daher, wenn er sicher gehen wollte, nur in seiner Wohnung oder in seinen Geschäftsräumen, in denen die Zustellung nach §§ 180 ff. ZPO. zu erfolgen hat, Zahlung leisten, während doch Geldschulden nach § 270 BGB. Bringschulden sind. — Es wird dann weiter ausgeführt, daß das Pfändungspfandrecht, soweit sich nicht aus den Bestimmungen der ZPO. ein anderes ergebe, nach § 804 ZPO. unter

den Pfandrechtsvorschriften des bürgerlichen Rechtes stehe und daher §§ 1275, 407 BGB. anzuwenden seien. Es sei zu verneinen, daß sich aus anderen Vorschriften des BGB. oder aus der ZPO. die Unanwendbarkeit des § 407 auf das Pfändungspfandrecht ergebe. § 829 Abs. 3 ZPO. regele nur die Entstehung des Pfändungspfandrechts und den Zeitpunkt, in dem dieses wirksam werde, ohne etwas über die hier in Betracht kommende Frage zu sagen, worin die Wirkungen bestehen. In der ZPO. sei keine Bestimmung enthalten, nach der die Zustellung die Kenntnisnahme von dem Inhalte des zugestellten Schriftstücks allgemein, auch für eine nach dem bürgerlichen Rechte erforderliche Kenntnis, ersetze. §§ 1070 Abs. 2, 2129 BGB. und §§ 392, 406 BGB. regelten Sonderfälle, aus denen sich vielmehr eher die Ansicht herleiten lasse, daß sich die Gleichstellung von Zustellung und Kenntnis nicht von selbst verstehe und außerhalb dieser Sonderfälle nicht gelte. — Vgl. Czarnikow, NaumburgAK. 16, 26.

§ 847.

RG. 12. 11. 15, LeipzZ. 16, 809, R. 16 Nr. 524. Nach Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe einer beweglichen Sache ist der Schuldner-Gläubiger nicht befugt, auf Herausgabe an einen von ihm bestimmten Gerichtsvollzieher zu klagen. Dies steht im Widerspruche mit den Rechten des Pfandgläubigers und des Schuldners gemäß § 847 Abs. 1 ZPO.

§ 850.

I. **Abs. 1. — Ziff. 1.** 1. Zur Auslegung des Lohnbeschlagnahmegesetzes. a) § 3. Berufsaufwand des Schauspielers. Karlsruhe 26. 4. 16, OLG. 33, 114. Im § 3 Abs. 2 LohnBG. ist nicht bestimmt, daß der Betrag, den der Schuldner als Ersatz seiner Auslagen zu beanspruchen hat, nicht pfändbar ist. Dieser Betrag ist deshalb pfändbar. Vgl. JDR. 13 I 3.

b) LG. Karlsruhe 29. 12. 13, JDR. 13 I 6 b, über die Berechnung des pfandfreien Betrags bei wandelbaren Bezügen des Schauspielers jetzt auch ausführlich BuschsZ. 46, 220.

c) Zu § 4 a. α. Rücker, R. 16, 102. Erhebt der Schuldner Erinnerung gegen die Pfändung seiner Lohnforderung zugunsten des Unterhaltsanspruchs seines unehelichen Kindes unter Hinweis auf den Vorzug der Unterhaltsansprüche seiner Verwandten und Ehefrau, so genügt der bloße Nachweis der Unzulänglichkeit nicht, falls der Schuldner überhaupt nicht die Absicht hat, diese Unterhaltspflicht gegenüber den Verwandten zu erfüllen. In Zweifelsfällen ist die Pfändung und die Überweisung zur Einziehung mit dem Vorbehalte der Verwendung der Vergütung zur Erfüllung der bevorzugten Unterhaltsansprüche auszusprechen und aufrechtzuerhalten. Dagegen Harder, R. 16, 374. Nur in einem streitigen Verfahren könnte wirklich das Maß der notwendigen Ernährungsbeiträge festgestellt werden. Das geltende Gesetz sieht aber eine entsprechende Anwendung der §§ 872 ff. ZPO. nicht vor.

β. Breslau 13. 7. 15, OLG. 33, 115. Für eine entsprechende Anwendung des § 1609 ist kein Raum. Liegt dem Schuldner gegenüber seiner Mutter keine gesetzliche Unterhaltspflicht ob, so braucht der Gläubiger auf die an die Mutter freiwillig oder auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung etwa gezahlten Unterhaltsbeiträge nicht Rücksicht zu nehmen.

d) Zusammenrechnung von Pension und Nebenverdienst. LG. Magdeburg 15. 6. 16, NaumburgAK. 16, 69. Bei Feststellung der Pfändbarkeit (es handelte sich um das Ruhegehalt eines pensionierten Eisenbahnbeamten, der zusammen mit neuerlichem Dienstlohne mehr als 2000 M. bezog) dürfen derartige verschiedene Forderungen nicht zusammengerechnet werden, wenn die eine unter das Beschlagnahmegesetz, die andere unter § 850 Ziff. 8 fällt, da § 850 Abs. 2 eine solche Zusammenrechnung nur in den Fällen der Ziff. 7 u. 8 dieses Paragraphen gestattet. Vgl. JDR. 13 I 1 u. Hamburg 10. 7. 13, jetzt auch OLG. 33, 116.

2. Zur Ausdehnung des unpfändbaren Gehalts auf 2000 M. nach der BRVO. v. 17. 5. 15 (vgl. JDR. 14 I 2 u. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 2,

126 ff.). Schneider, BayRpflZ. 16, 131, wendet sich gegen Kastner, DJZ. 15, 813, der ausführt, daß die erhöhte Pfändungsgrenze durch Erinnerung gemäß § 766 geltend zu machen sei. § 2 Abs. 2 VO. will gerade das umständliche Erinnerungsverfahren nach § 766 ausschließen. Schuldner, die an der Front stehen, sind kaum in der Lage, gegen derartige frühere Pfändungsbeschlüsse auf dem Wege der Erinnerung vorzugehen. Die VO. ist wörtlich dahin auszulegen, daß ein früher erlassener Pfändungsbeschluß, soweit er die 2000-M.-Grenze verletzt, derart unwirksam wird, daß der Schuldner vom Drittschuldner ohne weiteres die Auszahlung der Differenzbeträge verlangen kann und der Drittschuldner dem Gläubiger nur den die Summe von 2000 M. übersteigenden Betrag zu zahlen hat. Dagegen Wertheimer, BayRpflZ. 16, 255; zustimmend Dittrich ebenda. (Nach der Rechtsprechung des Münchener AG. werden die älteren Pfändungen nur insoweit als zu Recht bestehend erachtet, als sie mit der Bek. v. 17. 5. 15 im Einklange stehen; andernfalls wird ein gebührenfreier Feststellungsbeschluß erlassen, der nicht in das Vollstreckungsregister eingetragen, sondern zu den Akten genommen wird.)

3. Weber, DRZ. 16, 239, verlangt Staffelung des pfandfreien Betrags nach Zahl und Alter der zu ernährenden Personen, wie sie in der Armenpflege und bei Feststellung des notdürftigen Unterhalts allgemein üblich sei. Vgl. Meyer, JDR. 13 IX.

Ziff. 2. Altenteilsforderungen. Stuttgart 11. 11. 15, R. 16 Nr. 104, WürttJ. 28, 67, WürttZ. 16, 202. Altenteilsforderungen sind keine gesetzlichen Unterhaltsforderungen im Sinne der Ziff. 2, denn sie werden kraft Vertrags geschuldet; es genügt nicht, daß sie wirtschaftlich als Unterhaltsgewährung wirken. Nach württ. Rechte kommt auch nicht der Ausschluß der Übertragbarkeit in Betracht. (Art. 96 EGBGB., da nach Art. 10 G. betr. d. Leibgedingsvertrag v. 2. 12. 04 nur die Vermietung oder die unentgeltliche Überlassung der vorbehaltenen Wohnung an dritte Personen nicht gestattet ist.) Die fortlaufenden Einkünfte des Schuldners fallen ferner nicht unter § 850 Nr. 3 ZPO., da sie nach dem Inhalte des vorliegenden Vertrags einen Teil der vertragsmäßigen Gegenleistung des das Gut übernehmenden Sohnes bildeten und daher auf entgeltlichem Erwerbe beruhten.

Ziff. 3. Leibrente. Hamburg 29. 10. 15, HansGZ. 16 Beibl. 83. Eine im Testamente der Mutter dem Sohne bestellte Leibrente beruht auch dann auf der Freigebigkeit „eines Dritten", wenn die Anrechnung dieser Rente auf den Erbteil des Sohnes angeordnet ist. — Für die Anwendung des § 850 Nr. 3 kommt nur die tatsächliche Bedürftigkeit des Schuldners in Betracht, gleichgültig, ob er sie verschuldet hat oder nicht.

II. **Abs. 2.** Wie ist die Schadensersatzrente zuzuerkennen, wenn der Schädiger auf einstweilige Verfügung hin im voraus Zahlungen geleistet hat und die Klageforderung gepfändet und zum Teil abgetreten worden ist? **RG.** 17. 2. 16, LeipzZ. 16, 751. Selbstverständlich kommt bei der Anrechnung der von der Beklagten geleisteten Zahlungen das dem Kläger im § 850 Abs. 3 ZPO. und in der BRVO. v. 17. 5. 15 gewährleistete Recht auf pfandfreie Belassung eines Teiles des Rentenanspruchs überhaupt nicht in Frage. Dagegen sind die nach Anrechnung der geleisteten Zahlungen noch nicht getilgten Rentenbeträge, soweit sie nach jenen Vorschriften der Pfändung nicht unterworfen sind und daher nach § 400 BGB. auch nicht abgetreten werden können, von der Beklagten an den Kläger abzuführen und erst der jeweilige Überschuß zur Befriedigung der Pfandgläubiger und Zessionare nach Maßgabe der Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse sowie der Abtretungserklärungen und nach ihrem zeitlichen Verhältnisse zueinander zu verwenden.

III. **Abs. 5.** Kriegszulage eines nicht mobilen Bekleidungsamtsinspektors. Dresden 2. 10. 15, JW. 16, 515, LeipzZ. 16, 84, OLG. 32, 326, SächsOLG. 37, 80. Die Zweckbestimmung der Kriegszulage, dem Beamten der Militärverwaltung während des Krieges den Aufenthalt außerhalb seines Wohnsitzes und den damit verbundenen doppelten Aufenthalt zu ermöglichen und ihn für den Mehraufwand zu entschädigen, läßt ihre Natur als Dienstaufwandsentschädigung und die Unpfändbarkeit nach Abs. 5 erkennen. So erscheint sie den Tagegeldern wesensgleich, die neben dem Gehalt und dem Wohnungsgeldzuschusse der Beamten einhergehen.

§ 851.

1. Baugelddarlehen. München 9. 2. 16, OLG. 33, 117. Die Pfändung eines Baugelddarlehns ist zulässig jedenfalls, wenn und soweit die zur Auszahlung abgetretene oder gepfändete Forderung zur Deckung von Leistungen dient für denjenigen Bau, für den das Baugelddarlehn bestimmt ist, weil durch eine derartige Abtretung das Baukapitaldarlehn seinen ursprünglichen Zweck beibehält und erfüllt.

2. Unpfändbare Ansprüche des Gesellschafters aus § 717 BGB. a) KG. 8. 5. 15, OLG. 33, 118. Der Anspruch des Gesellschafters auf Rechnungslegung ist ein höchstpersönlicher und kann auch an denjenigen nicht abgetreten werden, dem der Anspruch auf Auseinandersetzung bereits abgetreten ist.

b) Auf Kostenbeitragung, wenn Prozeßführung auf gemeinsame Kosten vereinbart ist, Hamburg 1. 4. 16, OLG. 33, 119, da die zu erstattenden Kosten einen Beitrag zu der Gesellschaft darstellen.

3. Wegen der Unpfändbarkeit des Kündigungsrechts s. § 857, 5.

§ 852.

Weiteste Auslegung des Begriffs. Hamburg 10. 2. 16, OLG. 33, 120. Es liegt kein Anhalt dafür vor, daß diese anläßlich des BGB. in die ZPO. aufgenommene Vorschrift auf Pflichtteilsansprüche auf Grund des BGB. beschränkt sein sollte. Der gesetzgeberische Grund trifft auch auf den gemeinrechtlichen Anspruch eingekindschafteter Kinder auf Ergänzung des Pflichtteils zu.

§ 857.

1. Pfändung des Berichtigungsanspruchs. du Chesne, DNotV. 16, 73 (vgl. KGJ. 47 A 169, JDR. 14, 3). Bejaht wird die Pfändbarkeit, aber der vom KG. gegebenen Begründung widersprochen. Das Berichtigungsinteresse ist kein wirtschaftliches, auf die Befriedigung menschlicher Bedürfnisse gerichtetes, sondern ein formales, verfahrensmäßiges. Ein Verfahrensanspruch, der einem Vermögensrechte zur Durchführung verhilft, ist deshalb noch kein Vermögensrecht, ebensowenig wie der prozessuale Rechtsschutzanspruch des Vindikanten ein dingliches Recht ist. § 857 ZPO. ist nicht unmittelbar, sondern nur gesetzesähnlich auf die Pfändung des Berichtigungsanspruchs anzuwenden.

2. Pfändung des Nießbrauchs. KG. 18. 3. 15, KGJ. 48, 212. Da der Nießbrauch selbst nicht übertragen werden kann, kann er auch nicht gepfändet werden. Gepfändet werden kann nach ausdrücklicher Vorschrift des § 857 Abs. 3 ZPO. immer nur die Ausübung des Nießbrauchs. Gemäß § 804 gewährt das Pfandrecht dem Gläubiger im Verhältnisse zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Pfandrecht. Da die Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs durch vertragliches Pfandrecht nur schuldrechtliche Wirkungen auslöst, so kann auch eine Pfändung dieser Nießbrauchsausübung nur ein schuldrechtliches Verhältnis begründen.

3. Pfändung der Malzkontingente. (BRVO. v. 15. 2. 15; zu vgl. JDR. 14, 4.) Dittrich 66. Die Pfändung des Kontingents als solchen ist wegen seines Zusammenhanges mit dem Gewerbebetrieb unzulässig. Die Pfändung der Befugnis, das Kontingent auf einen anderen zu übertragen, mag vielleicht zulässig sein. Durch die Pfändung kann aber im Hinblick auf die Natur des Kontingentsrechts nicht verhindert werden, daß der Brauberechtigte von dem Kontingente — sei es im laufenden oder im folgenden Vierteljahre — beliebig viel für sich verwendet und damit die Veräußerungsbefugnis zunichte macht. Eine Verwertung des erlangten Pfandrechts dürfte deshalb ohne gutwillige Mitwirkung des Brauereiinhabers kaum möglich sein.

4. Zwangsversteigerung von Rechten. Conrades 94. Es mag sein, daß die Versteigerung des Ausübungsrechts zulässig ist, wenn sie nicht eine Umgehung des § 1092 BGB. in Verb. mit § 857 a. E. ZPO. enthält, sondern etwa als meistbietende Verpachtung auf bestimmte Zeit geschieht. Jedenfalls ist Vorsicht am Platze und besser eine Verwaltung nach § 857 Abs. 3 anzuordnen, wenn es sich um Rechte handelt, an deren Versteigerung

voraussichtlich nur Eingeweihte teilnehmen. (Im gegebenen Falle hatte die Versteigerung eines unveräußerlichen Ölgewinnungsrechts 460 M. gebracht. Die Ausbeutung durch den Ersteigerer ergab in einigen Monaten mehrere 1000 M. Reingewinn. Der Schuldner konnte gemäß § 767 ZPO. vorgehen.)

5. Kann der Gläubiger, der die Ansprüche seines Schuldners aus der Lebensversicherung gepfändet hat, zur Erlangung der Rückkaufssumme das Versicherungsvertragsverhältnis kündigen? Busch 63. Das Recht auf Kündigung ist eine reine Willensbefugnis, kein selbständiges, der Vollstreckung nach § 857 ZPO. fähiges Vermögensrecht. § 66 GenG. stellt einen Ausnahmefall dar und beweist, daß an sich die Kündigung eines ganzen Schuldverhältnisses zwar ein Recht der Partei ist, der die Kündigung vertraglich und gesetzlich zusteht, daß sie aber für sich selbst der Zwangsvollstreckung durch einen Gläubiger nicht unterliegt. Das Pfandrecht an Forderungen und anderen Vermögensrechten gibt dem Pfandgläubiger nur einen Ausschnitt aus der Rechtsstellung seines Schuldners, nicht aber die Herrschaft über das Schuldverhältnis selbst. Die Vollstreckung in ein Schuldverhältnis ist dem Gesetz unbekannt. Es ist rechtlich unmöglich, daß der Pfandgläubiger, dessen Anspruch auf Zahlung der Rückkaufsumme erst von dem Schicksale des Schuldverhältnisses abhängt, von sich aus dieses Schicksal bestimmt.

§ 859.

1. Pfändung des Erbanteils. **RG.** 8. 10. 15, R. 16 Nr. 290. Die Pfändung des Anteils eines Miterben am Nachlaß umfaßt den Erbteil, wie er zur Zeit der Pfändung dem Schuldner zusteht, gibt dem Gläubiger das Recht, die Auseinandersetzung zu beantragen, und gewährt ihm regelmäßig ein Pfandrecht an den bei der Teilung auf den gepfändeten Erbteil fallenden Gegenständen (**RG.** 60, 126; zu vgl. JDR. 14, II 2). Nach erfolgter Auseinandersetzung kann von dem Anteile des Miterben am Nachlasse nicht mehr die Rede sein, und ein solcher kann deshalb auch der Pfändung eines Gläubigers des Miterben nicht unterliegen.

2. Pfändung einer Nachlaßforderung. Rostock 22. 7. 16, MecklZ. 35, 92. Die Pfändung einer angeblichen Nachlaßforderung gegen einen einzelnen Miterben auf Grund eines gegen alle Erben ergangenen Vollstreckungstitels ist zulässig, wenn es auch zweckmäßig ist, im Beschlusse besonders hervorzuheben, daß er erst in Wirksamkeit tritt, wenn auch gegen die anderen Miterben gleichlautende Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse erwirkt sind.

§ 861.

Gegenstand der Haftung. Oertmann, IheringsJ. 66, 183. Man kann nicht mit Hein (Duldung der Zwangsvollstreckung 110, 139) das Nutzungsrecht des Mannes als von der Haftung ergriffen bezeichnen. Dieses ist als solches gar kein Gegenstand der Vollstreckung. Mit Recht bezeichnet das Gesetz vielmehr als Gegenstände der Vollstreckung „die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände" und „das eingebrachte Gut", §§ 737, 739. Die Haftung des Vermögens auch in der Hand des Nutzungsberechtigten bedeutet somit einfach, daß sein Nutzungsrecht den Fortbestand der Haftung, die Vollstreckungsmöglichkeit, nicht hindert, hinter ihr zurückstehen muß.

Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 864.

1. Über Rückgewähr bei der Anfechtung vgl. unten zu § 7 AnfG.

2. Zwingende Natur des § 5 KriegsteilnehmerschutzG. v. 4. 8. 14. Schack, DNotV. 16, 269. Dieselben Gründe, die dazu geführt haben, einen Verzicht des Schuldners auf das Pfändungsvorrecht des § 811 Ziff. 1 ZPO. und auf die Einhaltung der Vollstreckungsfrist des § 798 für unzulässig und unwirksam zu erklären, lassen auch das Verbot des G. v. 4. 8. 14 als eine zwingende Vorschrift, demnach die Zwangsversteigerung von Grundstücken trotz seines Einverständnisses als unzulässig erscheinen.

§ 866.

1. Inwiefern bedarf es im Verwaltungszwangsverfahren eines Schuldtitels? a) KG. 15. 10. 14, OLG. 33, 157, hält an seiner KGJ. 25, 181 und 39, 261 ausgesprochenen und in der ersteren Entscheidung näher begründeten Ansicht fest, daß auch das Verwaltungszwangsverfahren stets einen Schuldtitel voraussetzt. Im gegebenen Falle wurde festgestellt, daß für die in Frage kommenden Reichsstempel die den Vorschriften entsprechende Nachweisung den Schuldtitel bildet.

b) KG. 26. 1. 16, OLG. 33, 156. Die einer Berufsgenossenschaft auf Grund §§ 731 ff., 754 RVO. geschuldeten Beiträge werden in jedem Jahre nach Maßgabe des Jahresbedarfes verteilt. Diese Festsetzung in der Heberolle bildet jedesmal einen besonderen Schuldtitel. Die Zusammenrechnung mehrerer Auszüge aus der Heberolle für die Eintragung der Sicherungshypothek ist daher unzulässig (**RG.** 84, 273, KGJ. 47, 310).

c) LG. II München 7. 5. 14, BayNotZ. 53, 275. Die Bestimmungen der ZPO. finden keine Anwendung auf die Eintragung von Sicherungshypotheken zugunsten von Abgaben des Staates auf Grund Art. 123 BayAGBGB. Diese Eintragung erfolgt kraft Gesetzes auf das Ersuchen der Finanzbehörde, nicht auf Grund eines Vollstreckungstitels.

d) **RG.** 15. 2. 16; 88, 99. Ist die Sicherungshypothek eingetragen, so bedarf es im Verwaltungszwangsverfahren (VO. v. 15. 11. 99, GS. 545) eines vom Gerichte nach den Vorschriften der ZPO. zu erlassenden dinglichen Vollstreckungstitels ebensowenig, als es überhaupt eines gerichtlichen Vollstreckungstitels bei der Verwaltungszwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen gegen den Schuldner bedarf. An die Stelle dieses Titels tritt nach § 2 Abs. 2 und § 3 Abs. 1 Satz 2 VO. die Anordnung der für das Verwaltungszwangsverfahren zuständigen Verwaltungsbehörde.

2. Zu Abs. 3. LG. Mainz 7. 3. 16, HessRspr. 17, 88. Das Hess. GKG. v. 30. 12. 04 hat von der Befugnis des Art. 91 EGBGB., soweit Kosten eines Strafverfahrens in Betracht kommen, keinen Gebrauch gemacht. (LG. Mainz 9. 8. 07, HessRspr. 9, 124 und JDR. 14, 2.) Daher keine Zwangshypothek für Gerichtskosten in Strafsachen, soweit sie 300 M. nicht übersteigen.

§ 867.

1. Zwangshypothek neben Vertragshypothek. Jung, HessRspr. 17, 12. Bei der Beurteilung der Frage der Zulässigkeit der Eintragung einer Zwangshypothek hat der Umstand, daß bereits für denselben Anspruch eine Vertragshypothek besteht, völlig auszuscheiden. Hätte man das an und für sich jedem Gläubiger durch die ZPO. gewährleistete Recht auf Eintragung einer Zwangshypothek beschränken und den Gläubigern entziehen wollen, die bereits eine Vertragshypothek besitzen, so mußte dies bei der einschneidenden Bedeutung einer solchen Maßregel im Gesetze bestimmt zum Ausdrucke gebracht werden. Dies ist nicht geschehen, im Gegenteil, man hat das im § 777 ZPO. geschaffene sog. beneficium excussionis realis auf Pfandrechte an unbeweglichen Gegenständen nicht ausgedehnt. (Hingewiesen wird ferner auf § 1131 Entw. z. BGB., der ausdrücklich von dem Zusammentreffen einer Zwangs- mit einer bereits eingetragenen Vertragshypothek spricht.) Vgl. JDR. 13, 2; 14, 1 u. 2, BayObLG. 20. 7. 14, jetzt auch KGJ. 48, 262 und ZBlFG. 16, 522, BayObLG. 15. 1. 15, jetzt auch BayObLG. 16, 6, KGJ. 48, 265, ZBlFG. 16, 533.

2. KG. 2. 3. 16, OLG. 33, 122. Eine im Widerspruche zu § 867 Abs. 2 eingetragene Gesamtzwangshypothek ist inhaltlich unzulässig. Folgerichtig kann auch eine Vormerkung zur Sicherung der Eintragung einer solchen Gesamtzwangshypothek nicht eingetragen werden. Vgl. KGJ. 40, 310, SeuffA. 69, 43, RJA. 13, 246.

3. Gebührenpflicht gegenüber der Staatskasse. Jena 15. 1. 14, ThürBl. 62, 220. Wird im Verwaltungszwangsverfahren auf Antrag eines Gläubigers eine Zwangshypothek auf den Grundbesitz des Schuldners eingetragen, so ist dieser, nicht der Antragsteller der Staatskasse gegenüber gebührenpflichtig (§§ 1—5 KobGothaGKG.). Die §§ 788, 867 ZPO. (§ 28 ZVG.) begründen nicht nur eine

dingliche Haftung des Grundstückseigentümers, gegen den sich die Vollstreckung richtet (§ 1118 BGB.), sondern zugleich eine persönliche. Diese ergibt sich für den Eigentümer, der im Prozeß über den Hypothekenanspruch unterliegt, aus § 91 ZPO. Die Prozeßkostenpflicht hat ihren Rechtsgrund im Prozesse, nicht in der Natur des Anspruchs, über den der Prozeß entschieden wird. Ihr Verhältnis zur dinglichen Haftung des § 1118 BGB. bestimmt sich dahin, daß der auf der selbständigen Grundlage des Prozeßverhältnisses erwachsene persönliche Kostenanspruch dinglich gesichert ist. — § 788 (867) ZPO. beruht auf demselben Gedanken wie § 91 ZPO. Er dehnt die persönliche Kostenpflicht des unterliegenden Teiles folgerichtig auf die Kosten der Zwangsvollstreckung aus. Diese persönliche Kostenpflicht des Vollstreckungsschuldners besteht nicht nur im Verhältnisse zum Gläubiger, sondern die Kostenentscheidung ist zugleich für das Recht der Staatskasse insofern maßgebend, als sie den Schuldner für die noch nicht (vorschußweise) eingezogenen Gerichtskosten ergibt.

Dritter Titel. Verteilungsverfahren.

§ 872.

Dresden 12. 6. 15, JDR. 14, 4, jetzt auch OLG. 33, 120.

§ 876.

RG. 25. 9. 15, JDR. 14, jetzt auch GruchotsBeitr. 60, 345 und ZBlFG. 17, 25.

§ 878.

1. Kann der Widerspruch gegen den Teilungsplan darauf gestützt werden, daß dem Gegner ein Pfandrecht überhaupt nicht zustehe? BayObLG. 14./24. 1. 16, R. 16 Nr. 734. Die Einwendung, daß es sich hierbei um eine Einrede aus dem Rechte des Versteigerungsschuldners handle, geht fehl. Allerdings steht die Klage aus § 767 nur dem Vollstreckungsschuldner offen. Es besteht aber kein rechtlicher Grund, dem widersprechenden Gläubiger das Recht abzuerkennen, sein besseres Recht mit der Behauptung zu verfolgen. daß das Pfandrecht des Gegners überhaupt nicht entstanden oder doch wieder erloschen sei (**RG.** 74, 317).

2. Steht einem nachfolgenden Kaufschillingsgläubiger einem ihm vorgehenden nach § 878 ZPO. widersprechenden Hypothekengläubiger gegenüber die Einrede der Verjährung aus dem Rechte des Schuldners zu? Darmstadt 15. 3. 16, HessRspr. 17, 37, schließt sich Gaupp-Stein II an, wonach der Widersprechende allgemein nur solche Einwendungen geltend machen könne, die nicht eine Willenserklärung des Schuldners erforderten, die Einreden im Sinne des Schuldners, wie Anfechtung, Aufrechnung. „Die Geltendmachung der Verjährung ist als Einrede in diesem Sinne anzusehen, da eben der Ablauf der Verjährungszeit für den Verpflichteten das Recht begründet, die Erfüllung des Anspruchs zu verweigern, ohne daß der Anspruch an sich aufgehoben ist. Ob der Verpflichtete die Einrede der Verjährung geltend machen will, ist seinem eigenen Ermessen überlassen. Er kann durch Anerkenntnis den Lauf der Verjährung unterbrechen und auf die bereits vollendete Verjährung zugunsten des Gläubigers verzichten. Dem (widersprechenden) Dritten kann daher die Einrede der Verjährung, die für den Schuldner begründet ist, nicht zustehen."

3. Bedeutung rechtskräftiger Urteile zugunsten des Beklagten gegen den Schuldner der Parteien. Celle 6. 11. 15, OLG. 33, 124. Soweit das Bestehen der im Plane bevorzugten Forderung bestritten wird und es sich mithin um Rechtsbeziehungen zwischen dem Gegner und einem Dritten handelt, stehen dem Kläger jedenfalls nur diejenigen Einwendungen zu, die der Dritte noch geltend zu machen in der Lage ist, und diese wiederum nur soweit, als sie nicht dispositiven Charakter haben, wie die Anfechtung, Aufrechnung usw. Daraus folgt, daß der Kläger die rechtskräftige Feststellung der Forderung des Gegners gegenüber dessen Schuldner, obwohl die zwischen diesen beiden ergangene Entscheidung für ihn keine Rechtskraft schafft, dennoch in gewisser Beziehung gegen sich gelten lassen muß. Er muß sie nämlich gelten lassen als Beweistatsache für die unter jenen Parteien bewirkte

Feststellung der Rechtslage, und zwar einmal nach der Richtung, daß die Forderung in dem maßgebenden Zeitpunkte des Schlusses der mündlichen Verhandlung bestanden hat, und insofern, als mit der urteilsmäßigen Feststellung zugleich die Beschränkung des Schuldners beim Vorbringen von Einwendungen feststeht. Vgl. auch Nr. 1 u. 2.

4. **RG.** 4. 12. 15, LeipzZ. 16, 743, R. 16 Nr. 291. Durch Ereignisse, die nach dem Termin eintreten, kann das aus dem Teilungsplane bedingt erworbene Recht der Beteiligten nicht mehr vereitelt werden.

Dritter Abschnitt.
Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

§ 883.

Offenbarung eines minderjährigen, durch seinen Vater gesetzlich vertretenen Schuldners. Hamburg 26. 6. 16, HansGZ. 16 Beibl. 275, LeipzZ. 16, 1391, faßte den über die Herausgabe eines Grundschuldbriefs zu leistenden Eid wie folgt: „Ich schwöre, daß ich den Grundschuldbrief für X. nicht besitze, auch nicht in Erfahrung gebracht habe, wo er sich befindet. Ich schwöre ferner, daß ich nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Überzeugung erlangt habe, daß X. den Grundschuldbrief weder besitzt, noch seinerseits weiß, wo er sich befindet." Den zugeschobenen Eid (§ 473) muß der gesetzliche Vertreter sowohl über seine eigenen Handlungen und Wahrnehmungen als auch über die der von ihm vertretenen Partei ableisten. Werden diese auch für die Normierung des Offenbarungseids nach § 883 Abs. 2 ZPO. passenden Grundsätze nach Maßgabe des Abs. 3 zur Anwendung gebracht, so wahrt die erfolgte Eidesnormierung die Interessen des Gläubigers und verletzt auch die Rechte der schwurpflichtigen Partei nicht.

§ 886.

Vollstreckung von Ansprüchen auf Lieferung einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen durch Pfändung und Überweisung. 1. LG. I Berlin 1. 11. 15, JW. 16, 690. (Die Gläubiger hatten einen vollstreckbaren Anspruch auf Lieferung von 1500 Tonnen Kalkstickstoff gegen die Schuldnerin. Sie behaupteten, die Schuldnerin habe gegen zwei Drittschuldner Anspruch auf Lieferung von Kalkstickstoffdünger. Der Antrag, die Ansprüche der Schuldnerin gegen diese Drittschuldner auf Lieferung von Kalkstickstoffdünger in Höhe von je 250 Tonnen zu pfänden und zu überweisen, wurde zurückgewiesen.) Der Gegensatz der Fassung des § 884 ZPO. zu den §§ 883, 885, 886, 887 Abs. 3 ergibt, daß § 886 sich nur auf die Herausgabe einer bestimmten Sache oder, was dem hinsichtlich des Zugriffs gleichsteht, einer Quantität bestimmter beweglicher Sachen bezieht. Auch die Offenbarungspflicht des Schuldners ist in diesem Falle nicht gegeben, da der § 884 nur auf § 883 Abs. 1 verweist. Der Gesetzgeber steht auf dem Standpunkte, daß der Gläubiger hier alsbald den Weg der Ersatzforderung beschreiten kann und soll.

2. Dagegen Pinner, JW. 16, 656. § 884 ZPO. behandelt die Verpflichtung zur Leistung vertretbarer Sachen genau so wie die einer individuell bestimmten Sache. Es liegt daher kein Grund vor, den § 886 nicht ebenso auf den Fall des § 884 anzuwenden wie auf die Fälle der §§ 883, 885. — Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt, daß durch die spätere Einfügung des § 716 a (§ 884) die Vollstreckung aus Urteilen auf Leistung vertretbarer Sachen — abgesehen von dem im Gesetz ausdrücklich ausgenommenen Offenbarungseide — der Vollstreckung zur Leistung einer bestimmten Sache grundsätzlich gleichgestellt werden sollte, und daß die Fassung des § 886 ebenso wie die Überschrift nur auf einem redaktionellen Versehen beruht. (Wird näher ausgeführt.)

§ 887.

1. Vollstreckung von Urteilen auf Geldzahlungen an einen Dritten (vgl. JDR. 14, 1). Königsberg 11. 4. 16, JW. 16, 768. Die Ansicht, der Gläubiger müsse nach der Vorschrift des § 887 verfahren, stellt praktisch einen Umweg dar, da ein Urteil auf Voraus-

zahlung der Kosten einer Handlung des Dritten doch wieder nach den Vorschriften der §§ 803 ff. vollstreckt werden müßte. Bei der zweifelhaften Rechtslage ist der nächstliegende gangbare Weg der der unmittelbaren Vollstreckung des Urteils gemäß §§ 803 ff. und des Auftrags an den Gerichtsvollzieher, das gepfändete Geld an den Dritten abzuliefern. — Ebenso Braunschweig 27. 9. 15, OLG. 33, 104.

2. Zwangsvollstreckung aus einem Urteile, wonach der Schuldner die Löschungsbewilligung über die Hypothek eines anderen beschaffen soll. Jena 12. 2. 14, ThürBl. 62, 286. Die einem Schuldner aufgegebene Löschung einer Hypothek kann zu den Handlungen gehören, die ein anderer vornehmen kann. § 887 setzt jedoch immer voraus, daß sich die Vollstreckungshandlung auf die durch die Vollstreckung zu ordnenden Rechtsverhältnisse der Urteilsparteien beschränkt und nicht in andere Rechtsgebiete übergreift, die außerhalb des vom Urteile betroffenen Rechtsgebiets liegen. (Das letztere lag im gegebenen Falle vor, da der Hypothekengläubiger zur Löschung nur gegen Auszahlung eines Drittels der Hypothekensumme bereit war, was die Vollstreckungsschuldner für unberechtigt hielten.)

3. Umschreibung im Musterregister auf Grund eines gerichtlichen Vergleichs. Hamburg 18. 1. 16, OLG. 33, 126, R. 16 Nr. 735, SeuffA. 71, 212. Freilich ist, da nicht ein rechtskräftiges Urteil, sondern ein nach § 794 ZPO. vollstreckbarer Vergleich den Titel der Zwangsvollstreckung bildet, der § 894 ZPO. nicht anwendbar, so daß die Umschreibungserklärung nicht etwa als bereits mit Abschluß des Vergleichs abgegeben gelten kann (**RG.** 55, 57). Aber auch der § 887 ist nicht anwendbar. — Die Möglichkeit der Vornahme der Handlung für den Schuldner, die nach § 887 ZPO. Voraussetzung der gerichtlichen Anordnung sein soll, darf nicht erst durch die als Wirkung der gerichtlichen Anordnung anzusehende Ermächtigung geschaffen werden. (Im Anschluß an Gaupp-Stein gegen **RG.** 55, 57.) Es bleibt dem Gläubiger also nur der Weg des § 888 offen.

4. Verurteilung zur Herausgabe eines Arbeitsbuchs. Darmstadt 6. 7. 15, HessRspr. 17, 133. Auf die Verurteilung zur Herausgabe eines Arbeitsbuchs findet § 51 GewGG. in Verb. mit §§ 887, 888 ZPO. keine Anwendung. Damit wird keine Handlung nach §§ 887, 888 ZPO. begehrt, sondern die Herausgabe einer Sache, deren Erwirkung nach § 883, also durch Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher zu erfolgen hat.

5. Aus dem Kriegsrechte. Geschäftsaufsicht. Karlsruhe 25. 7. 16, BadRpr. 16, 138. Zulässig ist gegenüber dem unter Geschäftsaufsicht stehenden Schuldner die Ermächtigung des Gläubigers zur Vornahme der Handlung, nicht aber die Verurteilung zur Vorauszahlung der Kosten; die erstere ist zwar auch ein Akt der Zwangsvollstreckung, aber keiner, der sich gegen das Vermögen des Schuldners richtet.

§ 888.

Rechnungslegung. LG. Gießen 5. 1. 16, HessRspr. 16, 294. Der an sich auf die Verpflichtung zur Rechnungslegung anwendbare § 888 ZPO. findet keine Anwendung, wenn der Schuldner zur Legung einer Rechnung verurteilt ist, zu der er Urkunden bedarf, die sich im Besitz eines Dritten befinden, es sei denn, daß der Dritte zur Vorlegung der Urkunden bereit ist; darauf, daß er zur Vorlegung an den Schuldner verpflichtet ist, kommt es nicht an. Der Gläubiger ist auf das Verlangen der Leistung des Interesses nach § 893 ZPO. beschränkt.

§ 893.

Über die Anwendung der Vorschrift auf altrechtliche Schuldverhältnisse. **RG.** 19. 2. 16, R. 16 Nr. 1596.

Vierter Abschnitt. Offenbarungseid und Haft.

Schrifttum: Crasemann, Welches Rechtsmittel ist gegen den Erlaß eines Haftbefehls im Offenbarungseidsverfahren gegeben? HansGZ. 16 Beibl. 1. — Fraeb, Der Stand der Lehre vom Offenbarungseidverfahren in der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, Rechtsgang 2, 96 ff., 216 ff.; 3, 93 ff. (vgl. JDR. 13 u. 14 zu § 901).

§ 899.

Zuständiges Gericht. Neumann, DRZ. 16, 554, verteidigt gegen Crasemann, HansGZ. 13 Beibl. 41, die entsprechende Anwendung des § 263 Nr. 2 ZPO. auf das Offenbarungseidverfahren. Das Verfahren ist im Gesetze nur in einigen Grundsätzen geregelt und bei seiner praktischen Durchführung durch Heranziehung der Vorschriften aus dem eigentlichen Prozeßverfahren zu ergänzen. — Der Grund für die Geltung des im § 263 Nr. 2 ausgesprochenen Grundsatzes trifft auch für dies Verfahren zu. Würde man es auseinanderreißen, so würde dies eine heillose Verwirrung im Gefolge haben und der Verschleppung (durch Verlegung des Wohnsitzes) Tür und Tor öffnen.

§ 900.

KG. 12. 5. 16, OLG. 33, 129. § 251 ZPO. ist entsprechend anzuwenden, wenn der Schuldner behauptet, daß die Parteien ein Ruhen des Offenbarungseidverfahrens vereinbart hätten. Dies kann der Schuldner gemäß § 252 durch sofortige Beschwerde geltend machen. Gegen den Urteilsanspruch wendet sich ein solcher Einwand nicht, wie besonders klar ist, wenn z. B. der Schuldner behauptet, der Gläubiger habe versprochen, das Verfahren während einer Reihe von Jahren ruhen zu lassen.

§ 901.

1. Karlsruhe 31. 5. 16, BadRpr. 16, 137. Der Haftbefehl darf gemäß § 901 nicht erlassen werden, wenn das Ausbleiben des Schuldners im Termine genügend entschuldigt war, und er müßte auf seine Beschwerde auch dann als ungesetzlich aufgehoben werden, wenn der Schuldner auch nur erst hinterher darzutun vermocht hätte, daß sein Nichterscheinen in diesem Termin als ihm zuzurechnende Mißachtung einer ordnungsmäßigen Ladung nicht anzusehen gewesen wäre.

2. Welches Rechtsmittel ist gegen den Erlaß eines Haftbefehls gegeben? a) Crasemann 1 ff. Die Begründung der verschiedenen Standpunkte wird wiedergegeben. Nach der einen Meinung ist gegen einen Haftbefehl immer nur die sofortige Beschwerde gemäß § 793 gegeben; nach der anderen ist gegen ihn zunächst die Erinnerung gemäß § 766 zu erheben und die sofortige Beschwerde unzulässig, bevor nicht über diese vom Vollstreckungsgericht entschieden worden. Nach der vermittelnden Ansicht des LG. Hamburg, ZK. 9 (der Crasemann zustimmt), liegt dann, wenn der Schuldner vom Vollstreckungsgerichte gehört ist, in dem Erlaß eines Haftbefehls zugleich eine Entscheidung, die nur durch sofortige Beschwerde anfechtbar ist. Wenn aber der Schuldner nicht erschienen ist, hat das Vollstreckungsgericht zunächst über dessen Einwendungen zu entscheiden, bevor die sofortige Beschwerde zulässig ist (OLG. 15, 18, HansGZ. 08 Beibl. 215, **RG.** 18, 434; 34, 434). Da ein Haftbefehl jetzt ohne Gehör des Schuldners erlassen werden darf, so hat der Schuldner auch das Recht, zu verlangen, daß das Vollstreckungsgericht über seine Einwendung entscheidet, über die er noch nicht gehört ist. In der Praxis sind gerade die Fälle überaus häufig, daß der Schuldner gar nicht in der Lage war, seine Einwendungen dem Vollstreckungsgerichte vorzutragen, wenn er den Termin nicht erfahren hat, weil die Zustellung der Ladung an ihn nicht persönlich erfolgt ist. Anders liegt der Fall, wenn der Schuldner im Termin erscheint und das AG. die Haft anordnet, weil es sein Vorbringen nicht als Bestreiten der Verpflichtung zur Eidesleistung, sondern als Eidesverweigerung auffaßt. In diesem Falle ist der Schuldner gehört und daher die sofortige Beschwerde zulässig.

b) Hamburg 22. 3. 16, HansGZ. 16 Beibl. 171, OLG. 33, 128, R. 16 Nr. 1173. In allen Fällen ist gegen den erlassenen Haftbefehl die sofortige Beschwerde das allein zulässige Rechtsmittel. Der Haftbefehl ist keine Vollstreckungshandlung, sondern eine Entscheidung des Vollstreckungsgerichts, und zwar eine solche, welche ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen kann, weil nach § 900 Abs. 2 die Anwesenheit des Gläubigers im Termine nicht erforderlich ist. — Vgl. JDR. 14, 3.

§ 903.

1. Berücksichtigung des § 903 von Amts wegen. Fraeb 463 wendet sich gegen Cassel 19. 10. 12 (DGerVZ. 13, 55), das sogar dem LG. als Beschwerdegericht die Verpflichtung auferlegt, die Angabe des Schuldners, daß er innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem AG. den Offenbarungseid geleistet habe, durch geeignete Nachforschungen auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen, weil die Vorschrift des § 903 zur Verhütung unnötiger Eidesleistungen auch im öffentlichen Interesse gegeben sei. Die Aufstellung einer so weitgehenden amtlichen Ermittlungspflicht erscheint schon im Hinblick auf die Zweifelhaftigkeit der Zulässigkeit, den Offenbarungseid durch den ersuchten Richter abnehmen zu lassen, nicht unbedenklich. Sie ist aber auch nicht ohne weiteres aus den Bestimmungen des geltenden Gesetzes abzuleiten. Das im 8. Buche der ZPO. geregelte Zwangsvollstreckungsverfahren untersteht, soweit nicht Ausnahmen vorgesehen sind, den allgemeinen Bestimmungen des 1. Buches, und soweit mündliche Verhandlung nicht nur wahlweise, sondern zwingend vorgeschrieben ist, wie gerade in dem Verfahren behufs Abnahme des Offenbarungseids §§ 899 ff., der Vorschriften des 2. Buches. Eine amtswegige Ermittlungspflicht ist hier allgemein nicht vorgeschrieben. Nur bedürfen nach § 291 Tatsachen, welche bei dem Gericht offenkundig sind, keines Beweises. (Es wird gezeigt, daß zwar dem angegangenen Vollstreckungsgerichte die Durchsicht seiner Register angesonnen werden könne, im übrigen aber die Eintragungen über die bei einem ersuchten Gericht eingegangenen Ersuchen auswärtiger Gerichte zur Identitätsfeststellung nicht benutzt werden könnten.) Für die Prüfung von Amts wegen Graner, R. 16, 602. Es sei jedenfalls keine besondere Belastung des Gläubigers, wenn ihm zugemutet werde, sich vor Stellung des Antrags zu erkundigen, ob eine Eidesleistung schon vorliege.

2. Prozessuale Behandlung der nach Erlaß des Haftbefehls vorgebrachten Einwendung aus § 903. Fraeb 469. Viele Amtsgerichte entlassen den Schuldner in solchen Fällen ohne nochmalige Eidesleistung und ohne irgendwelche Entscheidung. Das ist unrichtig, denn der Richter muß, auch wenn er die frühere Eidesleistung alsbald feststellt, über den Widerspruch durch einen der Beschwerde zugänglichen Beschluß gemäß § 900 Abs. 3 ZPO. entscheiden, sofern der anwesende Gläubiger die Weigerung nicht als berechtigt anerkennt. — Das LG. III Berlin, KGBl. 10, 90, vermeint, der Schuldner sei, auch wenn er nachweist, daß er innerhalb der letzten fünf Jahre den Offenbarungseid geleistet habe, zunächst in Haft zu nehmen. Das widerspricht aber offensichtlich vornehmlich auch den Interessen des Gläubigers. — Vor der Entscheidung über den Widerspruch ist dem Gläubiger durch Mitteilung der vorgebrachten Einwendung Gelegenheit zu geben, zur Aufrechterhaltung des Haftbefehls darzutun, daß der Schuldner inzwischen neues Vermögen erworben habe. Schon durch Erhebung der Einwendung führt der Schuldner diese Entscheidung herbei, so daß es nicht, wie Dresden (SeuffA. 61, 378, SächsOLG. 27, 472) irrtümlich annimmt, einer Ladung des Gläubigers zur mündlichen Verhandlung über den Widerspruch bedarf (472). — Hat das Vollstreckungsgericht, obwohl der zwangsweise vorgeführte Schuldner unter Berufung auf § 903 die Verpflichtung zur Leistung des Eides bestritten hat, — einen neuen Haftbefehl — nicht erlassen, so fehlt es an einer endgültigen Sachentscheidung, die das Vollstreckungsverfahren in der Weise an das Beschwerdegericht bringen könnte, daß dieses in der Lage wäre, selbst zu entscheiden. Ist das Verfahren (wie das vielfach bei den Amtsgerichten geschieht) vorzeitig eingestellt worden, so muß es dem Beschwerdegerichte möglich sein, auch ohne Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die Wiedereröffnung dieser geschlossenen Verhandlung auf Grund des § 156 in Verb. mit § 538 Ziff. 5 ZPO. anzuordnen, und zwar schon mit Rücksicht auf die Begründung der Beschwerde aus § 903 (473).

3. Beschwerde gegen den Haftbefehl auch wegen Mangels der Verpflichtung zur Eidesleistung auf Grund § 903. LG. Karlsruhe 27. 5. 14, BuschsZ. 46, 212. Ist ein Widerspruchsverfahren dem Haftbefehle nicht vorangegangen, so ist die Entscheidung über die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseids nicht in Rechtskraft erwachsen, sofern gegen den Haftbefehl selbst rechtzeitig die sofortige Beschwerde ein-

gelegt wird. In diesem Falle entscheidet erst der Haftbefehl stillschweigend auch über die Verpflichtung zur Eidesleistung. Deshalb muß es für zulässig erachtet werden, mit der sofortigen Beschwerde außer den Gründen, welche die Haftanordnung selbst betreffen, auch alle früher oder später entstandenen Gründe, welche die Pflicht zum Offenbarungseide berühren, auch die frühere Eidesleistung nach § 903 ZPO. geltend zu machen. Anders KG., BuschsZ. 42, 196 u. OLG. 22, 399, sowie Karlsruhe 31. 5. 16, BadRpr. 16, 137, DJZ. 16, 1002. Der Einwand der bereits erfolgten Leistung des Offenbarungseids ist nicht unverzichtlich, er muß daher gemäß § 903 mittels Widerspruchs im Eidestermine vorgebracht werden. Als Beschwerde gegen den ordnungsmäßig ergangenen Haftbefehl ist er unzulässig.

§ 915.

LG. Halle 20. 7. 16, NaumburgAK. 16, 50. Der Schuldner, der nach Leistung des Offenbarungseids den Gläubiger befriedigt hat, ist nicht berechtigt, die Löschung der Eintragung im Schuldnerverzeichnisse zu verlangen. Soziale Gründe vermögen zwar dafür zu sprechen, daß die Löschung angebracht erscheint; nach der jetzigen Lage der Gesetzgebung kann das Vollstreckungsgericht diese Löschung nicht vornehmen, bevor die Frist von fünf Jahren verstrichen ist. (Ebenso Stein, Seuffert und Herz, BuschsZ. 38, 348.)

Fünfter Abschnitt. Arrest und einstweilige Verfügungen.

Schrifttum: Becker, Zur materiellen Rechtskraft der einstweiligen Verfügung, GruchotsBeitr. 60, 633. — Crasemann, Offenbarungseid auf Grund Arrestbefehls, R. 16, 638. — Du Chesne. Die arrestreife Pfändung der Eigentümergrundschuld, KGBl. 16, 21. — Englisch, Schädigungen des Haftpflichtigen durch einstweilige Verfügungen, ThürBl. 63, 132. — Werneburg, Sequestration und Zwangsverwaltung auf Grund einstweiliger Verfügung zum Schutze des gefährdeten Hypothekenrechts, DNotV. 16, 313.

§ 916.

Arrest wegen eines künftigen Kostenerstattungsanspruchs. Colmar 15. 12. 15, OLG. 33, 129, bejaht die Zulässigkeit des Arrestes. Die Kostenerstattungspflicht entsteht nicht erst damit, daß eine Partei im Rechtsstreit unterliegt. Sie entspringt dem Prozeßrechtsverhältnisse, das bereits mit der Rechtshängigkeit ins Leben gerufen wird. (Vgl. JDR. 14 I und wegen eines bedingt zuerkannten Anspruchs auf Kostenerstattung JW. 06, 29.)

§ 917.

1. Arrest gegen Kriegsteilnehmer. Karlsruhe 22. 7. 16, BadRpr. 16, 137. Die Eigenschaft des Schuldners als Kriegsteilnehmers, dem vom Gerichte Zahlungsfrist bewilligt ist, rechtfertigt an sich noch nicht die Erlassung des dinglichen Arrestes.

2. Englisches Zahlungsverbot. München 27. 12. 15, JW. 16, 286, OLG. 32, 302, SeuffA. 71, 213. Englisches Zahlungsverbot für den Gläubiger eines noch nicht fälligen Versicherungsanspruchs beim Nichtausreichen der im Inlande befindlichen Mittel der Gesellschaft ist Arrestgrund, selbst wenn über das inländische Vermögen politische Zwangsverwaltung besteht und der Aufsichtsbeamte die gleichmäßige Verteilung der vorhandenen Mittel anbietet. Jeder Gläubiger hat Anspruch auf volle Befriedigung seines fälligen Guthabens, solange nicht der Konkurs eröffnet ist. Die Zwangsvollstreckung in das im Auslande befindliche Vermögen der Beklagten ist durch die englische Staatsregierung zum Nachteile der deutschen Gläubiger ausgeschlossen worden. Diese sind daher noch schlechter gestellt, als wenn sie bei Nichtanordnung des Arrestes im Auslande zu vollstrecken gezwungen wären.

§ 920.

Dresden 12. 7. 15, SeuffA. 71, 45. — Für das Arrestverfahren kann der Hauptanspruch trotz seiner Abweisung in der ersten Instanz des ordentlichen Verfahrens glaubhaft erscheinen.

§ 921.

Kostenentscheidung. Crasemann, JW. 16, 1264, empfiehlt, im Arrestbeschlusse schon gleich über die Kosten der Arrestanordnung eine Entscheidung zu treffen, § 930 bezieht

sich nicht auf die Anordnung des Arrestes und die hierbei getroffene Kostenentscheidung. Durch letztere werden die Schwierigkeiten vermieden, die im Hauptprozeß über die Frage entstehen könnten, ob in diesem über die Kosten des Arrestbefehls mitzuentscheiden ist. Vgl. auch § 936 II 2.

§ 926.

KG. 12. 10. 15, OLG. 33, 130. Wenn die Ladung nach § 926 Abs. 2 einen Antrag enthält, so besagt das nur, daß die Partei den Antrag zu stellen beabsichtigt, gestellt wird er erst in der mündlichen Verhandlung. — Darf in einem Verfahren, das auf Grund erhobenen Widerspruchs anhängig ist, auch der Antrag aus § 926 Abs. 2 gestellt werden (**RG.** 62, 62), so ist nicht abzusehen, weshalb umgekehrt in dem nach § 926 Abs. 2 anhängigen Verfahren nicht auch über einen inzwischen erhobenen Widerspruch sollte verhandelt und entschieden werden können.

§ 929.

1. Beginn der Frist. Arrestvollzug nach Ablauf der Frist. Jena 30. 3. 14, BuschsZ. 46, 202. a) Der Beginn der Frist ist unterschiedslos, ohne Rücksicht auf die sofortige Vollstreckbarkeit, auf den Zeitpunkt der Verkündung oder Zustellung des Arrestes an den Antragsteller verlegt; nicht etwa beginnt die Vollzugsfrist erst mit dem Zeitpunkte der Sicherheitsleistung, dann hätte es der Gläubiger in der Hand, die Vollziehung nach Belieben hinauszuschieben.

b) Der Arrestvollzug nach Ablauf der Frist stellt eine unerlaubte Handlung dar, welche die Schadensersatzpflicht nach § 823 BGB. begründet. § 945 ZPO. setzt kein schuldhaftes Verhalten, aber eine formell gültige Pfändung voraus. Indessen ist es keine Klagänderung, wenn der Kläger seinen Schadensersatzanspruch ursprünglich auf § 945 ZPO., später auf § 823 BGB. stützt, da auch der erstere Anspruch begrifflich ein Schadensanspruch ist.

2. Offenbarungseid auf Grund Arrestbefehls. a) Crasemann, R. 16, 638, tritt dafür ein, daß auf Grund eines Arrestbefehls der Offenbarungseid nicht mehr verlangt werden kann, wenn wegen Fristablaufs eine Pfändung auf Grund desselben Arrestbefehls in das durch den Eid zu offenbarende Vermögen nicht mehr möglich ist. (Im Anschluß an **RG.** 75, 181 unter Hinweis auf R. 09, 941.) Die entgegengesetzte Ansicht widerspricht sowohl dem Wortlaut als dem Zwecke der Vorschrift, der dahin geht, zu verhüten, daß die Arrestvollziehung noch nach längerer Zeit, wenn vielleicht infolge geänderter Verhältnisse die Voraussetzungen für den Arrest nicht mehr gegeben sind, erfolgen könnte. Vgl. aber auch Fürnrohr, JDR. 14, 1.

b) Rostock 28. 10. 15, MecklZ. 34, 226, OLG. 33, 127. Die Leistung des Offenbarungseids auf Grund eines Arrestbefehls kann nicht mehr gefordert werden, wenn die Vollziehung des Arrestbefehls wegen Ablaufs der im § 929 Abs. 2 bestimmten Frist unstatthaft ist. Die Eidesleistung hat keinen Zweck mehr, wenn die Vollziehung des Arrestes innerhalb der Frist nicht mehr möglich ist. — Der Gesetzgeber hat die Rücksicht auf die Möglichkeit des Eintritts veränderter Umstände für schwerwiegender gehalten als den Nachteil der Nutzlosigkeit des Arrestbefehls, der übrigens durch schleunige Betreibung eines neuen Arrestverfahrens in den meisten Fällen wird behoben werden können.

§ 930.

I. Die arrestweise Pfändung der Eigentümergrundschuld. Begründet sie den Anspruch auf Herausgabe des Briefes? Du Chesne, KGBl. 16, 21. Der Pfändungsbeschluß auf Arrestierung der Eigentümerbriefgrundschuld ist nur dann keine leere Maßregel, wenn er zugleich das Recht darauf begründet, den Herausgabeanspruch geltend zu machen. Der Herausgabeanspruch ist Wirkungsweise, Inhalt der Eigentümerbriefgrundschuld; er kann daher nur von jemand geltend gemacht werden, der schon die Legitimation zur Geltendmachung der Grundschuld, sei es auch nur in einer einzelnen Richtung, z. B. durch Arrestpfändung, erlangt hat, insbesondere kann er nicht vom Grundschuldrecht abgetrennt werden. Muß man aber annehmen, daß schon der Pfändungsbeschluß hinsichtlich der Grundschuld die Berechtigung zur Geltendmachung des Herausgabeanspruchs verleiht, so ist die Pfändung

und Überweisung des Herausgabeanspruchs nicht nötig und, wenn sie doch nötig wäre, wiederum nur deklaratorisch; es ist gar keine Pfändung und Überweisung im Sinne der ZPO., weil diese nur selbständige Ansprüche mit eigenem Vermögenswert im Auge hat.

II. Erinnerung gegen Forderungspfändung. 1. Sachliche Zuständigkeit. Breslau 6. 11. 15, BreslauAK. 16, 10, JW. 16, 214, hebt LG. Breslau 12. 10. 15, JDR. 14, 3, auf und erklärt das AG., nicht das Arrestgericht für zuständig zur Entscheidung über Erinnerungen gegen eine vom LG. als Arrestgericht ausgesprochene Forderungspfändung. Der Hinweis des LG. auf das „merkwürdige" Ergebnis, daß sonst das AG. die Entscheidung des LG. noch zu prüfen hätte, ist bedeutungslos. In der ZPO. gibt es genügend ähnlich liegende Fälle, in denen das AG. schließlich in die Lage kommt, zu einer Entscheidung des LG. Stellung zu nehmen, z. B. wenn das LG. auf Beschwerde den Arrest angeordnet hat und der Schuldner Widerspruch erhebt. — Ebenso KG. 28. 2. 16, DJZ. 16, 637, KGBl. 16, 34.

2. Örtliche Zuständigkeit. a) Breslau 1. 12. 15, BreslauAK. 16, 11. Zuständig ist das AG. als Wohnsitz des Schuldners und in Ermangelung eines allgemeinen Gerichtsstandes dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirke sich Vermögen des Schuldners befindet.

b) LG. I Berlin 10. 1. 16, KGBl. 16, 17. Die Erinnerung aus § 766 ZPO. geht an das Vollstreckungsgericht. Als solches ist, wenn die Erinnerung gegen eine bereits geschehene Vollstreckung gerichtet ist, nach § 764 Abs. 2 dasjenige AG. zuständig, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattgefunden hat. Bei der Pfändung einer Forderung ist der Erlaß, nicht die Zustellung des Beschlusses maßgebend. Da im vorliegenden Falle der Beschluß vom LG. Düsseldorf erlassen ist, so ist demnach, wenn man nicht das Arrestgericht selbst in entsprechender Auslegung der §§ 766, 930 Abs. 1 Satz 2 ZPO. als zuständig erachtet, die Zuständigkeit des AG. des Pfändungsorts für die Erinnerung gegeben.

c) Breslau 14. 3. 16, OLG. 33, 95. § 828 ZPO. kommt nicht in Betracht, wenn das AG. für die Forderungspfändung als Vollstreckungsgericht nicht zuständig ist. Vielmehr richtet sich diese Zuständigkeit nach dem oben in den allgemeinen Bestimmungen des 8. Buches enthaltenen § 764 Abs. 2. Der Erlaß des Pfändungsbeschlusses und nicht erst dessen Zustellung stellt die Vollstreckung im Sinne der ZPO. dar (**RG.** 65, 376). Hat das LG. Breslau den Pfändungsbeschluß erlassen, so ist die örtliche Zuständigkeit des AG. in Breslau gegeben.

III. Fränkel, R. 15, 573 (JDR. 14, 1), hatte auf die Schwierigkeit wirksamer Forderungspfändungen hingewiesen, wenn der Drittschuldner im Auslande wohnt. Demgegenüber bemerkt v. Harder, R. 16, 36, die Schwierigkeiten liegen nicht in der ZPO., sondern darin, daß nach der herrschenden Meinung Voraussetzung einer wirksamen Pfändung die Unterwerfung des Drittschuldners unter die deutsche Gerichtsgewalt ist, weshalb sich die Zustellung nicht bewirken läßt. Die künftigen Friedensverträge hätten diesen Punkt zu beachten.

IV. Abs. 3. Anordnung der Versteigerung. 1. Hamburg 31. 5. 16, OLG. 33, 113. Für die Anordnung aus Abs. 3 ist erst Raum, wenn der Drittschuldner die Sachen tatsächlich, freiwillig oder auf Klage, herausgegeben hat.

2. Hamburg 1. 8. 16, OLG. 33, 133. Gepfändet war vom LG. Hamburg die Forderung des Beklagten gegen X. in Leipzig auf Herausgabe von 200 Sack Maismehl mit der Maßgabe, daß diese an einen von der Klägerin zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben seien. Demnächst hatte es gemäß § 930 Abs. 3 die öffentliche Versteigerung des Mehls angeordnet. Der Beschwerde des Beklagten wurde stattgegeben. Für die Anordnung des Verkaufs des nach Angabe des Klägers in Leipzig lagernden Mehles ist das AG. Leipzig gemäß §§ 847 Abs. 2, 764 Abs. 2, 802 ZPO. ausschließlich zuständig. Der § 930 Abs. 1 kommt hier nicht in Betracht; er bezieht sich nur auf den Erlaß des Pfändungsbeschlusses.

§ 935.

München 23. 8. 15, OLG. 33, 134. Bei Erlaß einer einstweiligen Verfügung nach § 935 wie nach § 940 muß schon mit Rücksicht auf § 926 stets ein bestimmter Streitgegenstand vorhanden sein, an dem sich die Verfügung betätigen kann. Verneint im gegebenen Falle, wo A. beantragte, durch einstweilige Verfügung die beiden Antragsteller von der Stellung als Liquidatoren der Gewerkschaft zu entheben.

§ 936.

I. Entsprechende Anwendung von Vorschriften des Arrestverfahrens. 1. Anwendung des § 924 ZPO. Colmar 28. 7. 15, ElsLothJZ. 16, 324. Die Beseitigung einer einstweiligen Verfügung durch eine neue Verfügung ist unzulässig. Um sie zu erreichen, ist, wenn die einstweilige Verfügung ohne mündliche Verhandlung ergangen ist, Widerspruch nach Maßgabe der §§ 936, 924 zu erheben.

2. Anwendung des § 929 Abs. 2. Hamburg 24. 8. 15, HansGZ. 16 Beibl. 20, OLG. 33, 131. Die Vorschrift des § 929 Abs. 2 ZPO. verfolgt den Zweck, der aus der Veränderlichkeit aller Verhältnisse sich ergebenden Gefahr zu begegnen, daß zur Zeit der Vollziehung des Arrestes die Umstände, die zu seiner Anordnung führten, sich so geändert haben, daß das Gericht den Arrest bei dieser veränderten Sachlage nicht oder nicht in dem Umfange erlassen haben würde. Dieselbe Gefahr besteht aber wegen der Vielseitigkeit einstweiliger Verfügungen und weil diese der Befriedigung, Arreste aber nur der Sicherung des Gläubigers dienen, in noch höherem Maße bei der Anordnung jener Maßnahmen. Demgemäß erscheint es geboten, die Vorschrift auch auf das Verfahren über den Erlaß einstweiliger Verfügungen anzuwenden. — Unter Vollziehung der einstweiligen Verfügung ist aber schon die Zustellung des sie anordnenden Beschlusses oder Urteils an den Schuldner zu verstehen. Diese ist der Rechtsakt, durch welchen der die einstweilige Verfügung anordnende Befehl des Gerichts und zugleich der Wille des Gläubigers, dem Befehle kraft des das gesamte Verfahren beherrschenden Parteibetriebs Geltung zu verschaffen, dem Gegner zur Kenntnis gebracht wird. Mithin geschieht diese Zustellung zum Zwecke der Vollziehung der einstweiligen Verfügung und ist, je nachdem eine Zuwiderhandlung erfolgt ist oder nicht, ihr erster oder ihr einziger Akt. (Vgl. **RG.** 21, 416; 51, 129; 67, 159, SeuffA. 66, 163.)

3. Anwendung der §§ 886, 847 Abs. 1, 930. Dresden 12. 8. 15, OLG. 33, 113, SächsOLG. 37, 72. (Durch einstweilige Verfügung war der Antragsgegnerin aufgegeben worden, bestimmte Sachen an einen vom Antragsteller zu beauftragenden Gerichtsvollzieher behufs Zurückschaffung in seine Wohnung herauszugeben. Die Vollziehung war fruchtlos geblieben, weil sich die Sachen bei einer Speditionsfirma befanden. Der Antrag, den Anspruch der Antragsgegnerin auf Herausgabe der Sachen zu pfänden und zur Einziehung zu überweisen, wurde nach §§ 886, 847 Abs. 1 für zulässig erachtet. Denn auf die Vollziehung einstweiliger Verfügungen finden nach §§ 928, 936 ZPO. die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung. — Vgl. aber **RG.** 36, 390. — Ferner wurde die Zuständigkeit des LG. auch für die Überweisung bejaht; diese ergebe sich aus § 930 Abs. 1 Satz 3 ZPO. Die für die arrestweise gepfändete Forderung bestehende Beschränkung falle fort, weil die vom LG. erlassene einstweilige Verfügung die Grundlage sowohl für die Pfändung wie für die Überweisung bildet.

Vgl. hierzu v. Harder, JW. 16, 1329. Die Erwägungen des Urteils führen zu dem Schlusse, daß auch für die Pfändung und Überweisung einer Geldforderung auf Grund einer einstweiligen Verfügung (z. B. im Ehescheidungsprozesse) das Gericht, das diese erließ, also nach Umständen das LG., zuständig sei. Solange die Ansicht des OLG. Dresden aber nicht die herrschende ist, wird der Gläubiger gut tun, beim Gerichte der einstweiligen Verfügung und beim Vollstreckungsgerichte Forderungspfändung und Überweisung zu erwirken.

4. Anwendung des § 932 ZPO. Hamm 28. 1. 16, OLG. 33, 132. Der § 932 ist allerdings bei einstweiligen Verfügungen nicht immer anwendbar. Soweit aber eine entsprechende Anwendung möglich ist, muß sie erfolgen. (Im gegebenen Falle handelte es sich um eine Vormerkung, die für den Kläger auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragen wurde. Die rechtzeitige Zustellung war verabsäumt. Die Klage auf Schadensersatz wegen des Verschuldens des Grundbuchrichters, der ihn von der Eintragung der Vormerkung nicht rechtzeitig in Kenntnis gesetzt hatte, wurde zurückgewiesen, da es Sache des Klägers selbst gewesen sei, für rechtzeitige Zustellung der Verfügung zu sorgen.)

II. Anwendung allgemeiner Grundsätze der ZPO. und des 8. Buches. 1. Zur materiellen Rechtskraft der einstweiligen Verfügung. Becker 633 unter-

sucht die Frage, ob ein den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung abweisendes Urteil der Wiederholung dieses Antrags entgegensteht, wenn die tatsächlichen Behauptungen der Antragsbegründung dieselben bleiben und nur zum Zwecke der Glaubhaftmachung ausreichende Beweismittel beigebracht werden. Er gelangt zu dem Ergebnis: Im Hinblick auf die eigenartige Natur des Sonderverfahrens muß man auch das Vorbringen anderer Mittel zur Glaubhaftmachung als eine Veränderung der Sachlage ansehen, welche zur Wiederholung des abgewiesenen Gesuchs berechtigt (§ 927 ZPO.). Abgelehnt wird dagegen der Entscheidungsgrund von **RG. 33, 415**, daß die Glaubhaftmachung dem Beweisantritt und der Beweiserhebung in Rechtsstreiten, die die endgültige Entscheidung über einen Anspruch bezwecken, nicht gleichstehe, weil die Beweismittel keinen Bestandteil des Klagegrundes bildeten. Die Glaubhaftmachung stehe in ihrem Wesen der Beweisführung völlig gleich, sie sei als lediglich prozessualer Vorgang den klagebegründenden Tatsachen nicht gleichzustellen, wenn sie auch zur Begründung des Gesuchs gehöre. — Vgl. auch die eingehende, von V. nicht berücksichtigte Abhandlung von Cohn, JW. 15, 1338, 1421, JDR. 14, 3 zu § 922 ZPO.

2. Beitreibung der Kosten der Zwangsvollstreckung aus einer einstweiligen Verfügung. LG. Oppeln 9. 10. 16, BreslauAK. 16, 86, JW. 16, 1554. Im § 928 ZPO., welcher gemäß § 936 ZPO. auch auf einstweilige Verfügungen Anwendung findet, ist gesagt, daß auf die Vollziehung des Arrestes die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden, sofern nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist. Da letzteres hier nicht der Fall ist, so kommt § 788 ZPO. zur Anwendung, welcher bestimmt, daß die notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung dem Schuldner zur Last fallen und zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruche beizutreiben sind. Diese Bestimmung gilt also auch für die durch die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung entstehenden Kosten. Diese Kosten sind demnach, ohne daß es einer besonderen Festsetzung bedarf, ohne weiteres mitbeizutreiben. Daran kann auch die Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher, welche das Gegenteil bestimmt, nichts ändern (§ 212 Abs. 5 GeschAnwfGV.). Die Geschäftsanweisung ist weiter nichts als ein Leitfaden für den Gerichtsvollzieher bei Handhabung des Gesetzes. Soweit sie dabei gegen das Gesetz verstößt, ist sie wirkungslos. — Vgl. auch § 921 ZPO.

3. Anwendung des § 890 ZPO. KG. 14. 2. 16, OLG. 33, 127. Die Strafe aus § 890 ist, wenn sie auch strafrechtlichen Charakter trägt, nicht zur Sühne begangenen Unrechts bestimmt. Sie hat nur den Zweck, der Sicherung von Rechten und der Vorbeugung gegen Zuwiderhandlungen zu dienen (**RG. 38, 422; 43, 396**). — Die Androhung von Strafen ist daher nicht brauchbar, wenn es sich darum handelt, einmalige Handlungen zu verbieten, und kann nicht zur Verstärkung von Veräußerungsverboten dienen. Sie ist nur geeignet, bei dauernden Zuständen vor Wiederholungen von Zuwiderhandlungen zu schützen.

§ 937.

KG. 10. 4. 16, DJZ. 16, 904. Auf Widerspruch des Antragsgegners hatte eine Kammer des LG. die von einer anderen Kammer erlassene einstweilige Verfügung aufgehoben, weil im Beschlusse nicht gesagt war, daß der Fall der Dringlichkeit vorliege. KG. hat dies gemißbilligt. Hat die betreffende Kammer die einstweilige Verfügung ohne mündliche Verhandlung erlassen, so ergibt sich aus dieser Tatsache, daß sie den Fall dringlich angesehen hat. In jedem Falle würde der Mangel durch die mündliche Verhandlung im Widerspruchsverfahren geheilt worden sein. (Im Falle JW. 95, 454 war im Beschlusse die Dringlichkeit ausdrücklich verneint worden, deshalb hatte das RG. aufgehoben, weil das Berufungsgericht nicht ohne mündliche Verhandlung hätte entscheiden dürfen.)

§ 938.

1. Werneburg, Sequestration und Zwangsverwaltung auf Grund einer einstweiligen Verfügung zum Schutze des gefährdeten Hypothekenrechts, DNotV. 16, 313. Vgl. oben zu §§ 1134, 1135 BGB. und Ziff. 3 zu § 146 ZVG.

2. Hamburg 25. 3. 16, HansGZ. 16 Beibl. 180, OLG. 33, 136. Festsetzung der Höhe des Honorars eines gemäß § 938 eingesetzten Sequesters nach den Grundsätzen der Zwangsverwaltung.

§ 940.

1. Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft. Flechtheim, JW. 16, 838, wendet sich dagegen, daß eine solche Auflösung durch einstweilige Verfügung ausgesprochen werden könne. Auflösung und Liquidation sind keine Maßregeln, die einen bedingten Charakter tragen können. Die Interessen des die Auflösung betreibenden Gesellschafters können genügend durch vorläufige Entziehung der Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis sowie Übertragung der Geschäftsführung an einen Sequester geschützt werden.

2. Einstweilige Verfügung trotz außergerichtlicher Hilfe. Karlsruhe 4. 5. 16, BadRpr. 16, 87. Der Umstand, daß der Antragsteller in der Lage ist, eine Maßnahme auch ohne gerichtliche Hilfe zu treffen, im gegebenen Falle die verkauften Schweine nach Anfechtung des Kaufes durch den Käufer wegen Irrtums und Arglist, zur Abwehr eines etwaigen Schadens zu verkaufen, schließt die Zulässigkeit des Antrags auf Anordnung dieser Maßnahmen durch einstweilige Verfügung nicht aus, damit nicht aus irgendwelchen Gründen aus einem eigenmächtigen Vorgehen des Käufers im Rechtsstreite nachträglich eine ungünstige Folgerung gegen ihn gezogen werden könne.

3. Einstweilige Verfügung auf Zahlung einer Rente für die Dauer des Rechtsstreits. a) Beginn der Rentenzahlung. Karlsruhe 1. 12. 15, LeipzZ. 16, 900, OLG. 33, 134. Zur Abwendung wesentlicher Nachteile reicht es gewöhnlich aus, dem Verletzten die zur Bestreitung des Lebensunterhalts erforderliche Rente bloß für die Zukunft zuzusprechen; rückständige Renten kommen daher für die einstweilige Verfügung nicht in Betracht. Als Anfangszeitpunkt der vorläufigen Rentenzahlung nimmt eine weitverbreitete Rechtsübung (OLG. 29, 81, BadRpr. 09, 13) erst den Tag der Erlassung der einstweiligen Verfügung an. Eine solche Einschränkung ist nicht nur unbillig, da der Antragsteller auf den Gang des Verfahrens, besonders darauf, ob mündliche Verhandlung angeordnet wird, keinen Einfluß hat, sondern auch durch § 940 nicht geboten (JW. 98, 586). Als frühester Zeitpunkt kommt jedoch bloß der Tag des Einganges des Antrags auf einstweilige Verfügung bei Gericht, der das Verfahren erst in Lauf setzt, in Frage. — In gleicher Weise ergibt sich aus dem Zwecke der Verfügung aber auch eine zeitliche Beschränkung dieser Rente für die Zukunft durch die mutmaßliche Dauer des Rechtsstreits über die Hauptsache in erster Instanz, und zwar ist der Tag der Urteilsverkündung maßgebend.

b) Wie schützt sich der Haftpflichtige, der auf Grund einstweiliger Verfügung fortlaufende Renten zu zahlen hat, gegen die Nachteile, die aus dieser Zahlung für den Fall, daß das Gericht der Hauptsache den Anspruch abweist oder die Rente ermäßigt? Englisch 133. Um in den Besitz der zu Unrecht oder zuviel gezahlten Beträge zu gelangen, steht dem Haftpflichtigen die Zwangsvollstreckungsgegenklage aus § 767 offen. Vorteilhafter ist es für den Beklagten, wenn er das Urteil nicht uneingeschränkt gegen sich ergehen läßt. Er muß zu diesem Zwecke mit dem Hauptantrag auf Abweisung oder Abänderung der Klage zugleich den Antrag verbinden, daß ihm im Falle seines Sieges die auf Grund der einstweiligen Verfügung gezahlten Renten zurückerstattet werden, welchem Urteile dann die Vollstreckbarkeit beigelegt werden könnte, oder daß er im Falle des Unterliegens nur zur Leistung Zug um Zug gegen Rückerstattung der bereits gezahlten Beträge (oder Anrechnung, was wirtschaftlich auf das gleiche hinausläuft) verurteilt würde.

4. Zwangslizenz. RG. 8. 7. 16, JW. 16, 1551. Im gerichtlichen Verfahren wegen Patentverletzung kann keine einstweilige Verfügung auf Grund einer noch nicht rechtskräftig bewilligten Zwangslizenz erlassen werden. Die Entsch. über die letztere ist dem Patentamt übertragen (§§ 11, 28 PatG. Art. II G. v. 6. 6. 11), also den ordentlichen Gerichten entzogen. Nur das PatA. oder das RG. können darüber befinden, ob die Vorschriften der ZPO. über die einstweilige Verfügung im Zwangslizenzverfahren entsprechend anzuwenden sind.

§ 941.

1. Wirksamkeit eines durch einstweilige Verfügung angeordneten Verbots, über eine Hypothek zu verfügen. Eintragung nach Ablauf der für die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung vorgeschriebenen Frist. KG. 14. 10. 15, RJA. 15, 79, R. 16 Nr. 1945, ZBlFG. 17, 272, hält an KG. 11. 1. 06, KGJ. 31, 331, RJA. 7, 69, mit der herrschenden Meinung daran fest, daß die Stellung des Antrags auf Eintragung einer Arresthypothek — und dasselbe gilt für ein Eintragungsersuchen des Prozeßgerichts auf Grund des § 941 ZPO. (**RG.** 67, 165) — nur dann als Vollziehung des Arrestbefehls (§ 932 Abs. 3 ZPO.) gilt, wenn der Eintragung kein Hindernis entgegensteht, und daß andernfalls der Arrestbefehl erst mit Hebung des Hindernisses als vollzogen anzusehen ist. — Gegenstand der einstweiligen Verfügung im gegebenen Falle war das Verbot an die Antragsgegnerin, über die Hälfte einer Hypothek zu verfügen. Eine solche einstweilige Verfügung wird vollzogen durch Zustellung an den Antragsgegner (**RG.** 51, 129). Sie wird außerhalb des Grundbuchs wirksam gegen jeden, der sie kennt. Die Eintragung ist nicht notwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit des Verfügungsverbots überhaupt. — Es wird ausgeführt, daß den eigentlichen Inhalt der einstweiligen Verfügung das Verfügungsverbot an sich bildet, die Anordnung auf Einreichung des Hypothekenbriefs nur eine zur Vorbereitung der Grundbuchberichtigung selbständige Nebenmaßnahme gewesen und von dem Rechte des Prozeßgerichts, das Grundbuchamt um Eintragung zu ersuchen, Gebrauch gemacht worden sei. Danach sei die Vollziehungsfrist gewahrt, wenn die einstweilige Verfügung innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 der Antragsgegnerin zugestellt sei.

2. Dresden 29. 7. 15, SeuffA. 71, 47. Eine einstweilige Verfügung, mit der die Löschung der für den Antragsgegner eingetragenen Auflassungsvormerkung angeordnet wird, ist rechtlich unzulässig, weil dies auf ein an das Grundbuchamt gerichtetes Gebot zur Vornahme einer Eintragung hinauskommen würde. Ein solches Gebot kann das Prozeßgericht nicht erlassen, vielmehr ist ihm nur gestattet, durch seine Entscheidung die Grundlage für eine Grundbuchberichtigung zu schaffen und das Grundbuchamt um die Vornahme der danach zu bewirkenden Eintragung zu ersuchen. Vgl. JDR. 14 zu §§ 935, 936, 938 Ziff. 3.

§ 945.

Karlsruhe 10. 11. 15, BadRpr. 16, 154. Der Schadensersatzanspruch des § 945 kann im Verfahren über die einstweilige Verfügung nicht verfolgt werden. Im § 945 fehlt eine dem § 717 Abs. 2 entsprechende Bestimmung, und die entsprechende Anwendung der letzteren Vorschrift ist ausgeschlossen. Daher kann der Anspruch auf Rückverbringung der Fahrnisse nach vollzogener, aber wiederaufgehobener einstweiliger Verfügung im Verfahren über Arrest und einstweilige Verfügung nicht geltend gemacht werden.

Neuntes Buch. Aufgebotsverfahren.

§ 982.

KG. 17. 9. 14, JDR. 13, 1 und JDR. 14, 1, jetzt auch ZBlFG. 16, 524.

§ 990.

LG. Leuthen 2. 5. 16, BreslauAK. 16, 46. Nachlaßgericht im Sinne des § 990 ist dasjenige Gericht, das nach den Vorschriften des § 73 FGG. für die Bearbeitung der Nachlaßsachen örtlich zuständig ist, d. h. das Gericht des letzten Wohnsitzes des Erblassers.

§ 1023.

Ist nach preußischem Rechte das Aufgebot von Sparkassenbüchern von der Einhaltung einer Wartefrist abhängig? (Ziff. 15 c PrRegl. v. 12. 12. 38, GS. 39, 5). Hagemann, DJZ. 16, 324, verneint die Frage. Die Voraussetzungen des Aufgebots von Sparkassenbüchern sind durch § 808 BGB. genau umgrenzt und können weder durch Landesrecht noch durch Vertragsbestimmung der Sparkasse verschärft werden.

Zehntes Buch. Schiedsrichterliches Verfahren.

Schrifttum: Hanausek, Börsenschiedsgerichte, Festgabe für Franz Klein, 1914, 177. — Levy, Umfang der Arbitrageklausel, JW. 16, 1577. — Mendelssohn-Bartholdy, Die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruchs, Festgabe für Franz Klein 147. — Witkowski, Die Arbitrageklausel im Getreidehandel, JW. 16, 1327.

§ 1025.

I. Abschluß des Schiedsvertrags. 1. Stillschweigender Abschluß des Schiedsvertrags. a) Verneint bei bloßer Zugehörigkeit zu einer Börse von Celle 10. 2. 15, OLG. 33, 138. Wenn auch nach § 1026 der Streitgegenstand in dem Schiedsvertrage nicht ganz genau bezeichnet zu werden braucht, so ist doch die Angabe des in Betracht kommenden Rechtsverhältnisses und somit eine gewisse nähere Umgrenzung der künftigen Rechtsstreitigkeiten notwendig. Diesem Erfordernisse tragen die Börsensatzungen in keiner Weise Rechnung, wenn sie die Streitigkeiten aus der „Berufstätigkeit" der Mitglieder vor das Schiedsgericht verweisen.

b) Bejaht bei der Unterwerfung unter die Bedingungen einer Schlußnote. Hamburg 11. 5. 16, OLG. 33, 138. Nach dem Gutachten besteht nach allgemeiner Verkehrsauffassung im Hamburger Getreidehandel die Bedeutung der Bezugnahme auf die Hamburger Schlußnote darin, daß sich die Vertragschließenden nicht nur den übrigen Bestimmungen der zutreffenden Schlußnoten des Vereins der Hamburger Getreidehändler, sondern vor allem auch der in allen diesen Schlußnoten bestimmten Schiedsgerichtsbarkeit dieses Vereins unterwerfen.

c) Nachträgliche Unterwerfung angenommen Hamburg 4. 5. 15, OLG. 33, 145, wo die Parteien, von den Schiedsrichtern zu Beginn der Verhandlung befragt, ob sie sich dem Schiedsspruch endgültig unterwerfen wollten, bejahend geantwortet hatten. Darin liege, daß sie mit der Entscheidung nicht nur der Zulässigkeit einer Arbitrage (wie vereinbart), sondern auch der Beschaffenheitsfrage einverstanden seien.

2. Anwendung des § 154 Abs. 2 BGB. Colmar 24. 9. 15, ElsLothJZ. 16, 331. Nach der Schiedsgerichtsordnung der Straßburger Warenbörse wird deren Schiedsgericht nur tätig, wenn ein von beiden Teilen unterzeichneter schriftlicher Schiedsvertrag vorgelegt wird. Ein solcher ist notwendige Voraussetzung für die Zuständigkeit des Börsenschiedsgerichts. Falls dies den Parteien bekannt war, ist anzunehmen, daß sie die Beurkundung des Vertrags von vornherein, wenn auch nur stillschweigend, zum wesentlichen Bestandteil ihrer Verabredung gemacht haben.

II. Umfang (Auslegung) des Schiedsvertrags. 1. Festlegung der Zuständigkeit im allgemeinen. a) BayObLG. 17./28. 4. 16, R. 16 Nr. 1174. Wenn das Schiedsgericht über Rechte und Pflichten aus Verträgen und aus der Ausführung von Verträgen entscheiden soll, ist seine erste Pflicht, zu prüfen und, wenn nötig, durch Auslegung festzustellen, welche Rechte und Pflichten sich für die Parteien aus den Verträgen ergeben. Die Auslegung umfaßt insoweit auch den Umfang der Zuständigkeit.

b) **RG.** 16. 9. 16, R. 16 Nr. 1946, lehnt die Auffassung des Beklagten ab, es müsse, weil sein Vertrag mit dem Kläger auf den Vertrag mit H. zurückgreife und in ihm seine Wurzel habe, die in dem letzteren zwischen ihm und H. vereinbarte Schiedsgerichtsklausel auch für das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Kläger gelten. Die Übertragung der Schiedsklausel von dem einen Rechtsverhältnis auf das andere ist nicht selbstverständlich. Sie ergibt sich nicht aus der Natur der Sache, sondern hätte einer besonderen Parteivereinbarung nach § 1025 bedurft. — Vgl. auch **RG.** 21. 9. 16, R. 16 Nr. 1947—1949.

2. Besondere Fälle. a) **RG.** 5. 11. 15, R. 16 Nr. 106, erklärt es an sich für rechtlich möglich, daß die Beteiligten alle aus einem Konzessionsvertrag erwachsenden Streitigkeiten, sei es privatrechtlicher, sei es öffentlich-rechtlicher Natur, ausnahmslos dem Schiedsgericht unterwerfen wollten. Im gegebenen Falle wurde diese Auslegung verneint und nicht beanstandet, daß das OLG. angenommen, die Parteien hätten die einschlagenden Bestimmungen

der ZPO. für das schiedsgerichtliche Verfahren als maßgebend erklärt, da die ZPO. regelmäßig auf öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht anzuwenden sei.

b) RG. 9. 11. 15, R. 16 Nr. 526. Die Vertragsbestimmung, welche alle Streitigkeiten aus dem Pachtvertrage schiedsgerichtlicher Entscheidung zuweist, umfaßt alle Ansprüche, die ihren Ursprung im Pachtverhältnisse haben, mögen sie während der Dauer oder nach Auflösung des Vertrags geltend gemacht werden, namentlich Streitigkeiten bei Rückgabe der Pachtung.

3. Insbesondere die sog. Arbitrageklausel. a) Witkowski 1327 (vgl. JW. 14, 737, JDR. 13, II) führt aus, daß in kaufmännischen Kreisen und in der Rechtsprechung immer mehr das Bestreben zutage trete, die Arbitrageklausel über ihre ursprüngliche Bedeutung hinaus im Sinne eines allgemeinen Schiedsvertrags zu erweitern. Nur für den Stettiner Handelsverkehr sei für die Zuständigkeitsfrage maßgebend der Unterschied zwischen Qualitäts- und anderen Streitigkeiten; es sei denn, daß die Klausel die Fassung habe: „Jeden Streit entscheidet Stettiner Arbitrage." Im Anschlusse hieran teilt Levy 1577 mit, daß die Berliner Handelskammer durch die Arbitrageklausel alle Streitigkeiten aus dem betreffenden Geschäfte dem schiedsgerichtlichen Verfahren für unterworfen erachtet, den Rechtsweg also ausschaltet, nach Königsberger Handelsgebrauch aber Arbitrage im Getreidehandel lediglich die Vereinbarung in sich schließt, daß bei der Behauptung von Warenmängeln Wandlung ausgeschlossen und der Minderwert durch Schiedsrichter entschieden werden soll. Im Interesse der Rechtssicherheit sei die Herbeiführung einheitlicher Grundsätze über den Umfang der Arbitrageklausel erwünscht.

b) Hamburger Arbitrage. Hamburg 9. 2. 16, OLG. 33, 136. Die Bedeutung der Klausel, die früher streitig war, ist für Hamburg namentlich auch nach der Bek. im Amtsblatte 1911 Nr. 56 geklärt. Demnach ist unter Arbitrage die Entscheidung von Streitigkeiten im Schiedswege unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte nicht nur über Beschaffenheitsfragen, sondern auch über alle anderen aus dem Geschäft entstehenden Streitigkeiten zu verstehen. — Vgl. auch Hamburg 1. 7. 15, OLG. 33, 137, SeuffA. 71, 188.

4. Vgl. weiter zu § 1037 ZPO.

III. Wer kann zum Schiedsrichter bestellt werden? 1. Hamburg 6. 1. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 37, LeipzZ. 16, 770, OLG. 32, 100. Zu Schiedsrichtern können natürliche wie auch juristische Personen bestellt werden. Es erscheint angebracht, die offene Handelsgesellschaft, wenngleich sie nach der herrschenden Ansicht keine juristische Person ist, entsprechend zu behandeln. Bei der Frage, von wem im Falle der Bestellung einer offenen Handelsgesellschaft zum Schiedsrichter der Schiedsspruch zu fällen ist, wird der Wille der Parteien stets aus dem zugrunde liegenden Schiedsvertrage selbst nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erforschen sein. — Regelmäßig wird bei mehreren Gesellschaftern als der Wille der Parteien anzunehmen sein, daß der Schiedsspruch durch einen Gesellschafter abgegeben wird, gleichgültig durch welchen. — (Im gegebenen Falle handelte es sich um die Bestellung der vermittelnden Mäkler zu Schiedsrichtern. Es wurde nach Lage des Falles abgelehnt, daß sie Richter in eigener Sache seien.) Wie der erkennende Senat in einem ähnlichen Falle ausgeführt hat, ist anzunehmen, daß die Parteien mehr Wert auf die anerkannte Geschäftskenntnis und Sachkunde als auf mangelndes Interesse der zu Schiedsrichtern ernannten Personen gelegt haben. Ein Verstoß gegen die guten Sitten oder gar gegen die öffentliche Ordnung enthält eine derartige Schiedsgerichtsabrede nicht. — Vgl. auch Nr. IV.

2. Über die Wahl zwischen Staats- und Schiedsgericht vgl. RG. 28. 3. 16; 88, 179, JW. 16, 965, LeipzZ. 16, 940, R. 16 Nr. 985, 986. Es besteht grundsätzlich Vertragsfreiheit, und es ist rechtlich möglich, daß die Vertragschließenden sich gegenseitig das Wahlrecht zwischen Schiedsgericht und Staatsgericht einräumen, oder daß sie vereinbaren, für Klagen des einen solle ausschließlich das Schiedsgericht, für Klagen des anderen neben dem Schiedsgericht auch das Staatsgericht zuständig sein.

3. Cohen, JW. 16, 1264. Es ist nicht als angebracht anzusehen, wenn Anwälte in Sachen ihrer ständigen Klienten das Amt eines Schiedsrichters annehmen.

IV. Unsittliche Schiedsgerichtsklauseln. 1. Breslau, BreslauAK. 16, 4. Zum Wesen eines Gerichts, also auch des Schiedsgerichts gehört seine unparteiische Besetzung. Daher wurde für sittenwidrig und nichtig erachtet ein Schiedsvertrag, der einen Teil in der Auswahl der Richter beschränkte, insbesondere die Bestellung von Anwälten an die Genehmigung des anderen Teiles knüpfte, der solche ohne weiteres vornehmen konnte und zugleich berechtigt war, wenn sich die beiden Schiedsrichter auf einen Spruch nicht einigen konnten, allein den Obmann zu bestellen.

2. Einfluß des Krieges auf die Schiedsklausel in einem vor dem Kriege abgeschlossenen sog. La Plata Kornkontrakt der Londoner Corn Trade Association. Hamburg 31. 3. 16, HansGZ. 16 Hptbl. 177. Wenn in einem überseeischen Handelszweig, an dem obendrein Angehörige verschiedener Nationen beteiligt sind, die Vertragschließenden bestimmen, daß englisches Recht, englische Gerichte oder Schiedsgerichte, englische Policen maßgebend sein sollen, so kann darin Sittenwidriges nicht gefunden werden. — Der Kriegsausbruch kann in dieser Anschauung keine Änderung herbeiführen. Der internationale Charakter des vorliegenden Handelsgeschäfts ist dessenungeachtet derselbe geblieben, und die allgemeine Befürchtung, daß englische Schiedsrichter im einzelnen Falle zur Abgabe eines unparteiischen Urteils möglicherweise nicht imstande wären, wo Angehörige einer feindlichen und einer verbündeten Nation einander gegenüberstehen, reicht nicht aus, um die Klausel für nunmehr sittlich anfechtbar zu erklären. Die Einwirkung des Kriegszustandes macht sich vielmehr allein in der Weise geltend, daß der Schiedsvertrag infolge der durch den Krieg hervorgerufenen Verkehrsbehinderung unausführbar geworden ist. Das Schiedsgericht ist infolgedessen „weggefallen" und der Schiedsvertrag damit außer Kraft getreten (§ 1033 ZPO.), und zwar nicht etwa nur für die Dauer des Krieges, sondern endgültig.

V. Rechtliche Natur der Börsenschiedsgerichte. Hanausek 177 über österreichisches Recht. Die Börsenschiedsgerichte unterstehen der Staatsaufsicht. Statutenbestimmungen, die sich auf Börsenschiedsgerichte beziehen, bedürfen der staatlichen Genehmigung. Dessenungeachtet und trotz der für Ordnung, Zuständigkeit und Tätigkeit der Börsenschiedsgerichte geltenden gesetzlichen Bestimmungen sind die Börsenschiedsgerichte Korporationsorgane, die übliche und gesetzlich festgelegte Bezeichnung derselben als Schiedsgerichte ist daher keine irreführende, wie Pollak (System des österreichischen Zivilprozeßrechts 225) meint, sondern auch eine richtige. Insbesondere ist die Tatsache, daß die Zuständigkeit eines bestehenden Börsenschiedsgerichts zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus Börsengeschäften eine Zwangszuständigkeit ist, kein Grund gegen die Richtigkeit der Bezeichnung Schiedsgericht. — Jedenfalls darf man die Börsenschiedsgerichte nicht mit Rücksicht auf ihre Entscheidungs- und Befehlsgewalt staatliche Gerichte nennen.

§§ 1028, 1029.

1. Die Vorschriften enthalten nachgiebiges Recht. a) **RG.** 22. 10. 15; 87, 183, JW. 16, 34, LeipzZ. 16, 228, R. 16 Nr. 107. Die §§ 1028, 1029 sind, wie die Motive wiederholt und auf das deutlichste aussprechen, nur dazu bestimmt, einen hierin unvollständigen Schiedsvertrag zu ergänzen und so die von den Parteien gewollte Ausführbarkeit des Schiedsvertrags herbeizuführen: sie wiederholen als eine die Vertragslücke ausfüllende Vorschrift das, was erfahrungsgemäß gewöhnlich und regelmäßig über die Konstituierung des Schiedsgerichts verabredet wird. Der Schiedsvertrag selbst aber kann bestimmen, daß die betreibende Partei eine Aufforderung zur Bestellung eines Schiedsrichters an den anderen Teil überhaupt nicht zu erlassen braucht, oder daß die bloße Aufforderung, also ohne Fristsetzung und ohne Androhung des Rechtsnachteils in derselben, den ihr nicht sofort oder nicht in bestimmter Frist nachkommenden Gegner des Ernennungsrechts verlustig macht, oder daß die Aufforderung Fristsetzung und Androhung des Rechtsnachteils (letztere im § 1029 Abs. 1 nicht vorgeschrieben) enthalten muß; oder daß statt des säumigen Teiles nicht das zuständige Gericht (wie § 1029 Abs. 2 bestimmt), sondern irgend jemand sonst oder irgendwelche Be-

hörde den zweiten Schiedsrichter ernennt. (Im gegebenen Falle wurde angenommen, daß nach dem Schiedsvertrag eine Aufforderung überhaupt nicht mehr erfordert war, sobald ein Teil die Ernennung weigerte.)

b) Jena 24. 10. 13, ThürBl. 63, 145. Keine gerichtliche Ernennung eines Schiedsrichters bei Nichteinigung, wenn der Schiedsvertrag bestimmt, daß die Schiedsrichter beiden Parteien genehm sein müssen. Der Vertrag ist als bedingter Schiedsvertrag aufzufassen, dessen Geltung davon abhängt, daß die Parteien sich über den Schiedsrichter auch wirklich einigen.

2. Betreibende Partei. Kiel 6. 6. 16, LeipzZ. 16, 1267. Als betreibende Partei ist zwar zunächst immer die Partei anzusehen, die die Bildung des Schiedsgerichts deshalb in Angriff nimmt, weil sie einen Schiedsspruch erlangen will. Ihr Vorgehen entspricht dem des Klägers im ordentlichen Verfahren. Aber auch die Gegenpartei ist insofern interessiert, als ihr daran gelegen sein wird, den Anspruch des Gegners zu Falle zu bringen, oft auch wegen ihrer Gegenansprüche. — Sie muß daher in einem vom Gegner zuerst betriebenen Verfahren die Rolle der betreibenden Partei übernehmen können, gleichviel, ob sie den Anspruch nur bestreiten oder ob sie wie ein Widerkläger selbst Ansprüche geltend machen will.

3. Erfordernisse des Antrags. Hamburg 11. 12. 13, OLG. 33, 139. Die Angabe der für die Ansprüche des Antragstellers in Betracht kommenden Rechtsgründe ist kein Erfordernis des Antrags aus § 1029 Abs. 1, sondern gehört in das Schiedsverfahren selbst.

4. Prüfungspflicht des angerufenen Gerichts. Kiel 9. 6. 14, OLG. 33, 139. Das angerufene Gericht hat zu prüfen, ob überhaupt der erhobene Anspruch, seine Begründetheit vorausgesetzt, sich als ein solcher darstellt, zu dessen Entscheidung das Schiedsgericht berufen ist. Ob der Anspruch tatsächlich oder rechtlich begründet ist, hat nur das Schiedsgericht zu prüfen. — Die Frage, inwieweit das Schiedsgericht durch einen bereits vorliegenden Schiedsspruch gehindert ist, die ihm jetzt unterbreiteten Ansprüche zuzuerkennen, gehört zu der materiellrechtlichen Würdigung des Streitstoffs und ist vom Schiedsgerichte, nicht vom ordentlichen Richter zu entscheiden.

5. Czarnikow, NaumburgAK. 16, 26 darüber, ob in dem Beschlusse, durch den ein Schiedsrichter ernannt wird, auch über die Kosten zu entscheiden ist.

§ 1031.

Wegfalls eines zum Heeresdienst einberufenen Schiedsrichters. 1. Hamburg 19. 1. 16, LeipzZ. 16, 634, OLG. 32, 304, R. 16, 152 u. Nr. 384. Ob durch den militärischen Dienst eine ungebührliche Verzögerung eintreten wird, läßt sich erst entscheiden, wenn die Sache dem Schiedsrichter zur Entscheidung unterbreitet wird. — Vgl. auch Hamburg 10. 1. 16, DJZ. 16, 326, OLG. 32, 304, wo angenommen wurde, der Schiedsrichter sei in der Lage, auf Grund der Schlußscheine und der Parteischriftsätze zu entscheiden.

2. Anders **RG.** 6. 6. 16; 88, 297, JW. 16, 1196, LeipzZ. 16, 1547. Der Schiedsrichter war als Landsturmmann nach Belgien eingezogen. Von einer solchen in Feindesland stehenden Militärperson ist bis zum Nachweise von für das Gegenteil sprechenden Umständen anzunehmen, daß sie durch diese ihre militärische Gebundenheit für die nicht absehbare Zeit des Krieges an der von den Parteien zu erwartenden pflichtmäßigen Ausübung des Schiedsrichteramts tatsächlich verhindert ist, und zwar ohne Rücksicht auf die größere oder geringere Schwierigkeit der zu treffenden Entscheidung. — Vgl. JDR. 14, Kiel 11. 3. 15, jetzt auch OLG. 31, 377; ferner § 1033 u. § 1039.

§ 1032.

1. Zulässig nur eine bestimmte Ablehnung. **RG.** 9. 5. 16, WarnE. 16, 241. Auch mit Bezug auf Schiedsrichter, für deren Ablehnung die Gründe und Voraussetzungen der Ablehnung staatlicher Richter maßgebend sind, gilt der Grundsatz, daß andere als bestimmte Ablehnungen nicht zuzulassen sind. (Als befangen abgelehnt waren alle vertragsmäßig für das Schiedsrichteramt überhaupt in Betracht kommenden Personen, ja sogar alle „Hamburger Firmen". — Es wurde ferner gebilligt, daß der erkennende Richter die

Entscheidung traf, da die Beklagte ein Beschlußverfahren nach § 1045 nicht herbeigeführt hatte.)

2. Ablehnung nur von Schiedsrichtern, nicht von Personen, die solche zu ernennen haben. **RG.** 7. 3. 16, LeipzZ. 16, 1101, WarnE. 16, 179. Die Bestimmungen im § 1032 über die Ablehnung von Schiedsrichtern sind nicht entsprechend anwendbar auf Personen, die nur zur Ernennung von Schiedsrichtern berufen sind. Die Tätigkeit solcher Personen geht nicht über die entsprechende Tätigkeit der Parteien selbst hinaus, wenn diesen, wie es nach § 1028 in der Regel der Fall ist, die Ernennung der Schiedsrichter obliegt.

3. Zuständigkeit. Hamburg 18. 10. 15, HansGZ. 16, Beibl. 16. Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die Entscheidung über die Ablehnung eines Schiedsrichters kann durch Vertrag rechtswirksam ausgeschlossen werden.

4. Ablehnungsgrund. Vereinbarung einer Vergütung. KG. 5. 5. 15, OLG. 33, 142. Die bloße Tatsache, daß der Beschwerdeführer mit X. über die Annahme des Schiedsrichteramts einen Vertrag geschlossen und darin ihm eine bestimmte Vergütung versprochen hat, ist nicht geeignet, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit zu rechtfertigen, da die Schiedsrichter nicht zur Festsetzung der ihnen zukommenden Vergütung berufen sind (KG. 21. 9. 03, OLG. 13, 243), diese Festsetzung vielmehr zweckmäßig in den Vertrag über die Annahme des Amtes (receptum arbitri) gehört.

5. Einfluß der Zurücknahme des Schiedsverfahrens auf ein schwebendes Ablehnungsgesuch. Hamburg 4. 12. 14, OLG. 33, 143. Mit der Zurücknahme der schiedsgerichtlichen Klage ist die Rechtsstreitigkeit, über die der Schiedsrichter zu entscheiden hat, erledigt. Die Grundsätze des § 271 dürfen auf das Schiedsverfahren nicht übertragen werden. Das Ablehnungsgesuch ist zurückzuweisen.

6. **RG.** 12. 11. 15, LeipzZ. 16, 466, R. 16 Nr. 987, 988, SchlHolstAnz. 16, 28. Der Gültigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens und des Schiedsspruchs steht ein angebrachtes Ablehnungsgesuch nicht entgegen, auch wenn darüber erst nach Fällung des Schiedsspruchs — unter Verwerfung des Gesuchs — entschieden wird.

7. Über die Form der Entscheidung nach Erledigung des Verfahrens und die Maßgeblichkeit des Beschlußverfahrens für das Prozeßverfahren werden ferner in der Entscheidung zu 6 folgende Grundsätze aufgestellt: a) Daß die Entscheidungsform des Beschlusses nur während des Laufes und nicht nach Abschluß des schiedsrichterlichen Verfahrens einzutreten habe und maßgeblich sei, dafür bietet der Wortlaut des Gesetzes keinen Anhalt, und dafür sind auch innere Gründe nicht gegeben. Da die Schiedsrichter auch trotz einer gegen sie (oder einen von ihnen) gerichteten Ablehnung das Verfahren fortsetzen können, liegt die Möglichkeit sehr nahe, daß schon vor Erwirkung eines Gerichtsbeschlusses über die Ablehnung gemäß § 1045 das schiedsrichterliche Verfahren zum Abschlusse kommt. Wenn gleichwohl das Gesetz das angeordnete gerichtliche Beschlußverfahren nicht ausdrücklich auf die Zeit, bis der Schiedsspruch bei Gericht niedergelegt ist (§ 1039), eingeschränkt hat, so ist zu folgern, daß solche Einschränkung nicht im Willen des Gesetzgebers lag. b) Daß ein Beschlußverfahren nach § 1045 durch ein zu derselben Schiedsgerichtssache schwebendes Prozeßverfahren gemäß §§ 1041 oder 1042 aufgesogen und hinfällig werde, ist nicht vorgeschrieben und nicht anzunehmen. Wenn auch die Rechtswirksamkeit des Schiedsspruchs unter dem Vorbehalte der Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens steht, so folgt daraus keineswegs, daß der nach § 1041 oder § 1042 erkennende Richter die materielle Prüfung auch auf Punkte zu erstrecken hat, über die schon (wie vorliegend) hinsichtlich der Ablehnung zweier Schiedsrichter, gerichtlich mit einer die Parteien bindenden Kraft entschieden ist.

§ 1033.

1. Wegfall des nachträglich gemeinsam ernannten Schiedsrichters. Kiel 21. 3. 16, LeipzZ. 16, 1268, OLG. 33, 144. Der § 1033 beruht auf dem Gedanken, daß, wenn die Parteien sich nur dem Spruche eines bestimmten Schiedsrichters unterworfen haben, nicht festgestellt werden kann, daß sie auch unabhängig von der Persönlichkeit dieses

benannten Schiedsrichters sich einem Schiedsspruche schlechthin haben unterwerfen wollen. Dieser Wille ist aber vorhanden, wenn feststeht, daß die Parteien zunächst allgemein die Schiedsgerichtsklausel vereinbart haben, und aus der späteren Einigung über die Person des Schiedsrichters folgt nicht, daß dieser ihr Wille aufgehoben wäre. — Der Wegfall des nachträglich gemeinsam ernannten Schiedsrichters hat daher im Zweifel nicht die Folge des § 1033, sondern nur diejenige des § 1031.

2. Dresden 17. 6. 15, SächsRpflA. 16, 13. Wenn das Börsenschiedsgericht vereinbarungsgemäß einen Rechtsstreit entscheiden soll, der an sich nicht unter die für seine Entscheidung vorgesehenen Streitigkeiten fällt, so wird dadurch der Schiedsvertrag nicht ungültig. Vielmehr bleibt nur dem Schiedsgerichte das Recht gewahrt, die Übernahme des Schiedsrichteramts mit der aus § 1033 Ziff. 1 ZPO. sich ergebenden Folge abzulehnen.

3. München 5. 2. 15, JDR. 14, 1, jetzt auch OLG. 33, 143.

§ 1034.

1. Erfordernisse des rechtlichen Gehörs. a) Karlsruhe 14. 12. 15, LeipzZ. 16, 489. Durch die bloße Mitteilung an den Beklagten, daß Termin auf einen bestimmten Tag festgesetzt sei, ist dem § 1034 zwar der äußeren Form nach genügt; dagegen ist der Partei nicht wirklich Gehör gewährt, wenn mit der Ladung nicht auch eine Mitteilung über den Klaganspruch verbunden ist. Nicht darauf kommt es an, ob der Beklagte aus den abgeschlossenen Verträgen, dem Schriftwechsel u. dgl. entnehmen konnte, was der Kläger vermutlich fordern wird, sondern er muß erfahren, was der Kläger tatsächlich fordert und worauf er seine Forderung stützt.

b) **RG.** 19. 5. 16, R. 16 Nr. 1597, WarnE. 16, 285, hält an sich an der Rechtsprechung fest, daß im Schiedsgerichtsverfahren das Erfordernis des rechtlichen Gehörs weniger streng zu nehmen sei als im ordentlichen Prozeßverfahren, und daß es ausreichend sei, wenn den Parteien Gelegenheit geboten, alles ihnen erforderlich Scheinende dem Schiedsgerichte vorzutragen. Gehört muß aber die Partei von dem Schiedsrichter selbst sein, im anhängigen Verfahren muß ihr Gelegenheit gegeben sein, sich dem Schiedsrichter gegenüber zu äußern. Auseinandersetzungen mit der Gegenpartei und (wie im gegebenen Falle) vor Einleitung des Verfahrens ersetzen das vom Schiedsrichter zu beanspruchende Gehör nicht.

2. Kostenvorschuß. **RG.** 18. 1. 16, JW. 16, 580, R. 16 Nr. 1950. Durch den Schiedsvertrag und den Vertrag mit den Schiedsrichtern übernehmen die Schiedsparteien die Verpflichtung, alles zu tun, um den Schiedsrichtern die Fällung des Spruchs zu ermöglichen (**RG.** 74, 321, JW. 11, 56). In Ermangelung einer besonderen Vereinbarung waren die Schiedsrichter vorbehaltlich der Vorschriften der §§ 1034—1039 ZPO. berechtigt, das Verfahren nach freiem Ermessen zu bestimmen. Auch ihr Beschluß betreffend Hinterlegung eines Kostenvorschusses ging nicht über den Rahmen ihrer Befugnisse hinaus, und zufolge des Beschlusses ergab sich für jede der beiden Parteien auf der Grundlage ihrer vertraglichen Beziehungen die Verpflichtung, das ihrige zur Durchführung des schiedsgerichtlichen Verfahrens durch Hinterlegung der erforderlichen Summe beizutragen. Hat der Beklagte seinen Vertragspflichten schuldhaft nicht genügt, so muß er den daraus der Klägerin erwachsenen Schaden ersetzen. — Heinsheimer, JW. 16, 580, bemerkt dazu, gemäß § 315 BGB. sei nur das Recht zur Bestimmung des Honorars nach billigem, nicht nach freiem Ermessen anzuerkennen; das Recht zur Hinterlegung des Vorschusses folge im übrigen aus § 669 BGB.

3. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens. Nürnberg 10. 2. 16, BayRpflZ. 16, 136, R. 16, 246. Mangels Parteivereinbarung über die Anwendung der Vorschriften der ZPO. sind die Vorschriften über Unterbrechung und Aussetzung im schiedsrichterlichen Verfahren schon deshalb nicht anwendbar, weil sie sich mit dessen Formvorschriften nicht vereinbaren lassen. (Betr. §§ 2 u. 3 KTSchutzG. — Vgl. JDR. 14, 4 a vor § 1025 u. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 1, 31; 2, 6.) Wegen der Zuständigkeit vgl. § 1045, 1.

4. Über die Frage, ob einer nicht rechtsfähigen Organisation, insbesondere einer Interessengemeinschaft, für das schiedsgerichtliche Verfahren durch Parteiwillen die formelle Parteifähigkeit beigelegt werden kann, vgl. § 50 Nr. 3.

§ 1037.

Berliner Schiedsgericht 29. 5. 15, LeipzZ. 16, 266. Nach der Auffassung des Verkehrs umfaßt der Ausdruck: Meinungsverschiedenheiten aus diesem Vertragsverhältnisse sollen unter Ausschluß des Rechtswegs durch Schiedsgericht erledigt werden, alle diejenigen Meinungsverschiedenheiten, die aus dem Tatbestande derjenigen Verhandlungen, die zum Abschlusse des Kartellvertrags geführt haben, entstehen werden. (Es handelte sich um die Frage, ob der an sich zweifellos gültig zustande gekommene Kartellvertrag infolge Ausfalls einer Bedingung unwirksam geworden war. Das Schiedsgericht setzte das Verfahren trotz des Einwandes der Unzulässigkeit des Verfahrens fort.)

§ 1038.

München 5. 2. 15, JDR. 14, jetzt auch **RG.** 87, 190.

§ 1039.

1. Dresden 13. 3. 16, SeuffA. 71, 250. Die Niederlegung des Schiedsspruchs muß durch die Schiedsrichter geschehen oder wenigstens in ihrem Auftrag oder mit ihrer Genehmigung durch eine Mittelsperson vorgenommen werden. Es genügt nicht, wenn der Kläger gleichzeitig mit der Klageschrift die ihm zugestellte, von den Schiedsrichtern unterschriebene Ausfertigung des Schiedsspruchs samt der Urkunde über die an ihn erfolgte Zustellung beim LG. eingereicht hat.

2. **RG.** 3. 10. 16, WarnE. 16, 488. Der Schiedsspruch bleibt wirksam, wenn ein Schiedsrichter nach Fällung, aber vor Unterzeichnung und Zustellung des Schiedsspruchs sein Amt niederlegt. Die Amtsniederlegung ist widerruflich, der Schiedsrichter kann nachträglich unterzeichnen. Dabei kommt insbesondere in Betracht, daß der Rücktritt nicht etwa im freien Belieben des Schiedsrichters steht, daß dieser vielmehr durch Übernahme des Schiedsrichteramts beiden Teilen zur Erfüllung rechtlich verpflichtet wird. — Vgl. auch Delius, JDR. 14, II.

3. **RG.** 6. 6. 16, WarnE. 16, 330 über einen Fall, wo die Voraussetzungen eines Schiedsspruchs nicht vorlagen, aber der Spruch als vertragsmäßige Grundlage kraft einer besonderen Vereinbarung angesehen wurde.

§ 1040.

Mendelssohn-Bartholdy 147 stellt die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruchs derjenigen des Urteils gleich und folgert aus § 1040 das, „was die deutsche ZPO. seit der Novelle von 1900 in höchst ungeschickter Fassung und keineswegs erschöpfend in den §§ 325 ff. für die Urteilswirkung auf Dritte festsetzt". Bei dieser Auffassung ist abzulehnen die Meinung, daß die Wirkung des Schiedsspruchs sich in ihrem subjektiven Umfange bestimme nach dem Wirkungskreise des Schiedsvertrags. So wenig durch diesen Vertrag selbst die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruchs unter den Parteien selbst erzeugt werden könnte, die vielmehr allein auf der gesetzlichen Bestimmung ruht, so wenig ist auch das Wesen und Maß dieser Wirkung durch die Verfügungsmacht der Parteien bestimmt. Das ergibt sich aus dem positiven Rechte wie aus metaphysischer oder rechtsvergleichender Betrachtung des Wesens der Rechtskraft (vgl. hierüber § 322 I 3). — Nur ein völliges Mißverstehen der Rechtskraftvorschriften, die in der ZPO. zur Erläuterung der Urteilswirkung zwischen den Parteien in den §§ 325—327 zu lesen sind, kann zur Annahme eines Gegensatzes zwischen dieser Gruppe von Normen und zwischen der einfachen Regel des § 1040 führen. Nur wer — unhistorisch — annimmt, daß die Novelle zur ZPO. das Verhältnis zwischen der Wirkung des Schiedsspruchs und der Urteilswirkung neu habe regeln und den Schiedsspruch im Vergleiche zum Urteil in seiner Wirkung habe verschlechtern wollen, kann jenen angeblichen Gegensatz für das geltende Recht behaupten. Wir wissen dagegen, daß auch die Rechtskraftwirkung, die das

Zivilurteil des ordentlichen Gerichts auf Dritte äußert, nur eine notwendige Folge der zwischen den Parteien eintretenden Rechtskraftwirkung ist, und daß insbesondere die Äußerung dieser Wirkung auf das Recht eines derivativen Rechtsnachfolgers der Partei — genau ebenso Rechtens wäre, wenn die ZPO. nur den Eintritt der Rechtskraftwirkung des Urteils zwischen den Parteien anordnete, ja ebenso, wenn die Prozeßordnung über den Kreis der Subjekte, auf welche das Urteil wirkt, überhaupt nichts sagte. — Alles, was für uns das Wesen der Rechtskraft ausmacht, trifft für den Schiedsspruch gerade mit den Worten des § 1040 genau so gut zu wie für das Urteil eines ordentlichen Gerichts.

§ 1041.

I. BayObLG. 17./28. 4. 16.

Nr. 1. R. 16 Nr. 1176. Die Tatsache allein, daß das Schiedsgericht einer Partei etwas zugesprochen hat, was ihr nach den für das einschlägige Rechtsverhältnis geltenden gesetzlichen Bestimmungen nicht hätte zugesprochen werden sollen, macht das Verfahren nicht unzulässig (JW. 97, 632). — Also keine Nachprüfung der sachlichen Richtigkeit des Schiedsspruchs, wenn nicht eine rein willkürliche Entscheidung vorliegt.

Nr. 2. R. 16 Nr. 1178. Verbotene Handlungen im Sinne des § 1041 sind nur die durch Vollstreckung überhaupt nicht erzwingbaren Handlungen.

Nr. 5. R. 16 Nr. 1179. An die Begründung des Schiedsspruchs sind erheblich geringere Anforderungen zu stellen als an das Urteil eines ordentlichen Gerichts. (Die Begründung: „Weil die Kläger berechtigt sind, die Abnahme des mangelhaften Baues zu verweigern und Schadensersatz zu verlangen, war zu erkennen, wie geschehen" — genügt sowohl dafür, daß die Beklagte Schadensersatz zu leisten hat, als auch dafür, warum sie ihn gerade in der ausgesprochenen Form zu leisten hat.)

Vgl. hierzu LG. Chemnitz 21. 10. 16, JW. 16, 1594. Sind auch an die Gründe eines Schiedsgerichtsurteils nicht die strengen Anforderungen wie an die Entscheidungsgründe eines staatlichen Gerichts zu stellen, so muß doch auch von einem Schiedsgerichtsurteile verlangt werden, daß dessen Begründung nicht bloß eine inhaltlose Formel ist. Eine solche ist der Satz: das Urteil der 1. Instanz v. 26. Januar 1916 werde bestätigt. Sie läßt dem Zweifel Raum, ob damit nicht bloß der verfügende Teil des angefochtenen Urteils, sondern auch die Begründung hat betroffen werden sollen, ob nach der Ansicht des Berufungsschiedsgerichts sich das Urteil bloß im Ergebnis oder auch in den einzelnen Erwägungen als richtig herausstellt; sie gibt keinerlei Aufschluß darüber, ob in 2. Instanz neue Behauptungen aufgestellt worden sind, und, wenn das der Fall war, welche Bedeutung ihnen zugemessen worden ist.

II. Teilweise Nichtigkeit. BayObLG. 17./28. 4. 16 (zu I), R. 16 Nr. 1177. Es ist kein Grund ersichtlich, warum das ganze Verfahren nichtig ein sollte, wenn nur wegen eines einzelnen selbständigen Entscheidungsgrundes einer der Mängel des § 1041 vorliegt, der Schiedsspruch aber außerdem weitere, von solchen Mängeln nicht berührte Entscheidungsgründe enthält.

III. Verzicht auf die Geltendmachung der Nichtigkeit. **RG.** 1. 2. 16, LeipzZ. 16, 679. Die Klägerin hat, nachdem ihr Gesuch um Ablehnung des vom Beklagten benannten Schiedsrichters vom Schiedsgerichte zurückgewiesen worden war, das Verfahren vor dem Schiedsgerichte bis zum Schlusse fortgesetzt. Damit hat sie sich des Rechtes begeben, nachträglich nach § 1041 Ziff. 1 ZPO. die Aufhebung des Schiedsspruchs zu beantragen. Denn sie hat dadurch stillschweigend auf die Geltendmachung ihres Ablehnungsgesuchs verzichtet.

IV. BayObLG. 17./28. 4. 16 (zu I), R. 16 Nr. 1175. Zulässig sind Ergänzungen formaler Natur, die einen sachlichen Einfluß auf die Entscheidung des Schiedsgerichts nicht haben (Angabe der Plannummer, Fläche und Grundbuchstelle).

§ 1042.

1. Geltendmachung des durch Schiedsspruch festgestellten Anspruchs im ordentlichen Verfahren. KG. 20. 4. 16, DJZ. 16, 733. Gemäß § 1042 findet die Zwangs-

vollstreckung aus einem Schiedsspruche nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen ist, und dieses ist nur auf Grund einer Prüfung zu erlassen, ob etwa einer der im § 1041 vorgesehenen Aufhebungsgründe vorliege. Eine Verpflichtung, sich für einen etwaigen späteren Streit einem diese zwingenden Vorschriften des Gesetzes ausschaltenden Verfahren zu unterwerfen, ist nichtig. (Klage im Urkundenprozeß auf Zahlung einer bestimmten — durch Schiedsspruch als Vertragsstrafe festgesetzten — Summe unter Zugrundelegung eines Verpflichtungsscheins folgenden Inhalts: „Es steht mir gegenüber dem auf diese Urkunde gestützten Zahlungsverlangen des Vereins nur Gegenbeweis zu, daß die Geltendmachung nicht auf einer Entscheidung des Schiedsgerichts beruht." Der Vermerk bezweckte, dem Gegner die Geltendmachung von Gründen für Aufhebung des Schiedsspruchs im Urkundenprozeß und Nachverfahren rechtlich unmöglich zu machen und ihm nur den Weg der Bereicherungsklage für den Fall der Aufhebung des Schiedsgerichtsurteils gemäß dem im § 1041 ZPO. vorgeschriebenen Verfahren zu belassen.)

2. Einwendungen gegen den durch einen Schiedsspruch festgestellten Anspruch. Colmar 15. 3. 15, ElsLothJZ. 16, 172, OLG. 33, 146. Der Erhebung von Einwendungen, die nach dem Schiedsspruche gegen den festgestellten Anspruch entstanden sind (und zwar nicht nur des Einwandes der nachträglichen Aufhebung des Schiedsspruchs — **RG.** JW. 08, 341 —, sondern auch materiellrechtlicher Einwendungen) im Verfahren betr. die Erlassung des Vollstreckungsurteils steht keine zwingende Vorschrift der ZPO. entgegen. Ihre Verweisung würde auch, wie das OLG. Hamburg in seinem Urteile v. 6. 4. 07 (OLG. 15, 4) mit Recht betont hat, unter Umständen zu dem widersinnigen Ergebnisse führen, daß der Richter ein Vollstreckungsurteil erlassen müßte, dessen Wiederaufhebung mit Sicherheit zu erwarten wäre. Solche Einwendungen können im Wege der Einrede auch in der Berufungsinstanz noch geltend gemacht werden, da ihre Erhebung weder eine Klagänderung bedeutet, noch die Geltendmachung eines neuen Anspruchs in sich schließt.

§ 1045.

1. Zuständigkeit zur Entscheidung über einen Aussetzungsantrag. Nürnberg 10. 2. 16, BayRpflZ. 16, 136. Es handelt sich um ein besonderes Verfahren, bei dem inmitten des schiedsrichterlichen Verfahrens ein staatliches Gericht bestimmte prozessuale Anordnungen und Handlungen zur Durchführung einer Beweisaufnahme zu treffen und vorzunehmen hat. — Das Gericht hat daher über den Aussetzungsantrag zu entscheiden. (Vgl. zu § 1034, 3.)

2. Anwendung ausländischen Rechtes. Rostock 28. 9. 15, MecklZ. 34, 227, OLG. 33, 140, SeuffA. 71, 175. Wenn nach dem Willen der Parteien das Schiedsgericht aus im Ausland ansässigen Personen bestehen und im Auslande seinen Sitz haben soll (im gegebenen Falle Norwegen und Christiana), so können die Parteien nicht erwarten, daß die Schiedsrichter die Prozeßvorschriften eines für sie fremden Rechtes kennen und danach verfahren. Hieraus folgt, daß das ausländische Recht auch anzuwenden ist bezüglich der Frage, ob und unter welchen Umständen das staatliche Gericht an Stelle einer Partei einen Schiedsrichter zu ernennen hat, desgleichen, welches Gericht dafür zuständig ist.

3. Über die Maßgeblichkeit des Beschlußverfahrens für ein gemäß §§ 1041, 1042 schwebendes Prozeßverfahren siehe zu § 1032, 7, vgl. auch KG. 7. 11. 14, OLG. 33, 147.

Konkursordnung.

Vorbemerkung: Im Anschluß an die Einführung der österreichischen und der ungarischen Ausgleichsordnung, die auch in reichsdeutschen Zeitschriften vielfach besprochen wurden (vgl. Bendix, Die österreichische Ausgleichsordnung, GruchotsBeitr. 60, 220 ff.; Bovensiepen, unter demselben Titel, ThürBl. 63, 1 ff.; Cahn, Die österreichische Ausgleichsordnung — ein schwesterliches Vorbild, JW. 16, 697 ff., 783 ff.; Bendix, Die ungarische Ausgleichsordnung, GruchotsBeitr. 60, 721; Jäger, Die ungarische Ausgleichsordnung, JW. 16, 701 ff., 786 ff.), hat auch die deutsche Bewegung zur Einführung einer Ausgleichsordnung sich weiter betätigt und einen, wenn auch beschränkten Erfolg erreicht.

Durch BRVO. v. 14. 12. 16 (RGBl. 16, 1363 ff.) ist ein außergerichtlicher Zwangsvergleich im Anschluß an eine Geschäftsaufsicht eingeführt worden. Zu einer allgemeinen Ausgleichsordnung hat sich die Regierung nicht entschließen können.

Schrifttum: Bendix, Schutz des Konkursverwalters gegen die Abführung des Versteigerungserlöses an Pfändungspfandgläubiger nach Konkursausbruch, SächsRpflA. 16, 338 ff. — De Boor, Urheberrecht, Verlagsvertrag und Verlagsrecht im Konkurse über den Nachlaß des Urhebers, GoldschmidtsZ. 79, 421 ff. — Breit, Die neue Auflage von Jägers KO., JW. 16, 1077 ff. — Jäger, Komm. zur KO. 5. Aufl. 2 Bände. — Derselbe, Sukzessivlieferungsverträge im Konkurse, LeipzZ. 16, 22 ff. — Derselbe, Bürgschaft und Ausgleichserlaß, LeipzZ. 16, 526 f. — Derselbe, Haftung des Pfandes für Zinsen der Forderung, LeipzZ. 16, 1414. — Josef, Die Anfechtung der Zuwendung bei der Lebensversicherung durch den Konkursverwalter, JheringsJ. 66, 36 ff. — Kretzschmar, Die Wirkung der Rechte an Sachen und Rechten und der vorgemerkten Ansprüche im Konkurse, JW. 16, 165 ff. — Männer, Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters usw., LeipzZ. 16, 783 ff. — Marx, Bürgschaft und Ausgleichserlaß, LeipzZ. 16, 794. — Rieß, Wann entsteht der Anspruch auf die Nachschüsse im Genossenschaftskonkurse? JheringsJ. 66, 121 ff. Stern, Das Konkursverfahren. Leipzig 1914.

Erstes Buch. Konkursrecht.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

§ 1.

I. Umfang der Masse. 1. In- und ausländisches Vermögen. **RG.** 13. 7. 16, JW. 16, 1339, LeipzZ. 16, 1443, WarnE. 16, 379. Das inländische Konkursverfahren erstreckt sich auf das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, auch soweit es sich im Auslande befindet oder aus ausländischen Werten herrührt. Gemeinschuldner und Anfechtungsgegner haben und hatten zur Zeit der angefochtenen Handlung Wohnsitz und gewerbliche Niederlassung im Inlande. Der zufällige Umstand, daß Vereinbarung und Vollzug der Wechselhingabe im Auslande stattgefunden hat, begründet nicht die Anwendung des ausländischen Rechtes.

2. Nießbrauch. **RG.** 1. 4. 16, DJZ. 16, 813. Der Nießbrauch fällt nicht in die Konkursmasse des Nießbrauchers. Vgl. oben zu §§ 1041 ff. BGB.

3. Mietzinsforderungen. Stuttgart 10. 12. 15, R. 16 Nr. 322. Die Mietzinsforderungen können auch ohne das Grundstück selbst zur Konkursmasse gezogen werden. Die Mietzinsforderungen unterliegen zwar als zum Hypothekenverbande gehörige Nutzungen des Grundstücks der Zwangsverwaltung, durch die dem Schuldner die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen wird (§ 865 Abs. 1 ZPO., §§ 148, 21 Abs. 2 ZVG.). Zugleich aber sind sie selbständige Forderungsrechte, und als solche sind sie, solange sie nicht im Wege der Zwangsverwaltung beschlagnahmt sind, Gegenstand der Forderungspfändung, die unbeschadet der Verwaltung des Grundstücks durch den Schuldner erfolgt (§ 865 Abs. 2 ZPO.). Auch in letzterer Eigenschaft gehören die Mietzinsforderungen zur Konkursmasse. Allerdings kann der Gemeinschuldner durch Veräußerung des vom Konkursverwalter freigegebenen Grundstücks bewirken, daß die Mietzinsen vom Übergange des Eigentums auf den Erwerber an der Konkursmasse entzogen werden (§ 571 Abs. 1 BGB.); aber dies macht es nicht rechtlich unzulässig, daß der Konkursverwalter die Mietzinsforderung ohne das Grundstück zur Masse zieht. Etwaige Vorausverfügungen des Verwalters über die Mietzinsen sind für den Fall der Veräußerung des Grundstücks durch den Gemeinschuldner nicht mehr und nicht minder wirksam, als wenn sie bei Freigabe auch der Mietzinsforderungen vom Gemeinschuldner vorgenommen werden. Entsprechendes gilt, wenn das Grundstück bei dem Gemeinschuldner im Wege der Zwangsversteigerung veräußert wird (§§ 57—57 b ZVG.).

II. Masse des Nachlaßkonkurses vgl. unten Ziff. 3 zu § 214.

§ 2.

BayObLG. 28. 4. 16, LeipzZ. 16, 1046, R. 16 Nr. 1385. Der Konkurs über den Nachlaß des überlebenden Gatten ergreift nicht ohne weiteres auch das Gesamtgut. Denn

nach § 2 Abs. 1 und § 3 KO. gehört zwar, wenn bei bestehender fortgesetzter Gütergemeinschaft über das Vermögen des überlebenden Gatten der Konkurs eröffnet wird, das Gesamtgut zur Masse. Allein § 2 KO. trifft eben nur Bestimmungen für den Fall der Konkurseröffnung während des Bestehens der Gütergemeinschaft oder fortgesetzten Gütergemeinschaft, er ist aber nicht anwendbar, wenn die fortgesetzte Gütergemeinschaft, wie hier, durch den Tod des überlebenden Gatten aufgelöst ist (Jäger, KO. Anm. 19 zu § 2). In diesem Falle ergibt sich die Beantwortung der Frage, was zur Konkursmasse gehört, aus § 1 KO. und § 860 ZPO. Nach § 1 KO. umfaßt der Konkurs das gesamte einer Vollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, und nach § 860 ZPO. ist nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft der Anteil an dem Gesamtgute zugunsten der Gläubiger des Anteilsberechtigten der Pfändung unterworfen. Hieraus ergibt sich, daß zur Masse des Konkurses über den Nachlaß des überlebenden Ehegatten nicht das Gesamtgut, sondern nur der dem überlebenden Ehegatten zustehende Anteil am Gesamtgute gehört (RGRKomm. Anm. 4; Planck Anm. 4; Staudinger Anm. 3; sämtlich zu § 1497). Ohne Bedeutung ist, daß die Auseinandersetzung, die nach § 1497 BGB. nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft einzutreten hat, noch nicht erfolgt und der Anteil des Verstorbenen am Gesamtgute noch nicht festgestellt ist. Denn die Wirkungen der Beendigung der Gütergemeinschaft sind kraft Gesetzes eingetreten und dauern fort, auch wenn die Auseinandersetzung selbst sich verzögert. Ebenso ist ohne Bedeutung, daß hier augenscheinlich das Gesamtgut ebenso überschuldet ist wie der Nachlaß. Dieser nur zufällige und durchaus nicht notwendige Umstand beseitigt nicht die Notwendigkeit der Auseinandersetzung.

§ 3.

Konkursforderung. 1. Anspruch auf Rechnungslegung. Darmstadt 9. 2. 16, HessRspr. 17, 18. Der Anspruch auf Rechnungslegung ist keine Konkursforderung, weil er eine Handlung verlangt, die von einem Dritten nicht vorgenommen werden kann. Sie ist nach § 888 ZPO. nur erzwingbar durch einen gegen die Person des Schuldners, nicht gegen sein Vermögen gerichteten Zwang.

2. Scheinforderung. a) **RG.** 21. 12. 15; 87, 420, JW. 16, 396, R. 16 Nr. 564, SeuffA. 71, 427. Ist über eine Forderung zum Schein eine Urkunde ausgestellt, so greift der Schutz des gutgläubigen Erwerbers der Forderung nach § 405 BGB. auch gegenüber der Konkursmasse des Schuldners durch, falls die Schuldurkunde vor Konkursbeginn ausgestellt und ausgegeben ist. Dies gilt auch, wenn die Scheinforderung erst während des Konkurses in der Person des gutgläubigen Erwerbers zur Entstehung gelangt. § 3 KO. steht nicht entgegen. (Im übrigen vgl. oben zu § 405 BGB.)

b) Jäger, JW. 16, 396, billigt diese Entscheidung. Die Abtretung kann nach §§ 31, 32 KO. anfechtbar sein. Überträgt der gutgläubige Erwerber die Forderung weiter, so sind alle Nachmänner geschützt, auch solche, die beim Erwerbe den ursprünglichen Nichtigkeitsgrund kennen oder kennen müssen.

3. „Zur Zeit der Konkurseröffnung begründet." **RG.** 18. 6. 15; 87, 82. Der dem Handlungsgehilfen nach § 62 HGB. zustehende Schadensersatzanspruch kommt als einheitlicher Gesamtanspruch mit dem Schadensereignisse zur Entstehung und kann daher im Konkurs in voller Höhe, auch wegen der noch nicht fälligen Leistungen, geltend gemacht werden (anders wie die Unterhaltsansprüche, § 3 Abs. 2 KO.). Wird dem Handlungsgehilfen das Stimmrecht nicht im vollen Umfange gewährt, weil er die künftigen Nachteile nicht zu beweisen vermag, so gibt ihm das kein Recht, einen zustande gekommenen Zwangsvergleich anzufechten.

§ 4.

1. Jäger (5) § 4 Anm. 5. Die Rechtsprechung der obersten Gerichte geht dahin, daß der Konkursverwalter Zubehör des hypothekenbelasteten Grundstücks nicht veräußern und den Erlös zur Masse bringen darf (vgl. **RG.** 69, 85, JW. 08, 561, LeipzZ. 12, 696; 15, 707, SeuffA. 63 Nr. 194; 71, 76). Dagegen Jäger: Die Erstreckung der Grundstückshaftung auf

die bewegliche Sache bildet eine Besonderheit, die sich nur so lange rechtfertigt, als das Zubehörverhältnis besteht. Wenn dieses Verhältnis vor der Beschlagnahme zugunsten des Gläubigers erlischt, so endet schon damit die Mithaftung der Fahrnis. Zu Unrecht verwehrt die Praxis dem Konkursverwalter, entgegen § 6 KO. das dem Massesubjekte zustehende Mithaftungsrecht auszuüben.

2. Dagegen Breit, JW. 16, 1079, unter Bezugnahme auf **RG.** 69, 85. Dem Eigentümer ist im Interesse seiner Wirtschaftsführung, um ihn in dem wirtschaftlichen Interessenkampfe nicht zu sehr einzuengen, das Recht verliehen, einzelne der verhafteten Gegenstände zu Gelde zu machen und der Haftung für die Hypotheken zu entziehen. Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens ist aber der wirtschaftliche Kampf für den Eigentümer zu Ende. Was jetzt folgt, dient nur den Zwecken des Konkursverfahrens.

§ 6.

Stellung des Konkursverwalters. I. Im allgemeinen. 1. Jäger (5) § 6 Anm. 1 ff. Der Konkursverwalter ist ausschließlich Vertreter des Gemeinschuldners. A. M. die früheren Auflagen, wo angenommen war, daß der Verwalter teils den Gemeinschuldner, teils die Konkursgläubiger vertrete.

2. Breit, JW. 16, 1080 ff. Die Frage nach der Rechtsstellung des Konkursverwalters ist praktisch ohne Bedeutung. Sie interessiert zwar für einige prozessuale Fragen, nämlich ob der Gemeinschuldner als Zeuge vernommen werden kann, ob der Konkursverwalter Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners und umgekehrt der Gemeinschuldner nach Aufhebung des Konkurses Rechtsnachfolger des Konkursverwalters ist, ferner ob der Gemeinschuldner als Nebenintervenient im Masseprozeß auftreten kann. Aber alle diese Fragen werden von den Vertretern der verschiedenen Theorien im wesentlichen gleichartig beantwortet.

3. Männer, LeipzZ. 16, 783 ff., erörtert die Frage nach der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters. Indem er sich eingehend gegen **RG.** 29, 29 wendet, kommt er zu dem Ergebnisse, daß der Konkursverwalter gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners ist. Partei ist in den vom Verwalter geführten Prozessen, auch in den Anfechtungsprozessen, der Gemeinschuldner. Von einer Rechtsnachfolge zwischen dem Verwalter und dem Gemeinschuldner kann keine Rede sein, auch wenn der Verwalter den Streitgegenstand aus der Masse freigibt. Die Prozeßvollmacht des Gemeinschuldners oder des Verwalters wirkt nach § 86 ZPO. weiter. Soweit es sich um Massegegenstände handelt, sind rechtsgeschäftliche Abmachungen zwischen Gemeinschuldner und Verwalter möglich, daher auch Prozesse zwischen ihnen beiden. Der Gemeinschuldner kann als Zeuge in dem Prozesse des Verwalters vernommen werden, weil eine prozeßunfähige Partei, die nicht zum Parteieide zuzulassen ist, als Zeuge vernommen werden kann.

4. Bendix, BayRpflZ. 16, 6, erörtert kurz a) die rechtliche Stellung des Konkursverwalters nach der deutschen KO., indem er die Grundsätze der Vertretungstheorie und der Amtstheorie einander gegenüberstellt. In der neuen österreichischen KO. hat die Amtstheorie Anerkennung gefunden. b) Der deutsche Konkursverwalter hat die Aufgabe, die Masse zu ermitteln, zu verwalten, zu verwerten und den Erlös unter die Gläubiger zu verteilen. Hierbei handelt der Verwalter völlig selbständig nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen. Dem Konkursgerichte steht nicht die Befugnis zu, seine Handlungen auf ihre Zweckmäßigkeit hin zu prüfen und ihn zur Vornahme solcher zu zwingen oder sie selbst oder durch Dritte zu veranlassen. Dagegen ist der Masseverwalter der österreichischen KO., der im wesentlichen die gleichen Obliegenheiten hat, in weitem Umfange durch das Eingreifen des Konkursgerichts und des Konkurskommissärs (Einzelrichters) gebunden.

II. Einzelnes. 1. Nachlaßkonkursverwalter und Urheberrecht. De Boor, GoldschmidtsZ. 79, 445 f. Der Verwalter des Nachlaßkonkurses kann ein in der Masse befindliches Urheberrecht in jeder Weise verwerten wie die Erben selbst. Die Befugnis, über den inneren Bestand des Werkes durch Änderung zu verfügen, muß dagegen den Erben des Urhebers verbleiben, die es aber nur so ausüben dürfen, daß berechtigte Interessen der Masse nicht verletzt werden.

2. Freigabe von Massegegenständen. a) Stuttgart 10. 12. 15, WürttJ. 27, 297, WürttRpflZ. 16, 41. Der Konkursverwalter ist berechtigt, ein Grundstück des Gemeinschuldners in der Weise freizugeben, daß er die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks dem Gemeinschuldner überläßt, dagegen die Mietzinsforderungen für die Masse in Anspruch nimmt. Die Mieten sind selbständige Forderungsrechte und als solche Gegenstand der Pfändung, solange sie nicht im Wege der Zwangsverwaltung beschlagnahmt sind. Sie gehören daher auch in die Konkursmasse. Andernfalls müßte der Verwalter im Falle der Überlastung des Grundstücks entweder die Mieten dem Gemeinschuldner zur beliebigen Verwendung überlassen oder das Grundstück trotz seiner Unverwertbarkeit für die Masse wenigstens so lange zu dieser ziehen und sich mit dessen Besitz und Verwaltung beschweren, bis er die Mieten eingezogen oder anderweit verwertet hat. Die Tatsache, daß der im Grundbuch eingetragene Konkursvermerk nachträglich auf Veranlassung des Konkursverwalters gelöscht worden ist, steht dem Rechte des Verwalters auf die Mieten nicht entgegen, wenn er bei der Freigabe des Grundstücks an den Gemeinschuldner sich die Mieten vorbehalten hat. Die Eintragung des Konkursvermerkes bezweckt nur, Verfügungen des Gemeinschuldners über dingliche Rechte am Grundstück zugunsten gutgläubiger Erwerber nach der Konkurseröffnung hintanzuhalten. Ebenso LG. Stuttgart 24. 4. 13, WürttRpflZ. 16, 40.

b) Stuttgart 28. 1. 16, WürttJ. 27, 302, WürttRpflZ. 16, 43. Sind in dem oben genannten Falle die Mieten durch den Hausverwalter eingezogen worden, so ist das eingezogene Geld Eigentum des Gemeinschuldners geworden, aber derart, daß nur dem Konkursverwalter das Verfügungsrecht darüber zukam. Hat der Verwalter das Geld an einen Dritten ausgehändigt, welchem der Gemeinschuldner die fraglichen Mietzinsforderungen abgetreten hatte, so ist der Dritte nicht Eigentümer geworden: einmal deshalb, weil der Verwalter dem Dritten nicht das Eigentum verschaffen, sondern nur seiner Verpflichtung genügen wollte, die Mieten an den Berechtigten herauszugeben; ferner, weil der Gemeinschuldner an Geld, das zur Masse gehört, selbst einem gutgläubigen Erwerber mit Wirkung gegenüber den Konkursgläubigern kein Eigentum verschaffen kann (vgl. Jäger § 7 Anm. 16, 31, 32). Hat sich der Dritte durch Verauslagung des Geldes außerstande gesetzt, es an die Masse herauszugeben, so haftet er nach §§ 990 Abs. 1, 981 BGB. auf Schadensersatz, wenn er beim Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war (vgl. Jäger § 7 Anm. 18). Der Schaden, den die Masse erlitten hat, wird nicht dadurch vermindert, daß der Dritte das Geld zur Zahlung von Hypothekenzinsen verwendet hat; denn der Verwalter hätte das Geld dazu nicht zu verwenden brauchen.

3. Unzulässige Rechtshandlungen des Verwalters. München 29. 11. 15, SeuffA. 71, 127. Die Veräußerung von Zubehörstücken durch den Verwalter und die Verwertung des Erlöses für Konkurszwecke steht einer Pfändung gleich. Sie kann eine für die ordnungsmäßige Verwaltung der Konkursmasse nützliche oder gar notwendige Maßregel sein, damit wird aber die Abführung an die Masse nicht gerechtfertigt, die Gläubiger dürfen nicht auf Kosten der Absonderungsberechtigten bereichert werden (**RG.** 69, 85). Der Verwalter, der gegen diese Grundsätze handelt, macht sich ersatzpflichtig. Eine besondere Verpflichtung, sich um die Zubehörstücke zu kümmern, besteht für den Gläubiger nicht. Vgl. JDR. 14 zu § 6 II 2.

III. Stellung des Konkursverwalters im Prozesse. 1. **RG.** 7. 7. 15 (JDR. 14 zu § 6 A III 2) jetzt auch BayRpflZ. 16, 45, ZBlFG. 16, 583.

2. Rostock 1. 7. 14 (JDR. 14 zu § 6 A III 1) jetzt auch OLG. 32, 379.

IV. Stellung des Gemeinschuldners zu gerichtlichen Entscheidungen. 1. a) **RG.** 2. 11. 15, GruchotsBeitr. 60, 512, JW. 16, 324. Der Gemeinschuldner, gegen den ohne Berücksichtigung der durch die Konkurseröffnung eingetretenen Unterbrechung des Verfahrens persönlich ein Urteil ergangen ist, kann selbst ein Rechtsmittel einlegen. Er ist in dieser Beziehung nicht abhängig von der Entschließung des Verwalters und braucht nicht abzuwarten, ob dieser unter Aufnahme des Verfahrens ein Rechtsmittel einlegen wird.

Der Gemeinschuldner kann auch selbst durch Urteilszustellung die Rechtsmittelfrist in Lauf setzen (ebenso RG. 64, 361).

b) Dagegen Jäger a. a. O. Fußnote. Billigt man dem Gemeinschuldner so weitgehende Rechte zu, so besteht die Gefahr, daß er mit dem Verwalter in Konflikt gerät, dem ausschließlich die Prozeßlegitimation für Massestreitigkeiten zusteht. Um die Fortführung eines schwebenden Masseprozesses handelt es sich auch hier. Ferner ist jede ohne Aufnahme erfolgende Prozeßtätigkeit vollkommen unzulässig. Eine persönliche Beschwerung des Gemeinschuldners ist nur scheinbar vorhanden. Der zuerkannte Anspruch bleibt trotz des unzulässigen Urteils, was er sonst wäre: eine Konkursforderung oder ein Aussonderungsanspruch usw. Der Prozeßstillstand muß durch Aufnahme beseitigt werden. Handelt es sich um eine Konkursforderung, so muß der Anspruch angemeldet und geprüft werden. Wird er festgestellt, so verdrängt die Feststellung jeden Richterspruch.

2. KG. 12. 1. 16, KGBl. 16, 58. Eine nach Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner rechtsunwirksam eingelegte Beschwerde kann vom Gemeinschuldner selbst zurückgenommen werden. Wird trotz Rücknahme die Beschwerde als unzulässig verworfen, so ist der Gemeinschuldner berechtigt, im eigenen Namen weitere Beschwerde einzulegen. Es muß hier das gleiche gelten wie bei einem Urteile, welches mit Unrecht den Gemeinschuldner als Partei bezeichnet und daher von ihm durch Rechtsmittel angegriffen werden kann (RG. 64, 361, Gaupp-Stein § 249 Anm. IV 2).

§§ 6, 10.

KG. 1. 12. 15, LeipzZ. 16, 566. Der Anspruch auf Rechnungslegung aus einer Patentverletzung richtet sich gegen den Konkursverwalter. Die Rechnungslegung ist zwar eine nicht ersetzbare Handlung (§ 888 ZPO.) und müßte deshalb folgerichtig vom Gemeinschuldner außerhalb des Konkurses erledigt derden. Dies ist auch der Fall, wenn der Gemeinschuldner allein oder vorwiegend imstande ist, Auskunft oder Rechnung zu erteilen (LeipzZ. 12, 92). Hier handelt es sich aber um eine Rechnung, die nur aus den Büchern des Gemeinschuldners gelegt werden kann, und diese befinden sich im Besitze des Verwalters. Die Rechnungslegung kann daher, wenn sie praktischen Wert haben soll, nur durch den Verwalter erfolgen. Der Anspruch auf Rechnungslegung ist rechtlich als Nebenleistung des Schadensersatzanspruchs anzusehen, und daraus ergibt sich nach § 240 ZPO. seine Beziehung zur Konkursmasse (Jäger § 10 Anm. 3). Das Abhängigkeitsverhältnis erfordert, daß der Schadensersatzanspruch im Konkurs angemeldet und bestritten ist.

§ 7.

1. Klagen des Gemeinschuldners nach Konkurseröffnung. Dresden 30. 9. 15. OLG. 32, 365. Eine vom Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung erhobene Klage kann, soweit sie die Masse berührt, keinen Erfolg haben, mag man annehmen, daß der Gemeinschuldner in solchem Rechtsstreite prozeßunfähig sei oder daß ihm die Prozeßführungsbefugnis oder die Klageberechtigung abgeht (Jäger § 6 Anm. 30). Die Unwirksamkeit konnte auch nicht dadurch geheilt werden, daß der Verwalter in einem Schriftsatze die Klage dahin berichtigte, daß er selbst Kläger sei, und dies im ersten Termine wiederholte. Diese nachträgliche Erklärung konnte nur die Wirkung haben, daß der Verwalter der Führung des Rechtsstreits durch den Gemeinschuldner zustimmte, dieser ihn also im eigenen Namen weiterführen konnte, nicht aber die, daß der Verwalter an seiner Stelle in den Rechtsstreit eintrete. Ein solcher Eintritt war auch nach § 10 KO. unzulässig, da er voraussetzt, daß der Rechtsstreit zur Zeit der Konkurseröffnung für den Gemeinschuldner anhängig war. Der Eintritt des Verwalters ist auch nicht als zulässige Klagänderung anzusehen. Der Eintritt des neuen Klägers ist ohne Zustellung einer neuen Klage erfolgt und dies vom Beklagten gerügt worden. Im Laufe der zweiten Instanz ist zwar der Konkurs im Wege des Zwangsvergleichs aufgehoben worden, dadurch hat der Gemeinschuldner die freie Verfügung zurückerlangt, und es war der Rechtsstreit zwischen ihm und den Beklagten fortzusetzen (RG. 58, 370). Indessen ist dadurch der Mangel der vorschriftsmäßigen Erhebung der geänderten Klage nicht als geheilt anzusehen;

denn jene Fortsetzung des Rechtsstreits setzt voraus, daß der Verwalter vorschriftsmäßig die Klage erhoben hat.

2. Stuttgart 28. 1. 16, R. 16 Nr. 760. Wer mit Ermächtigung des Gemeinschuldners Mietzinsen einnimmt, die, wie er weiß, zur Konkursmasse gehören, erwirbt daran kein Eigentum (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 2 KO.) und muß nach Verbrauch des Geldes den Schaden ersetzen. Auf die Bereicherung kommt es nicht an.

§ 10.

Über die Rechte des Gemeinschuldners gegenüber gerichtlichen Entscheidungen vgl. zu § 6 IV.

§ 11.

1. Unterlassungsansprüche. KG. 4. 9. 15, KGBl. 16, 67. Unterlassungsansprüche gehören zur Masse, wenn sie zum Schutze eines gegenwärtig in die Masse gefallenen Vermögensstücks bestehen und geltend gemacht werden. Wenn es sich aber um die Abwehr von Angriffen handelt, die gegen die Kreditwürdigkeit des früher vom Gemeinschuldner betriebenen Geschäfts und gegen seine Persönlichkeit gerichtet sind, so wird davon nicht die Masse, sondern der Gemeinschuldner persönlich betroffen. Ihm steht die Befugnis zur Abwehr zu; daher gehört dieser Unterlassungsanspruch nicht zur Masse, und es tritt keine Unterbrechung des Verfahrens nach § 240 ZPO. ein.

2. Frankfurt 10. 4. 16, LeipzZ. 16, 969. Die Frage, ob ein Prozeß die Konkursmasse betrifft und deshalb durch die Konkurseröffnung unterbrochen wird, ist bei dem Unterlassungsanspruch eines Patentinhabers zu verneinen, wenn er sich gegen eine bloße Störung richtet, die der Patentverletzer nicht auf ein ihm zustehendes Recht stützt. Der Rechtsstreit geht dann ohne Rücksicht auf den Konkurs gegen den Gemeinschuldner als den Störer weiter. Wenn sich dagegen der Störer auf ein ihm zustehendes Recht beruft, so stellt sich der Unterlassungsanspruch als Aussonderungsanspruch dar, gerichtet auf Aberkennung des dem Gemeinschuldner angeblich zustehenden Rechtes. Damit ist nach § 11 KO. sowohl für den Konkursverwalter als auch für den Gegner die Möglichkeit gegeben, den Rechtsstreit aufzunehmen (ebenso Lehmann, BuschsZ. 38, 97, LeipzZ. 10, 814, Jäger § 10 Anm. 4, § 11 Anm. 1). Ob die Aufnahme im einzelnen Falle gegen den Gemeinschuldner oder den Verwalter erfolgen muß, hängt davon ab, von wem die Wiederholungsgefahr droht. Liegt diese beim Gemeinschuldner, so bedarf es einer Aufnahme nicht, der Rechtsstreit kann ohne Rücksicht auf den Konkurs gegen ihn weitergehen. Setzt der Verwalter die Verletzung fort, oder droht er, sie fortzusetzen, so ist die Aufnahme gegen ihn erforderlich. Unrichtig ist, daß durch den Konkursausbruch regelmäßig die Wiederholungsgefahr beim Gemeinschuldner beseitigt sei. Es handelt sich um die Unterlassung einer geistigen Tätigkeit, welche der Gemeinschuldner unabhängig von materiellen Mitteln durch rein persönliches Wirken ausüben kann. Dies gilt auch dann, wenn Gemeinschuldner eine Aktiengesellschaft ist. Wenn auch die Aktiengesellschaft durch die Konkurseröffnung aufgelöst wird, so dauert doch ihre Rechtspersönlichkeit für die Zwecke des Konkurses und in gewissem Umfange darüber hinaus fort (Jäger §§ 207, 208 Anm. 10).

§ 14.

Hamburg 11. 11. 13, OLG. 32, 372. Ist ein Arrest vor seiner Zustellung vollzogen und die Zustellung sodann im Auslande bewirkt worden, so treten die Wirkungen der Zustellung § 929 Abs. 3 ZPO.) bereits mit der Einreichung des Gesuchs um Zustellung ein (§ 207 Abs. 2 (ZPO.). Der nach § 207 ZPO. festzustellende Zeitpunkt ist auch maßgebend für die Frage, wann im Sinne des § 29 KO. der Arrest wirksam geworden ist. Es liegt kein Grund vor, dem Arrestkläger den ihm ganz allgemein verliehenen Schutz dem Konkurse gegenüber zu versagen (vgl. Jäger § 14 Anm. 14, Gaupp-Stein § 929 III, 3).

Zweiter Titel. Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

§ 17.

I. Erfüllung im Sinne des § 17 KO. 1. De Boor, GoldschmidtsZ. 79, 446 ff. a) Der Verlagsvertrag ist seitens des Verfassers noch nicht erfüllt, wenn das Manuskript sich

noch in der Masse befindet. Eine weitere unerfüllte Vertragspflicht kann in der neben dem Verlagsrechte hergehenden Verpflichtung bestehen, die Vervielfältigung und Verbreitung zu unterlassen und sie dem Verleger zu gestatten. Dieser Unterlassungsanspruch kann im Konkurse geltend gemacht werden. Er besteht auch noch dann, wenn der Verfasser pflichtmäßig das Verlagsrecht bestellt hat; denn der Verfasser ist während der ganzen Dauer des Vertrags zur Unterlassung verpflichtet. b) Seitens des Verlegers ist der Vertrag noch nicht erfüllt, solange noch Honorarforderungen ausstehen und er seiner Pflicht, das Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten, nicht voll genügt hat. c) Durch die Erfüllungsweigerung des Verwalters nach § 17 KO. wird der Vertrag nicht aus der Masse ausgeschieden, so daß die Vertragsforderung dem Gemeinschuldner zufällt, er wird auch nicht aufgelöst, sondern dahin gestaltet, daß kein Anspruch auf Erfüllung, sondern nur ein einseitiger Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz geltend gemacht werden kann. Damit erlischt das Verlagsrecht, weil Erfüllung der Gestattungs- und Unterlassungspflicht fernerhin nicht verlangt werden kann.

2. **RG.** 1. 4. 16, DJZ. 16, 813, R. 16 Nr. 2002. Wenn bei der Bestellung eines Nießbrauchs eine Gegenleistung des Nießbrauchers vertraglich festgesetzt wird (z. B. Überlassung eines Grundstücks gegen Entgelt), so hat der Besteller dem Nießbraucher dafür einzustehen, daß dieser sein Nießbrauchsrecht für die Dauer des Nießbrauchs auszunutzen in der Lage ist. Daher hat der Besteller den Vertrag noch nicht vollständig erfüllt, wenn er die Eintragung des Nießbrauchs in das Grundbuch bewirkt hat. Es kommt also § 17 KO. zur Anwendung und § 193 KO. greift nicht Platz.

II. Wirkung des Eintritts des Verwalters in den Vertrag. 1. Irrtum über die Rechtsfolgen der Erklärung. Jäger, LeipzZ. 16, 22 ff., teilt aus einer Entscheidung des **RG.** v. 29. 6. 15 folgendes mit: Erklärt der Verwalter bei einem beiderseits nicht völlig erfüllten Sukzessivlieferungsvertrage, daß er Erfüllung verlange, so muß er als Käufer die rückständigen Leistungen als Masseschuld zahlen. Hat er sich über diese Rechtsfolge geirrt, so liegt ein unbeachtlicher Irrtum im Beweggrunde vor, und die Anfechtung ist ausgeschlossen. Hat er aber geglaubt, der Vertrag sei auf seiten des Verkäufers noch unerfüllt, so kann er anfechten. Verf. billigt diese Ausführungen. Man wird noch verlangen müssen, daß der Verwalter darlegt, wie er zu seiner falschen Ansicht gelangt ist. Hat er jede Erkundigung versäumt, so liegt kein Irrtum vor. Ebenso liegt der Fall, wenn der Verwalter geglaubt hat, die vor dem Konkurse vollzogenen Lieferungen seien bereits bezahlt (vgl. JDR. 14 zu § 17 III c).

2. Unzulässigkeit allgemeiner Übertragung des Wahlrechts. Jäger, LeipzZ. 16, 24 ff., teilt aus einer RG.-Entsch. v. 29. 6. 15 folgendes mit (vgl. JDR. 14 zu § 17 III d): Die Handlungsvollmacht erlischt mit Konkurseröffnung. Der Umfang einer neu erteilten Vollmacht hängt vom Willen des Verwalters ab. Eine allgemeine Vollmacht enthält nicht die Ermächtigung, eine Erklärung nach § 17 KO. abzugeben. Eine allgemeine Übertragung des Wahlrechts nach § 17 ist unzulässig. Verf. billigt diese Grundsätze.

III. Wirkung der Erfüllungsablehnung seitens des Verwalters. 1. München 18. 11. 13, OLG. 32, 367. Die Beklagte, die dem Kläger ein Darlehen gegeben hatte, kaufte später von ihm Waren und verpflichtete sich, dieselben nach Verrechnung eines entsprechenden Teiles des Kaufpreises gegen Nachnahme des Restes abzunehmen. Der Kläger geriet bald darauf in Konkurs. Der Verwalter gab ihm aber die Forderung zur eigenen Geltendmachung frei. Durch diese Erklärung gegenüber dem Gemeinschuldner hat der Verwalter die Erfüllung des Vertrags gemäß § 17 KO. auch der Beklagten gegenüber abgelehnt. Dies hat regelmäßig die Wirkung, daß von da ab auch der Gemeinschuldner nicht mehr Vertragserfüllung vom Gegner verlangen kann. Diese Folge tritt für jeden zweiseitigen nicht erfüllten Vertrag ein. Maßgebend ist, daß dem Vertragsgegner nicht zugemutet werden kann, dem Gemeinschuldner gegenüber zu erfüllen, wenn der Verwalter ablehnt. Dies gilt auch, wenn der Gemeinschuldner Verkäufer ist. Es wird dahingestellt gelassen, ob die angeführte Wirkung der Erfüllungsablehnung des Verwalters nicht eintritt, wenn der Gemeinschuldner bereite Mittel zur Vertragserfüllung besitzt. Die bloße Möglichkeit der Erfüllung genügt jedenfalls nicht (**RG.** 56, 173).

2. **RG.** 20. 2. 15 (JDR. 14 zu § 17 IV a) jetzt auch **RG.** 86, 250.

§ 19.

RG. 4. 4. 16, LeipzZ. 16, 1183, R. 16 Nr. 1781. Zur Wahrung des Ersatzanspruchs nach § 19 KO. muß der Vermieter sich bemühen, den aus der vorzeitigen Aufhebung des Mietvertrags folgenden Schaden abzuwenden oder zu mindern, insbesondere einen neuen Mieter zu finden. Dabei handelt es sich aber nicht um die Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Konkursverwalter, sondern nur darum, ob der Vermieter diejenigen Maßregeln ergriffen hat, die er, wenn man von dem Vorhandensein eines Ersatzpflichtigen absieht, bei verständiger Würdigung seiner eigenen Interessen ergreifen mußte, um eine Vermietung herbeizuführen.

§ 23.

Einfluß des Konkurses auf 1. Anstellungsverträge von Gesellschaftsorganen. a) KG. 1. 10. 15, BauersZ. 23, 254, KGJ. 48, 134, R. 16 Nr. 2003. Die zur Zeit der Eröffnung des Konkurses über das Geschäftsvermögen vorhandenen Organe der GmbH. bleiben neben dem Konkursverwalter bestehen. Ihre Aufgaben sind nur insoweit zurückgedrängt, als die Aufgabe des Konkursverwalters reicht. Ihr Amt wird jedoch dadurch nicht inhaltlos (Staub, HGB. [9] § 292 Anm. 12). Sie haben vielmehr diejenigen Befugnisse auszuüben und Pflichten zu erfüllen, die im Konkurse dem Gemeinschuldner zustehen und obliegen. Dahin gehört u. a. die Ausübung des Beschwerderechts gegen den Eröffnungsbeschluß (§ 109 KO.), die Auskunftserteilung (§ 100 KO.), die Vertretung der Gesellschaft in den gemäß § 144 Abs. 2 aufgenommenen Prozessen, der Vorschlag eines Zwangsvergleichs (§ 173) und die Ausübung des Beschwerderechts gegen Bestätigung oder Verwerfung eines Zwangsvergleichs (§ 189 Abs. 1). Außerdem aber haben sie diejenigen Aufgaben zu erüllen, die nach dem Gesetze den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft obliegen und die nicht unmittelbar mit der Verwaltung und der Verfügung über die Konkursmasse verknüpft sind, so daß sie nicht zur Zuständigkeit des Konkursverwalters gehören. Hierher rechnet z. B. die Vertretung der Gesellschaft in dem von einem Gesellschafter angestrengten Prozesse wegen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Mitgliedschaft (Staub a. a. O.). Dahin gehören aber auch die Führung der inneren Geschäfte der Gesellschaft, die neben dem Konkursverfahren laufen, wie z. B. die Einberufung und Leitung der Gesellschafterversammlungen (§§ 49 Abs. 1, 50 GmbHG.), sowie die vom Gesetz im öffentlichen Interesse vorgeschriebenen Mitteilungen an das Registergericht. Nimmt z. B. die Gesellschafterversammlung eine Änderung in der Person der Geschäftsführer oder Liquidatoren vor, so hat dies mit dem Konkursverfahren nichts zu tun und ist daher nicht vom Konkursverwalter, sondern von den genannten Gesellschaftsorganen zum Register anzumelden. Das gleiche gilt von der Einreichung, Vervollständigung und Berichtigung der Gesellschafterliste, die hiernach nicht dem Konkursverwalter, sondern den verfassungsmäßigen Organen der Gesellschaft, den Geschäftsführern und im Falle der Liquidation den Liquidatoren, obliegt. Nun ist zwar der Konkursverwalter in der Lage, den Geschäftsführern und Liquidatoren gemäß § 22 KO. zu kündigen (Jäger, LeipzZ. 13, 360; Staub § 231 Anm. 34, Brand, HGB. § 231 Abs. 5 b ee, Ritter, HGB. § 231 Anm. 13). Da aber das Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und ihren verfassungsmäßigen Vertretern sich nach dem oben Gesagten nicht in Rechtsbeziehungen erschöpft, die der Verfügungsgewalt des Konkursverwalters unterliegen, so ist diese Kündigung in ihrer Wirkung beschränkt. Sie findet ihre Grenze in der Zuständigkeit des Konkursverwalters und löst daher nur die Beziehungen der Gesellschaftsorgane zur Konkursmasse, nicht die zur Gesellschaft, soweit diese einer Vertretung neben oder gegenüber dem Konkursverwalter bedarf und soweit es sich um Angelegenheiten handelt, die nicht in notwendiger Beziehung zum Konkursverfahren stehen. Wäre der Konkursverwalter in der Lage, Geschäftsführer und Liquidatoren aus ihren gesamten Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft zu entlassen, so könnte er der letzteren dadurch die Wahrnehmung der Interessen im Konkurs und die Führung ihrer inneren, mit dem Konkursverfahren nicht zusammenhängenden Geschäfte unmöglich machen. Innerhalb jener Grenze finden sonach auf die Beendigung des Amtes der Geschäftsführer und der Liquidatoren die allgemeinen Grundsätze Anwendung, die sich aus der Art ihrer Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft ergeben.

Wollen sie diese Rechtsbeziehungen in vollem Umfange lösen, wozu sie infolge der Konkurseröffnung nach § 626 BGB. in der Regel befugt sein werden, so müssen sie dies durch eine Erklärung gegenüber der verfassungsmäßig berufenen Stelle, nötigenfalls gegenüber der von ihnen einzuberufenden Gesellschafterversammlung tun. Der Konkursverwalter ist zur Entgegennahme einer solchen Erklärung ebensowenig befugt, wie er mit unbeschränkter Wirkung kündigen kann.

b) München 28. 12. 14, OLG. 32, 369. Der Kommanditist einer in Konkurs gegangenen Kommanditgesellschaft beanspruchte in seiner Eigenschaft als Prokurist sein im Gesellschaftsvertrag ausgeworfenes Monatsgehalt mit dem Vorrechte des § 61 Nr. 1 KO. Die Prokuraführung als solche setzt überhaupt kein Angestelltenverhältnis voraus noch begründet sie ein solches. Selbst wenn dies aber der Fall wäre, würde nach § 23 Abs. 2 KO. jeder Anspruch für die Zeit nach Konkurseröffnung hinfällig sein.

2. Kommissionsverträge. KG. 10. 2. 14, OLG. 32, 366 Anm. 1 a. § 17 KO. ist auf Kommissionsverträge nicht anwendbar. Diese enden stets nach § 23 Abs. 2 KO. mit der Konkurseröffnung, der Kommissionär kann daher keinen Ersatz, auch nicht entgangenen Gewinn, deshalb beanspruchen, weil der für eine gewisse Dauer geschlossene Vertrag nicht fortgesetzt wird.

§ 24.

Kretzschmar, JW. 16, 169. Die Wirksamkeit einer erst nach Konkurseröffnung eingetragenen Vormerkung wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß die Eintragung auf Grund einer von dem Berechtigten gegenüber dem Grundbuchamt abgegebenen oder dem Gläubiger ausgehändigten Eintragungsbewilligung noch vor Konkurseröffnung beantragt war. Dem auf solche Bewilligung gestützten Eintragungsantrag ist auch dann stattzugeben, wenn nach ihm, aber vor seiner Erledigung das Ersuchen um Eintragung des Konkursvermerkes beim Grundbuchamt eingegangen oder diesem die Konkurseröffnung sonst bekannt geworden ist, während der auf einer einstweiligen Verfügung beruhende Eintragungsantrag in einem derartigen Falle abzulehnen wäre.

§ 26.

1. Breit, JW. 16, 1079. Wenn der Verkäufer, der auf Kredit verkauft und übereignet hat, den Kaufvertrag und die Übereignung der Ware wegen Irrtums oder Täuschung über die Kreditwürdigkeit des Käufers in dem nachfolgenden Käuferkonkurse gemäß §§ 119, 123 BGB. anficht, so hat dies keine dingliche Rückwirkung und der Verkäufer kann nicht Aussonderung der noch vorhandenen Ware verlangen. Diese Entscheidung ergibt sich aus rein wirtschaftlichen Erwägungen, weil es offenbar ungerecht ist, daß diejenigen Lieferanten sich mit der Quote begnügen müssen, die zur Zeit geliefert haben, als der Käufer noch solvent war, daß dagegen diejenigen Lieferanten, die dem bereits zusammengebrochenen Schuldner kreditiert haben, ihre Ware aussondern können. A. M. ist RG., das die Aussonderung gewährt, dagegen empfiehlt Jäger, KO. (5) § 26 Anm. 6, die äußerste Zurückhaltung in der Anwendung des § 119 BGB.

2. Vgl. zu § 54, 1.

Dritter Titel. Anfechtung.

§ 29.

Allgemeines. Anfechtung von Versicherungsverträgen zugunsten Dritter. Josef, JheringsJ. 66, 36 ff. a) Der Dritte, zu dessen Gunsten die Lebensversicherung genommen ist, erwirbt den Anspruch auf die Versicherungssumme zwar nicht aus dem Nachlasse, sondern aus dem vom Versicherungsnehmer geschlossenen Vertrag unmittelbar (§ 330 BGB.), und er hat bis zum Tode des Versicherungsnehmers keinerlei Recht, sondern eine bloße Anwartschaft (§ 331). Mit dem Tode des Versicherungsnehmers wird aber dem Dritten gegen den Versicherer der Anspruch auf das Versicherungskapital erworben. Da also mit dem Tode des Versicherungsnehmers die Bezugsberechtigung sich darstellt als eine unentgeltliche Verfügung des Versicherungsnehmers zugunsten des Dritten, so kann folglich, wenn

über den Nachlaß des Versicherungsnehmers Konkurs eröffnet ist und die sonstigen Voraussetzungen der Anfechtung (§§ 30—32 KO.) vorliegen, der Konkursverwalter nach § 37 KO. das vom Versicherer an den Begünstigten gezahlte Versicherungskapital für die Masse verlangen. Zwar hat sich das Versicherungskapital niemals im Vermögen des Gemeinschuldners befunden; aber der Anspruch auf jenes ist an die Stelle der vom Versicherungsnehmer gezahlten Prämien getreten, und der § 37 KO. erfordert nicht, daß derjenige Vermögensteil, dessen Erstattung der Verwalter verlangt, schon als solcher im Vermögen des Gemeinschuldners gewesen ist; es genügt vielmehr, daß der verlangte Vermögensteil durch die Leistung, die der Gemeinschuldner weggegeben hat, zur Entstehung gelangt ist. Freilich ist der Anspruch auf die Versicherungssumme der versicherungsmäßig erfaßte Vermögenswert des Lebens, also eines persönlichen Gutes des Erblassers, das sich nicht in seinem Vermögen befand, so daß also die Versicherungssumme nicht an Stelle eines Vermögenswerts getreten ist. Nach dem dem § 166 VVG. zugrunde liegenden Gedanken sollen aber die Gläubiger des Versicherungsnehmers Sicherung auch durch die Leistung haben, die erst durch den Tod des Versicherungsnehmers zur Entstehung kommt. b) Da der Dritte den Anspruch erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers erwirbt, ist erst mit diesem Zeitpunkte die in der Versicherung liegende unentgeltliche Verfügung des Gemeinschuldners im Sinne des § 32 „vorgenommen“, so daß die Lebensversicherung zugunsten der Frau nach § 32 Nr. 2 aufechtbar ist, wenn der Versicherungsnehmer innerhalb zweier Jahre vor der Konkurseröffnung verstorben ist. c) Hat der Versicherungsnehmer dem Dritten (Begünstigten) den Anspruch aus dem Versicherungsvertrag abgetreten, oder hat der Versicherungsnehmer dem Versicherer gegenüber auf den Widerruf der Bezugsberechtigung verzichtet, so erwirbt der Dritte das (vererbliche und veräußerliche) Recht nicht erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers, sondern sofort; in diesem Falle ist die Anfechtung nur begründet, wenn die Abtretung oder Verzichtserklärung innerhalb zweier Jahre vor der Konkurseröffnung erfolgt sind. d) Bei der Kinder- (Aussteuer-, Studien-, Militär-) Versicherung erwirbt das begünstigte Kind den Anspruch aus der Versicherung zu dem im Versicherungsvertrage festgesetzten Zeitpunkte. Mit diesem Zeitpunkt ist die in dieser Art der Versicherung enthaltene unentgeltliche Verfügung zugunsten des Kindes vorgenommen und diese Verfügung aus den oben zu a angegebenen Gründen nach § 32 Nr. 1 KO. anfechtbar, wenn der gedachte Zeitpunkt der Fälligkeit in das letzte Jahr vor der Konkurseröffnung fällt.

§ 30.

I. Zahlungseinstellung. 1. **RG.** 10. 3. 16, R. 16 Nr. 1784. Aus dem Umstande, daß zu der maßgebenden Zeit bereits ein großer Betrag fälliger Schulden vorhanden und bereits mehrfach Pfändungen ausgebracht waren, ist, wenn die Pfändungen in keinem Falle ganz durchgeführt, sondern jedesmal durch Zahlungsleistung erledigt worden sind und der bei weitem größte Teil der fällig gewordenen Schulden gestundet war, keineswegs notwendig auf Zahlungseinstellung zu schließen; vielmehr liegt die Annahme näher, daß es sich um eine bloß vorübergehende, durch Zahlungsleistung jedesmal wieder beseitigte Zahlungsstockung gehandelt hat.

2. **RG.** 19. 5. 16, JW. 16, 1118, LeipzZ. 16, 1102, R. 16 Nr. 1783, 1787. Bei einer monatelangen Schließung der Kassen einer Bank ist regelmäßig, soweit nicht besondere Umstände entgegenstehen, anzunehmen, daß die Zahlungen allgemein eingestellt sind. Die zeitweise Wiedereröffnung und Offenhaltung der Kassen stellt nur einen Versuch dar, die Zahlungen wieder in ihrer Allgemeinheit aufzunehmen. Mißglückt dieser Versuch, so ist die Zahlungseinstellung tatsächlich schon in dem Zeitpunkt erfolgt, wo die Kassen das erstemal geschlossen wurden. Diese Zahlungseinstellung wirkt hinsichtlich der Anfechtbarkeit bis zur Konkurseröffnung fort, und nur auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners von dieser Zahlungseinstellung kommt es an. Der Anfechtungsgegner kann die Folgen der einmal begründeten Anfechtbarkeit nicht dadurch beseitigen, daß er sich ohne genügende sachliche Unterlage, wenn auch gutgläubig, einbildet, die Zahlungen seien wieder aufgenommen worden. Zustimmend Jäger a. a. O. Anm.

3. **RG.** 14. 4. 16, LeipzZ. 16, 1185. In der bloßen Zahlungsverweigerung gegenüber einer vom Schuldner bestrittenen Forderung kann nicht eine Zahlungseinstellung gefunden werden, sondern der Grund der Zahlungsweigerung muß in dem Mangel an flüssigen Mitteln, und zwar in einem nicht bloß vorübergehenden, bestanden haben.

4. **RG.** 30. 11. 15, LeipzZ. 16, 308. Im Konkurse der Kommanditgesellschaft sind Zahlungen des persönlich haftenden Gesellschafters an seine Privatgläubiger unmaßgeblich. Bei der Frage nach der Zahlungseinstellung kommt es nicht auf das Verhalten dieses Gesellschafters als Privatperson, sondern auf das Verhalten der Firma an (Jäger § 30 Anm. 13, §§ 209, 210 Anm. 4).

5. **RG.** 19. 5. 16, JW. 16, 1118, R. 16 Nr. 1782. Ein Gegenbeweisangebot wider die Annahme der Zahlungseinstellung ist nicht zu beachten, wenn es nicht die behaupteten Tilgungshandlungen einzeln darlegt.

6. Braunschweig 3. 4. 14, OLG. 32, 370. Die Zahlungseinstellung setzt nicht notwendig eine Mehrheit von Schulden voraus. Sie ist möglich, wenn gegen den Schuldner nur eine einzige Forderung besteht. Unbedingt nötig ist aber, daß sie fällig ist und daß Zahlung verlangt ist (JW. 08, 48).

II. Kenntnis der Zahlungseinstellung. 1. **RG.** 10. 3. 16, R. 16 Nr. 1786. Die Kenntnis und die Nichtkenntnis der Zahlungseinstellung fällt keineswegs zusammen mit der Kenntnis oder Nichtkenntnis derjenigen Tatsachen, aus denen nach der Auffassung des Gerichts auf die Zahlungseinstellung zu schließen war, sondern sie besteht im Wissen oder Nichtwissen der Zahlungseinstellung selbst.

2. Frankfurt 28. 10. 14, FrankfRundsch. 49, 158, OLG. 32, 371. a) Die bloße Meinung des Zahlungsempfängers, der Schuldner sei wieder zahlungsfähig geworden, beseitigt die Rückgewährpflicht nicht (vgl. Jäger, LeipzZ. 14, 741). b) Für die Feststellung der Benachteiligung kommt es nicht darauf an, von wem die Mittel herrühren, mit denen der Gemeinschuldner eine angefochtene Zahlung geleistet hat, wenn ihm nur diese Mittel zur freien Verfügung übergeben waren.

3. Vgl. ferner oben zu I Nr. 2.

III. Benachteiligung der Gläubiger. 1. **RG.** 23. 11. 15, R. 16 Nr. 1015. Durch die höhere Gegenleistung, die in der Verrechnung von Forderungen des Beklagten bestanden haben soll, wird die Gläubigerbenachteiligung nicht ohne weiteres ausgeschlossen. Mit den Forderungen hätte der Beklagte in den Konkurs gehen müssen, wo er, wie andere Gläubiger, auf den sich ergebenden Befriedigungsbruchteil angewiesen gewesen wäre. Dieser Bruchteil aber verringert sich für die anderen Gläubiger, und sie sind also benachteiligt, wenn die Erbbeteiligung an den Grundstücken der Konkursmasse entzogen wird. Soweit aber etwa für die Forderungen des Beklagten die Voraussetzungen eines Absonderungsrechts (§ 51 KO.) bestanden haben sollten, würde es der Darlegung bedurft haben, daß von dem wirklichen Werte der Grundstücke für die Konkursgläubiger nichts hätte übrig bleiben können.

2. Rostock 8. 6. 16, MecklZ. 35, 74. Hat der Anfechtungsbeklagte dem Gemeinschuldner ein Darlehen gegen Bestellung einer Grundschuld in gleicher Höhe gegeben, so kann darin keine unmittelbare Benachteiligung im Sinne des § 30 Nr. 1 Satz 1 KO. liegen. Die Benachteiligung würde erst nach dem Zustandekommen des Geschäfts durch ungleichmäßige Verteilung des erlangten Geldes eintreten (Jäger § 30 Anm. 26, § 29 Anm. 46).

3. Darmstadt 18. 2. 16, HessRspr. 7, 36. Der verstorbene Gemeinschuldner hat einen von der Beklagten aus Gefälligkeit akzeptierten Wechsel seiner Bank gegeben. Seine Erbin löste den Wechsel ein, so daß die Beklagte aus ihrem Akzepte frei wurde. Im Nachlaßkonkurse verlangte der Verwalter von der Beklagten Zahlung der Wechselsumme, indem er die Zahlung der Erbin anfocht. Die Anfechtung versagt, weil die Beklagte nichts aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erlangt hat, was sie zurückgewähren könnte.

4. Braunschweig 2. 11. 15, OLG. 32, 371 Anm. 1. Hat jemand dem späteren Gemeinschuldner bares Geld geliehen und dagegen Teilbeträge einer Forderung desselben in

gleicher Höhe abgetreten erhalten, so sind die Konkursgläubiger durch Eingehung des Vertrags nicht benachteiligt.

5. Braunschweig 3. 12. 14, JDR. 14 § 30 IV b, jetzt auch OLG. 32, 373.

IV. Einzelnes. 1. Eröffnungsantrag. **RG.** 16. 5. 16; 88, 237, JW. 16, 1023, LeipzZ. 16, 1011, R. 16 Nr. 1201. Die einzige Voraussetzung für die Wirkung eines Eröffnungsantrags im Sinne des § 30 KO. ist, daß der Konkurs tatsächlich auf den Antrag hin eröffnet worden ist (vgl. **RG.** 36, 73). Es ist unerheblich, nicht nur aus welchen Beweggründen und zu welchen Zwecken der Antrag gestellt worden ist, sondern auch, ob der Antrag bereits die erforderliche Glaubhaftmachung in ausreichender Weise enthält oder ob und wann diese etwa nachträglich erbracht wird. Zur Anfechtung reicht aus, daß der Konkursrichter den Eröffnungsantrag, so wie er vorliegt, zum Anlaß eines Vorgehens nimmt und in dessen Verlaufe den Konkurs eröffnet. Irgendeine zeitliche Beschränkung, wie sie § 33 KO. bezüglich der Kenntnis der Zahlungseinstellung eingeführt hat, kennt das Gesetz in bezug auf die Anfechtung von nach dem Eröffnungsantrage vorgenommenen Rechtshandlungen nicht.

2. Colmar 17. 3. 15, ElsLothJZ. 16, 180. Der Anfechtungsbeklagte hatte beim Schuldner Pfändung vornehmen lassen, an welche sich verschiedene andere Gläubiger anschlossen. Ohne Wissen dieser Gläubiger wurden die Pfandstücke vom Beklagten im Einverständnisse mit dem Schuldner freihändig verkauft unter der Bestimmung, daß der Kaufpreis an den Beklagten zu zahlen sei. Dies ist zum Teil geschehen, der Rest steht noch aus. Der Verwalter verlangt Rückzahlung des gezahlten Teiles. Das Abkommen über den Verkauf ist mangels Zustimmung der Anschlußgläubiger, wegen Verstoßes gegen § 137 StGB. und wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. Die Eigentumsübertragung an den Käufer ist aber wirksam und hierdurch ist das Pfandrecht des Beklagten untergegangen. Der Beklagte hat also den Erlös nicht als Absonderungsberechtigter, sondern als einfacher Konkursgläubiger erhalten und kann die Anfechtung nur beseitigen, wenn er den Nachweis aus § 30 Nr. 2 KO. führt.

§ 31.

1. Benachteiligung. a) **RG.** 19. 2. 15, LeipzZ. 16, 63. Für den Tatbestand des § 31 Nr. 1 KO. genügt eine mittelbar auf die angefochtene Rechtshandlung zurückzuführende Benachteiligung der Gläubiger. Für die Benachteiligungsabsicht genügt es, wenn der Schuldner die Benachteiligung als eventuelle und wahrscheinliche Folge seines Handelns vorausgesehen und in seinen Willen mitaufgenommen hat.

b) Hamburg 14. 6. 14, OLG. 32, 374. Hat der Gemeinschuldner ein von ihm gekauftes Grundstück direkt an seine Frau auflassen lassen, so kann der Konkursverwalter nicht das Grundstück selbst zurückfordern, sondern nur den Anspruch auf Bereicherung geltend machen. Aus § 37 Abs. 2 KO. kann der Verwalter seinen Anspruch unmittelbar nicht herleiten, da diese Vorschrift sich ausdrücklich nur auf gutgläubige Empfänger unentgeltlicher Leistungen bezieht, der Verwalter aber behauptet, daß die Beklagte nicht gutgläubig war. Auf § 45 KO. kann die Klage nicht gestützt werden, weil dieser Erwerbsgeschäfte der Frau mit dritten Personen, nicht Geschäfte mit dem Manne selbst zum Gegenstande hat. Es bleibt danach nur die Anfechtung aus § 31 Nr. 1 KO. ➛ Aus dem stark gekürzt mitgeteilten Sachverhalt ist nicht ersichtlich, weshalb nicht § 31 Nr. 2 oder sogar § 32 KO. anwendbar war. Im Falle des § 31 liegt trotz direkter Auflassung des Grundstücks an die Frau nach ständiger Rechtsprechung eine Benachteiligung der Masse vor (vgl. Jäger § 29 Anm. 42, § 30 Anm. 32 ff.). Red. ←

2. Zu Nr. 2. a) Anfechtbarkeit von Erfüllungsgeschäften. α. **RG.** 26. 2. 15, LeipzZ. 16, 65. Die Tatsache, daß es sich bei der angefochtenen Rechtshandlung um ein Erfüllungsgeschäft handelt, ist ein sehr beachtliches Beweisanzeichen gegen die vom Gesetz aufgestellte Vermutung (vgl. **RG.**, LeipzZ. 11, 947).

β. **RG.** 18. 1. 16, LeipzZ. 16, 1121. Bei kongruenten Deckungsgeschäften ist die Anfechtbarkeit ausnahmsweise zu bejahen, wenn die begleitenden Umstände die Annahme

rechtfertigen, es komme dem Schuldner im wesentlichen auf die Vereitlung der Ansprüche der übrigen Gläubiger an (Jäger § 31 Anm. 2).

b) Schwägerschaft. Colmar 2. 3. 15, ElsLothJZ. 16, 166. Seit dem 1. 1. 00 gilt für alle unter das AnfG. fallenden Rechtshandlungen gemäß Art. 33 EGBGB. der § 1590 Abs. 2 BGB., wonach die Schwägerschaft auch nach Auflösung der Ehe, durch welche sie begründet wurde, fortbesteht. In §§ 31 Nr. 2 KO., 3 Nr. 2 AnfG. ist aber nicht von Schwägerschaft im Sinne des BGB. die Rede, sondern der Kreis der für verdächtig erklärten Verschwägerten ist aus der KO. und dem AnfG. zu ermitteln (JW. 06, 345). Danach gehören Schwager und Schwägerin = Ehegatten der eigenen Geschwister des Schuldners nur dann zu den verdächtigen Verschwägerten, wenn ihre Ehe zur Zeit des Vertragsabschlusses noch bestanden hat (Jäger § 31 Anm. 29; Wilmowski [6] § 31 Anm. 11).

§ 32.

Anfechtung von Versicherungsverträgen zugunsten der Frau. 1. Hamburg 1. 11. 15, HansGZ. 16 Beibl. 37. Überläßt der Gemeinschuldner eine auf seinen Namen genommene Lebensversicherungspolice nachträglich durch Erklärung gegenüber der Versicherung seiner Frau, so ist diese Handlung nach § 32 Nr. 2 KO. anfechtbar. Unter § 32 Nr. 2 fallen auch rein einseitige Erklärungen des Gemeinschuldners. Der Ansicht des BayObLG. (SeuffA. 41, 211), daß nur die Beträge der Prämie, nicht die Versicherungssumme den Gegenstand der Anfechtung bilden können, ist nicht beizupflichten. Die Rückgewähr hat durch Erklärung der Frau gegenüber der Versicherung zu geschehen, daß ihr keine Rechte aus der Police zustehen.

2. Vgl. auch zu § 29.

§ 33.

Celle 22. 10. 16, JW. 16, 1545. Wenn sich an die Anordnung der Geschäftsaufsicht das Konkursverfahren anschließt, so wird in zahlreichen Fällen eine Anfechtung ausgeschlossen sein, weil inzwischen die sechsmonatige Frist des § 33 abgelaufen ist. Da die Anordnung der Geschäftsaufsicht nur auf Antrag des Schuldners erfolgt, ist die Gefahr von Schiebungen des Schuldners vor dieser Zeit um so größer. Trotzdem ist es nicht zulässig, die sechsmonatige Frist von der Anordnung der Geschäftsaufsicht an zurückzurechnen. Konkurs und Geschäftsaufsicht sind wesentlich voneinander verschieden; während § 3 KO. gleichmäßig anteilige Befriedigung anordnet, bestimmt bei der Geschäftsaufsicht die Aufsichtsperson nach billigem Ermessen Reihenfolge und Umfang der Befriedigung. Würde man die Geschäftsaufsicht hier zum Konkursverfahren hinzurechnen, so würde diese Befriedigung im Konkurs unanfechtbar sein, während sie anfechtbar wäre, falls der Schuldner selbst befriedigt hätte. Die Gläubiger werden sich durch stärkeren Einblick in die Geschäftsführung des Schuldners sichern müssen, damit sie rechtzeitig auf die Umwandlung der Geschäftsaufsicht in das Konkursverfahren hinwirken können.

§ 37.

1. Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung. KG. 24. 1. 14, OLG. 32, 375. Der anfechtende Verwalter hat gegen den Anfechtungsgegner einen Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung (ebenso Jäger § 37 Anm. 20; Wilmowski § 37 Anm. 8; **RG.**, JW. 98, 360; Braunschweig, SeuffA. 48 Nr. 265; a. M. Hamm, OLG. 2, 265; KG., OLG. 22, 183; Marienwerder, OLG. 28, 59). Die Auskunftspflicht ist nicht deshalb zu verneinen, weil sie in § 37 KO., § 7 AnfG. nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist. Vielmehr ist die Auskunftspflicht als unerläßlicher Bestandteil der Rückgewährpflicht anzusehen. Auch ist der Anfechtungsgegner dem Verwalter fremden Gutes gleichzustellen. Aus den Einzelfällen, in denen das BGB. die Rechenschaftspflicht ausspricht, ist aber der allgemeine Grundsatz abzuleiten, daß rechenschaftspflichtig ist, wer fremde Angelegenheiten besorgt (**RG.** 73, 288).

2. Werterſatz bei Veräußerung. **RG.** 23. 11. 15, LeipzZ. 16, 402, R. 16 Nr. 1016. Wird der Gegenstand der Anfechtung nach Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs ver-

äußert, so gebührt dem Anfechtenden der volle Erlös, auch soweit der Gegenstand über seinen Wert bezahlt ist. Das ergibt sich aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes wegen Verzugs (a. M. Karlsruhe, JDR. 14 zu § 37, 2).

3. Art der Rückgewähr. **RG.** 28. 1. 16, LeipzZ. 16, 881. Für einen Gläubiger des Gemeinschuldners war eine Sicherungshypothek für Wechselbürgschaften des Gläubigers eingetragen. Auf Grund eines Moratoriums trat der Gläubiger die Hypothek an einen Treuhänder ab. Der Verwalter in dem später eröffneten Konkurse verlangte die Einwilligung des Gläubigers darin, daß der Treuhänder die Hypothek an den Konkursverwalter zugunsten der Masse abtrete. Dieses Verlangen ist unberechtigt, weil eine Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann und die Konkursgläubiger auf die durch Hypothek gesicherte Forderung keinen Anspruch haben.

§ 41.

1. Anfechtungsklage beim unzuständigen Gerichte. a) **RG.** 6. 6. 16; 88, 294, JW. 16, 1335. Die Ausschlußfrist des § 41 KO. wird durch Erhebung der Klage bei einem unzuständigen Gerichte nicht gewahrt. Da § 41 nur §§ 203 Abs. 2, 207 BGB. für entsprechend anwendbar erklärt, so sind die übrigen Verjährungsvorschriften, insbesondere § 212, nicht anzuwenden. Es gilt allgemein, daß bei Klaganspruchen, für deren Geltendmachung gesetzliche Ausschlußfristen in Betracht kommen, die Frist durch eine beim unzuständigen Gericht erhobene und deshalb erfolglos gebliebene Klage nicht gewahrt wird. Die Regel des § 212 Abs. 1 BGB. beruht auf einer Grundanschauung, die für Ausschlußfristen ebenso berechtigt ist wie für Verjährungsfristen.

b) Hiergegen Jäger a. a. O. unter Bezugnahme auf LeipzZ. 12, 204 und die Unsicherheit des Gerichtsstandes (Jäger § 29 Anm. 17). Die Verwandlung der Anfechtungszeitschranken aus Verjährungsfristen in Ausschlußfristen beruht anerkanntermaßen auf einem Versehen, dessen Wirkungen nicht ausgedehnt werden dürfen. Da die Anfechtungsfristen nur durch gerichtliche Geltendmachung gewahrt werden, ist die Heranziehung von § 209 Abs. 2 BGB. und dessen Ergänzungen unbedenklich. Außerdem enthält § 212 einen allgemeinen Rechtssatz, nicht eine Ausnahmevorschrift für Verjährung.

2. Zu Abs. 2. Einrede der Anfechtung und Fristablauf. a) Colmar 13. 1. 15, ElsLothJZ. 16, 36, OLG. 32, 376. Wenn die Anfechtung eines Pfanderwerbes durch Fristablauf nach § 41 Abs. 1 ausgeschlossen ist, kann der Konkursverwalter, welcher die Pfandsache verwertet hat, gegenüber dem Anspruche des Absonderungsgläubigers auf Herausgabe des Erlöses nicht die Leistung nach § 41 Abs. 2 verweigern. Die Leistungsweigerung ist begründet, wenn der Gemeinschuldner auf Grund eines anfechtbar erworbenen Rechtes nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu einer Leistung verpflichtet ist. Ausschließlich auf dem Konkursrechte beruht es aber, daß Absonderungsrechte an beweglichen Sachen gemäß § 127 nur auf den Erlös geltend gemacht werden können. Hier ist die Einrede nach § 41 Abs. 2 unzulässig.

b) Karlsruhe 22. 12. 15, LeipzZ. 16, 707. Ein Gläubiger des Gemeinschuldners ließ eine Forderung desselben pfänden und klagte gegen den Drittschuldner, der verurteilt wurde. Vor der Vollstreckung vereinbarten der Gläubiger, der Drittschuldner und der inzwischen bestellte Konkursverwalter, daß das Geld hinterlegt werden und bleiben solle, bis über die Anfechtbarkeit der Forderungspfändung entschieden sei. Der Verwalter versäumte die Frist des § 41 Abs. 1, machte aber gegenüber der Klage des Gläubigers auf Einwilligung in die Auszahlung die Anfechtungseinrede. Dies ist zulässig, weil die Einwilligung eine Leistung im Sinne des § 41 Abs. 2 ist. Darauf, daß die anfechtbare Forderungspfändung eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu einer Leistung nicht begründete, kommt es nicht an.

3. a) Karlsruhe 17. 12. 13, JDR. 14 zu § 41 c, jetzt auch OLG. 32, 375.
b) Posen 23. 11. 14, JDR. 14 zu § 41 b, jetzt auch OLG. 32, 378.

Vierter Titel. Aussonderung.

§ 43.

1. Aussonderung von Rechten. Kretzschmar, JW. 16, 165. Die Rechte an Sachen und Rechten pflegen, weil die KO. besondere Vorschriften nur für die Aus- und Absonderung trifft, unter diesem Gesichtspunkte beurteilt zu werden. Das ist nicht richtig, vielmehr bleiben diese Rechte, da ihnen Wirksamkeit gegenüber jedermann zukommt, durch den Konkurs grundsätzlich unberührt. Das gilt auch für die begrenzten Rechte, und zwar ohne Rücksicht auf ihren Inhalt (z. B. Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht). Die Berechtigung zur Klage ergibt sich nicht aus den Vorschriften über Aus- und Absonderung, sondern aus der absoluten Wirksamkeit der Rechte an Sachen und Rechten. Soll etwas anderes gelten, so muß es besonders bestimmt sein (vgl. z. B. §§ 1098, 512 BGB.). Auch die Vormerkung wird irrtümlich unter den Gesichtspunkt des Aus- oder Absonderungsrechts gebracht (vgl. z. B. Jäger § 24 Anm. 1). Das verbietet sich schon deshalb, weil sie auf die Änderung des Inhalts oder Ranges eines Rechtes am Grundstücke gerichtet sein kann und Fälle dieser Art sich keinesfalls unter den Begriff der Aus- oder Absonderung bringen lassen. Dieser Gesichtspunkt ist auch nicht erforderlich, § 883 Abs. 2 BGB. und § 24 KO. genügen zum Schutze des Berechtigten.

2. Aussonderung verpfändeter Gegenstände Hamburg 14. 3. 16, LeipzZ. 16, 971, OLG. 32, 374. Der Anspruch auf Aussonderung einer Aktie, welche auf Grund eines Lombardvertrags in den Besitz der später in Konkurs geratenen Bank gelangt ist, bleibt unberührt davon, was mit dem Papier in der Zwischenzeit geschehen ist, insbesondere ob es inzwischen weiter verpfändet und vor der Konkurseröffnung, aber nach der Zahlungseinstellung, wieder eingelöst worden ist. Die vom Konkursverwalter gemäß § 30 Nr. 1 und 2 KO. erklärte Anfechtung der Einlösung ist dem Aussonderungsberechtigten gegenüber bedeutungslos, da er nicht zu den Konkursgläubigern gehört. Anfechtungsgegner nach § 30 KO. kann aber nur ein Konkursgläubiger sein.

3. **RG.** 10. 2. 15, JDR. 14 zu § 43, 4, jetzt auch **RG.** 86, 235 ff., 240.

§ 44.

Hamburg 15. 4. 16, JW. 16, 868, LeipzZ. 16, 1067. Das deutsche Recht kennt seit Einführung des BGB. nur ein Verfolgungsrecht im deutschen Konkurse. Eine entsprechende Anwendung auf Auslandskonkurse erscheint nicht angängig (vgl. Hamburg, HansGZ. 89 Hptbl. Nr. 13). Konkursrechtliche Vorschriften sind ihrer Natur nach auf das eigene Gebiet beschränkt (Territorialprinzip). Eine entsprechende Anwendung verbietet sich völlig, wenn der im Auslande wohnende Schuldner nicht in Konkurs geraten, sondern nur zahlungsunfähig geworden ist (vgl. **RG.** 41, 335). Mit dem RG. ist dem Absender die Berufung auf das Verfolgungsrecht jedenfalls dann nicht zu versagen, wenn am Orte der Niederlassung des Schuldners oder am Bestimmungsorte ein derartiges Recht anerkannt wird. Dabei ist es unerheblich, ob der das Verfolgungsrecht Geltendmachende ein Deutscher oder ein Ausländer ist.

Fünfter Titel. Absonderung.

§§ 48, 64.

Jäger, LeipzZ. 16, 1414. Im Konkurse des Eigentümers der Pfandsache kann der Gläubiger abgesonderte Befriedigung aus dem Pfande verlangen, und zwar zunächst wegen der Kosten, dann wegen der Zinsen, zuletzt wegen des Kapitals (§ 48 KO.). Das Absonderungsrecht deckt nicht nur die bis zur Konkurseröffnung aufgelaufenen Zinsen, sondern auch noch solche, die erst seitdem erwachsen sind. In der Bankpraxis ist es jetzt zweifelhaft geworden, ob und welche zeitlichen Grenzen der Haftung des Pfandes für die seit Konkursbeginn laufenden Zinsen gezogen sind. Es wird die Ansicht vertreten, daß der Gläubiger den Pfanderlös wegen aller nach der Pfandverwertung noch auflaufenden Zinsen zurückbehalten und im Konkurse seinen ganzen Kapitalanspruch als Ausfall geltend machen kann. Nach anderer Ansicht soll der Gläubiger Zinsen bis zur Konkursbeendigung oder doch bis

zur Schlußverteilung vor dem Kapital anrechnen dürfen. Nach einer dritten Meinung bildet die Zeit der Pfandverwertung den Schlußpunkt für die Entstehung nach § 48 KO. anrechenbarer Zinsen. Die letzte Ansicht ist die zutreffende. Eine zeitlich unbegrenzte Anrechenbarkeit würde die gewöhnlichen Konkursgläubiger stark benachteiligen, und es würde das Gegenteil von dem eintreten, was § 64 KO. anstrebt. Da § 64 dem Absonderungsberechtigten die Konkursteilnahme nur für den Betrag gestattet, mit dem er bei der gesonderten Befriedigung ausgefallen ist, kommen für die Anrechnung nach § 48 nur bereits entstandene, nicht künftige Zinsen in Betracht. Aus §§ 64, 153 KO. ergibt sich als maßgebender Zeitpunkt für die Anrechenbarkeit der Zinsen die Pfandverwertung. Dies Ergebnis entspricht der bisherigen Konkurspraxis. Die angeführten Grundsätze gelten auch für Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung.

Sechster Titel. Aufrechnung.

§ 53.

1. Vertragsmäßiger Verzicht auf Aufrechnung. a) Jäger, KO. § 53 Anm. 13. Der vertragsmäßige Verzicht auf die Aufrechnung schließt auch die Aufrechnung im Konkurs aus (vgl. **RG.** 60, 356).

b) Dagegen Breit, JW. 16, 1079. **RG.** 60, 356 besagt in Wahrheit das Gegenteil. Bei dem üblichen Verzicht auf Aufrechnung in Mietverträgen entspricht es nicht dem Willen der Parteien, daß der Mieter, wenn der Vermieter in Konkurs gerät, durch den Verzicht geschädigt werden soll. Das RG. führt aus, daß die Parteien den Konkursfall bei derartigen Vereinbarungen häufig nicht in Betracht ziehen und daß daher in jedem Falle eine genaue Prüfung geboten ist, ob die Parteien nicht die Vereinbarung für diesen Fall, wenn sie ihn bedacht hätten, ausgeschlossen haben würden. Das gelte in der Regel dann, wenn der Verzicht auf die Aufrechnung abstrakt, ohne Rücksicht auf eine bereits bestehende Gegenforderung ausgesprochen ist.

2. Dresden 13. 7. 15, SächsOLG. 37, 151, SächsRpflA. 16, 144. Der Kläger schuldete für gelieferte Waren einen Betrag und hatte dafür Akzepte in Zahlung gegeben. Sein Gläubiger schuldete ihm einen noch größeren Betrag, für den er ebenfalls Akzepte in Zahlung gegeben hatte. Während die Wechsel liefen, fiel der Gläubiger in Konkurs, und der Kläger rechnete dem Verwalter gegenüber mit seiner größeren Forderung auf. Soweit er eigene Akzepte einlösen und die fremden Akzepte als Aussteller bezahlen mußte, machte er Masseschuldansprüche geltend. Diese wurden verneint. § 59 Nr. 3 liegt nicht vor, weil die Vermögensverschiebung schon vor Konkurseröffnung erfolgt ist, also eine rechtlose Bereicherung der Masse nicht eingetreten ist. Auch § 59 Nr. 1 ist nicht gegeben. Hierzu würde an sich eine Unterlassung des Verwalters genügen. Es gelten aber folgende Grundsätze: Wer seinem Gläubiger trotz eigener Gegenforderungen Zahlungen leistet, kann sie im Konkurse des Gläubigers nicht zurückfordern. Die Aufrechnung ergreift nur die noch nicht gezahlten Beträge. Wie die Zahlung sind alle Leistungen, besonders auch die zahlungshalber erfolgte Hingabe von Akzepten, zu behandeln. Da dem Wechselnehmer gegenüber kein Anspruch auf Rückgabe oder auf Erstattung der in Zahlung gegebenen Akzepte besteht, so trifft auch den Verwalter keine Verpflichtung.

§ 54.

1. Aufschiebend bedingte Forderungen. **RG.** 16. 5. 16, R. 16 Nr. 1198, 1202, WarnE. 16, 280. Die Aufrechnung im Konkurse wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß zur Zeit der Konkurseröffnung die aufzurechnenden Forderungen oder eine von ihnen noch bedingt war. Aufschiebend bedingte Forderungen sind sowohl die rechtsgeschäftlich als auch die gesetzlich bedingten Ansprüche. Hier handelt es sich um eine Schadensersatzforderung, die darauf gegründet wird, daß das den Beklagten von dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung verpachtete und überlassene Ackergut infolge des Konkurses zwangsweise versteigert und daß von dem Erwerber den Beklagten das Pachtverhältnis gekündigt worden ist. Es liegt also einer der Fälle des § 26 KO. vor. Hierher fallen auch Rechtsänderungen, die als

mittelbare Folgen des Konkurses erst aus Rechtshandlungen des Verwalters oder nach freihändigem oder zwangsweisem Verkaufe des Grundstücks aus Rechtshandlungen des Erwerbers entstehen. Die geltend gemachte Schadensersatzforderung beruht auf dem Vertrag und war zur Zeit der Konkurseröffnung bedingt begründet. Daher ist die Aufrechnung zulässig. § 26 KO. steht nicht entgegen: durch § 26 Abs. 2 sollte zum Ausdrucke gebracht werden, daß die Forderung eine bloße Konkursforderung sei, nicht etwa eine Bestimmung über ihre Aufrechenbarkeit getroffen werden. Aus § 26 Abs. 2, § 3 folgt, daß die im § 26 bezeichnete Forderung nach der Auffassung des Gesetzes schon zur Zeit der Konkurseröffnung vorhanden war. Die Aufrechnung hat daher nach § 54 KO. zu erfolgen (ebenso **RG.** 58, 11; 79, 129 GruchotsBeitr. 57, 1072; a. M. **RG.** 46, 98).

2. **RG.** 22. 9. 16, R. 16 Nr. 2146, 2147. Hat der Käufer zur Sicherung der Kaufpreisforderungen aus fortlaufenden Lieferungen dem Verkäufer eine Hypothek abgetreten, so kann er im Konkurse des Verkäufers bei vorzeitiger Lieferungseinstellung gegenüber der Zahlungsklage des Konkursverwalters nicht mehr ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Rückgabe der Hypothek geltend machen. Er kann aber mit dem dem Schätzungswert entsprechenden Geldbetrage nach § 54 Abs. 1 u. 4 aufrechnen.

§ 55.

1. Rieß, JheringsJ. 66, 128, über das Verhältnis des § 55 KO. zu § 105 Abs. 5 GenG. Vgl. oben Ziff. 1 zu § 105 GenG.

2. Hamburg 7. 7. 14, OLG. 32, 378. Hat jemand dem späteren Gemeinschuldner Hypotheken verschafft und bei Abschluß des Beschaffungsvertrags die Bürgschaft für die Hypotheken übernommen, so hat er damit bereits einen bedingten Ersatzanspruch gegen den Gemeinschuldner für den Fall erlangt, daß er den Ausfall decken muß. Mit dieser, zur Zeit der Konkurseröffnung wenn auch nur bedingt bestehenden Gegenforderung kann der Gläubiger gegen Ansprüche der Masse aufrechnen (vgl. Jäger § 55 Anm. 10).

Siebenter Titel. Massegläubiger.

§ 58.

Die Gebühren und Auslagen der Aufsichtspersonen im Konkurse (vgl. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 3, 117 f.). 1. **RG.** 26. 5. 16, DJZ. 16, 897, JW. 16, 1021, R. 16 Nr. 1078. Die Gebühren und Auslagen der Aufsichtspersonen sind zu den Massekosten zu rechnen, wenn Aufsichtsverfahren und Konkurs in entsprechendem zeitlichen und inneren Zusammenhange stehen. Eine analoge Anwendung der §§ 58, 59 KO. ist zu diesem Ergebnisse nicht nötig. Es gilt der allgemeine Rechtssatz, daß die Kosten einer im Interesse der Gläubiger eingesetzten Verwaltung aus dem verwalteten Vermögen vorweg zu decken sind. Dieser Rechtssatz zeigt sich in §§ 58 Nr. 2, 224 Nr. 4 KO., § 874 Abs. 2 ZPO., § 155 ZVG. Bei der Geschäftsaufsicht handelt es sich um eine Zwangsmaßregel im Interesse und zur Sicherung der Gläubiger, obwohl sie nur auf Antrag des Schuldners erfolgt. Ein anderes Ergebnis würde auch unbillig sein.

2. Ebenso Jäger, JW. 16, 1021 Fußnote. § 58 KO. ist analog anzuwenden. Die Einreihung in eine bestimmte Klasse der Masseansprüche ist wegen der Rangunterschiede (§ 60 KO.) unerläßlich.

3. Dresden 13. 1. 16, JW. 16, 684. Der Anspruch der Aufsichtspersonen auf Vergütung und Auslagenersatz bei der Geschäftsaufsicht hat in sinngemäßer Anwendung der Vorschriften der KO. als Masseschuld zu gelten. Die Geschäftsaufsicht bezweckt, wenn auch in einer durch die Rücksicht auf die Erhaltung der geschäftlichen Selbständigkeit des Schuldners gebotenen abgeschwächten Form, eine konkursähnliche Beschlagnahme des Schuldnervermögens zwecks gleichmäßiger Befriedigung aller Gläubiger, die vom Verfahren betroffen werden. Dem entspricht auch die Stellung der Aufsichtspersonen. Wie der Konkursverwalter rechtlich und wirtschaftlich, so sind nach der Geschäftsaufsichtsverordnung im Ergebnisse die Aufsichtspersonen auf wirtschaftlichem Gebiete die nur an die Weisungen des Gerichts gebundenen

eigentlichen Machthaber über das Schuldnervermögen. Aus § 6 Bek., wo auf die §§ 81—84 KO. Bezug genommen ist, ist zu schließen, daß der Gesetzgeber die Aufsichtspersonen in wesentlichen Punkten dem Konkursverwalter hat gleichstellen wollen. Es liegt kein Grund vor, von dieser Gleichstellung den Anspruch der Aufsichtspersonen auf Vergütung und Auslagenerstattung auszuschließen. Aus §§ 57, 58 Nr. 2, 224 Nr. 4 KO., § 155 ZVG. läßt sich der allgemeine Grundsatz entnehmen, daß die Kosten einer im Interesse der Gläubiger zur Erhaltung ihrer Befriedigungsrechte gerichtlich eingesetzten Verwaltung aus dem verwalteten Vermögen vorweg zu decken sind.

4. KG. 3. 5. 16, JW. 16, 976, KGBl. 16, 50. Die Geschäftsaufsichtsperson hat wegen der ihr vom Gerichte festgesetzten Entschädigung in dem späteren Konkurse des Schuldners keinen Masseanspruch nach § 58 KO., weil die in Nr. 2 erwähnten Ausgaben den Konkursfall voraussetzen. Auch eine entsprechende Anwendung der §§ 58, 59, 224 Nr. 4 KO. ist unzulässig. Im § 6 Abs. 3 BRVO. v. 8. 8. 14 ist ausdrücklich bestimmt, daß sich der Anspruch der Aufsichtsperson gegen den Schuldner richtet. Auch ein Vorrecht aus § 61 Nr. 1 KO. besteht für die Forderung nicht. Hierher gehören nur die Ansprüche derjenigen Gläubiger, die sich bei dem Gemeinschuldner verdungen haben. Ferner setzt § 61 Nr. 1 ein Dienstverhältnis im Sinne des BGB. voraus, während hier ein gesetzliches Schuldverhältnis vorliegt.

5. AG. Mülheim 20. 1. 16, JW. 16, 978. Das Vorrecht aus § 61 Nr. 1 KO. dessen, der sich für das Erwerbsgeschäft des Gemeinschuldners zur Leistung von Diensten verdungen hat, muß auch dem zustehen, der behördlich zur Leistung von Diensten bestellt ist. (→ Die Streitfrage ist jetzt im Sinne des RG. durch § 71 BRVO. über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses v. 14. 12. 16 [RGBl. 16, 1363] ausdrücklich geregelt. Red. ←)

§ 59.

1. Allgemeines. a) Unzulänglichkeit der Masse. Colmar 13. 1. 15, ElsLothJZ. 16, 41. Eine etwaige Unzulänglichkeit der Masse steht der Verurteilung des Verwalters in den vollen Betrag der Masseschuld nicht entgegen. Es bedarf keines besonderen Vorbehalts. Es genügt, daß der Verwalter nicht für seine Person, sondern als Verwalter verurteilt wird.

b) Dresden 9. 8. 16, SächsRpflA. 16, 433. Der Kostenerstattungsanspruch aus einer dinglichen Klage gegen die Konkursmasse ist eine Masseschuld, es haftet nicht nur die Liegenschaft (Jäger § 11 Anm. 17, § 59 Anm. 2, SeuffA. 59, 207). Im Widerspruchsverfahren gegen die Leistung des Offenbarungseids kann der Konkursverwalter nicht die Einrede der Aufrechnung vorbringen.

2. Zu Nr. 1. Dresden 7. 6. 16, LeipzZ. 16, 1268. Veräußert der Verwalter Sachen, die einem Dritten gehören, so haftet die Konkursmasse für diese widerrechtliche Handlung (§ 823 Abs. 1 BGB.) nach § 59 Nr. 1 KO. Diese Haftung ist unabhängig davon, ob der Verwalter den Gegenwert vom Käufer erhalten hat oder nicht.

3. Zu Nr. 2. Weiterbenutzung eines Fernsprechanschlusses. Hamburg 30. 9. 15, HansGZ. 16 Beibl. 4, R. 16 Nr. 23, SeuffA. 71, 48. Benutzt der Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung einen bestehenden Fernsprechanschluß für Ferngespräche, so wird dadurch eine Masseschuld begründet, auch wenn die Benutzung ohne den Willen des Verwalters erfolgte. Es liegt kein selbständiger Vertrag des Gemeinschuldners mit der Postbehörde vor. § 7 KO. wird durch die Vertragsbestimmungen der Post ausgeschaltet.

Achter Titel. Konkursgläubiger.

§ 61.

1. Zu Nr. 1. a) Dienstvertrag. KG. 21. 1. 16, BayersZ. 23, 230, KGBl. 16, 44, OLG. 32, 381. Das Vorrecht des § 61 Nr. 1 KO. soll nach der Gesetzesabsicht dazu dienen, wirtschaftlich schwachen, in dienender und abhängiger Stellung befindlichen Personen einen Schutz gegen den Verlust ihrer Lohnansprüche zu gewähren, auf die sie zu ihrem Lebensunterhalt angewiesen sind und die mit Rücksicht auf ihre Geringfügigkeit ohne Schaden für die übrigen Gläubiger aus der Masse vorweg befriedigt werden können. Hierher gehören

nicht die Ansprüche des Geschäftsführers einer GmbH., weil er sich in leitender Stellung befindet und sein Gehalt erheblich ist.

b) Stuttgart 20. 1. 14 u. Kiel 12. 6. 14, JDR. 14 zu § 61 Nr. 1, jetzt auch OLG. 32, 383, 384.

c) Beiträge der Berufsgenossenschaften. α. Königsberg 21. 3. 16, OLG. 32, 384. Durch § 28 Abs. 3 RVO. ist den Berufsgenossenschaften für ihre rückständigen Beitragsforderungen an Stelle des ihnen früher zustehenden Vorrechts des § 61 Nr. 3 KO. das günstigere Recht des § 61 Nr. 1 eingeräumt worden. Das Vorrecht beschränkt sich aber auf die Zeit, welche für alle im § 61 Nr. 1 erwähnten Forderungen bestimmt ist. Andernfalls hätte das Gegenteil ausdrücklich gesagt werden müssen. Dadurch sind allerdings die Berufsgenossenschaften hinsichtlich der Zeitberechnung ihrer Forderungen ungünstiger als früher gestellt, aber dafür sind sie jetzt an erster Stelle bevorrechtigt; ebenso Kiel 10. 10. 16, SchlHolstAnz. 16, 238.

β. Scholly, BayRpflZ. 16, 44, teilt zwei Gerichtsentscheidungen (AG. und LG.) mit, die aussprechen, daß rückständige Beiträge an die Berufsgenossenschaft das Vorrecht des § 61 Nr. 1 KO. genießen, und zwar nicht nur für das letzte Jahr, sondern allgemein. Vgl. auch JDR. 14 zu § 61, 1 c, d.

2. Zu Nr. 2. a) Übergang des Vorrechts auf den Bürgen. **RG.** 20. 3. 16, LeipzZ. 16, 1378. Das Vorrecht des § 61 Nr. 2 KO. geht auf den Bürgen über, der einen vom Hauptschuldner über die Forderung ausgestellten Wechsel eingelöst hat.

b) Gerichtskosten. Darmstadt 27. 10. 16, HessRspr. 17, 234. Gerichtskosten sind keine öffentlichen Abgaben im Sinne des § 61 Nr. 2 (**RG.** 21, 46; 28, 86; Jäger § 61 Nr. 2) und daher nicht bevorrechtigte Konkursforderungen. Als solche werden sie von einem Zwangsvergleiche betroffen. Der Zwangsvergleich läßt für den dadurch erloschenen Teil der Konkursforderungen eine sittliche oder Anstandspflicht des bisherigen Schuldners bestehen, so daß bei Erfüllung die Rückforderung nach § 814 BGB. ausgeschlossen ist.

c) Posen 5. 2. 15, JDR. 14 zu § 61, 2 b, jetzt auch OLG. 32, 386.

3. Zu Nr. 5. Cöln 13. 4. 16, LeipzZ. 16, 1205. Unter gerichtlicher Geltendmachung im Sinne des § 61 Nr. 5 ist auch die Anmeldung während des Konkurses zu verstehen (Jäger § 61 Anm. 36, Petersen, § 61 Anm. 26). Die Anmeldung muß aber wirksam, d. h. unter genügender Substantiierung erfolgt sein. Die zweijährige Frist beginnt mit Beendigung der Vormundschaftsverwaltung. Bei einer Pflegschaft für Erben hat jeder der Erben das Recht, die Forderung für die Gemeinschaft zu verfolgen (§ 2039 BGB.), das Vorrecht also auch durch Anmeldung oder Klage zu wahren. Die Fristen können für die verschiedenen Beteiligten verschieden sein, insbesondere wenn es sich um volljährige und minderjährige handelt; es genügt aber, wenn auch nur einer der Beteiligten die Frist wahrt.

§ 63.

RG. 26. 1. 16, JW. 16, 588, LeipzZ. 16, 1116, R. 16 Nr. 1203. Ein Ausstattungsversprechen, soweit es den Vermögensverhältnissen der Eltern entspricht, schließt die Anwendbarkeit der §§ 63 Nr. 4 u. 226 Abs. 2 Nr. 3 KO. aus. Wird die Ausstattung in Form einer Leibrente gewährt, so fällt diese, soweit sie das angemessene Maß übersteigt, unter die genannten Bestimmungen.

§§ 64, 67.

Naumburg 14. 1. 16, DJZ. 16, 1091. Wird ein Konkursgläubiger nach Konkurseröffnung aus dem von einem Dritten bestellten Pfande befriedigt, so sind §§ 64, 68 KO. weder unmittelbar noch entsprechend anzuwenden. Nach der KO. ist für die Rechtsstellung des Konkursgläubigers grundsätzlich der Zeitpunkt der Konkurseröffnung maßgebend (**RG.** 52, 171; 59, 368). Der Gläubiger ist daher mit dem Betrage, den seine Forderung zur Zeit der Konkurseröffnung hat, bei der Verteilung zu berücksichtigen, und es ist unerheblich, ob er vor der Schlußverteilung von dritter Seite teilweise befriedigt wird. Der Dritte kann in diesem Falle nicht neben dem Gläubiger oder an seiner Stelle seine Rückgriffsforderung

gegen den Gemeinschuldner im Konkurs anmelden, da er dadurch das Recht auf Dividende von der vollen Forderung schmälern würde (Jäger § 67 Anm. 5, § 3 Anm. 26).

§ 65.

RG. 20. 2. 15, JDR. 14 zu § 65, 1a, jetzt auch **RG.** 86, 248; **RG.** 18. 3. 15, a. a. O. 2, jetzt auch LeipzZ. 16, 242.

§ 67.

Rieß, JheringsJ. 66, 121 ff., tritt **RG.** 85, 209 (vgl. JDR. 14 zu § 67) mit abweichender Begründung bei.

§§ 67, 68.

Stellung des Bürgen im Konkurse des Hauptschuldners. Dresden 21. 3. 16. LeipzZ. 16, 973, OLG. 32, 386, SächsOLG. 38, 105, SeuffA. 71, 423. Der Bürge, der den Gläubiger nach der Konkurseröffnung zum Vermögen des Hauptschuldners teilweise befriedigt, darf am Konkurse dann nicht teilnehmen, wenn der Gläubiger wegen seiner Restforderung durch die Konkursdividende nicht voll befriedigt wird (**RG.** 14, 173, Jäger § 67 Anm. 5). Dieser Auslegung der §§ 67, 68 KO. liegt der Gedanke zugrunde, daß die Konkursmasse nicht zwei Gläubiger nebeneinander befriedigen dürfe, von denen der Hauptschuldner außerhalb des Konkurses nur den einen oder den anderen zu befriedigen hätte. Daher kann der Bürge auch dann im Konkurse des Hauptschuldners nicht zugelassen werden, wenn sein Anspruch gegen diesen auf einem besonderen Rechtsverhältnisse beruht, da die Forderung des Hauptgläubigers und der Anspruch des Bürgen auch bei Selbständigkeit der Entstehungsgründe den Hauptschuldner nicht zweimal nebeneinander, sondern nur alternativ belastet (Jäger a. a. O.).

§ 68.

Darmstadt 8. 3. 16, HessRpr. 16, 104. Wenn der Gläubiger infolge falscher Anwendung des § 68 KO. aus einer inzwischen ausgeschütteten Konkursmasse zu wenig erhalten hat, ohne die notwendigen Rechtsmittel zu verfolgen, so ist er nicht berechtigt, den Bürgen wegen seines Ausfalls in Anspruch zu nehmen. Das Verhalten des Gläubigers ist ihm als Verschulden anzurechnen, durch welches er seiner Rechte gegen den Bürgen verlustig gegangen ist.

§ 69.

KG. 26. 5. 14, OLG. 32, 387. Eine auf eine Individualleistung gerichtete Forderung, die sich durch die Konkursforderung in eine Geldforderung verwandelt hat, bleibt als solche auch nach Abschluß des Zwangsvergleichs bestehen. Sie kann nunmehr nur in der Gestalt, in der sie sich als Konkursforderung darstellt, Befriedigung erlangen (Wilmowski, Jäger § 193 Anm. 3). Ist daher vor dem Zwangsvergleich eine Gegenforderung seitens des Verwalters zur Aufrechnung gestellt worden, so sind Forderung und Gegenforderung durch Aufrechnung erloschen, und die Klageforderung fiel überhaupt nicht unter den Zwangsvergleich.

Zweites Buch. Konkursverfahren.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

1. Keine Kostenerstattung bei Abweisung des Konkursantrags. Jena 24. 2. 14, ThürBl. 63, 63. Gegen den abgewiesenen Konkursantragsteller hat der Gemeinschuldner keinen Kostenerstattungsanspruch. § 91 ZPO. kann nicht auf § 72 KO. entsprechend angewandt werden. Das Konkursverfahren ist kein Rechtsstreit im Sinne der ZPO., sondern es herrscht der Amtsbetrieb. Das Konkursgericht hat die nötigen Ermittlungen von sich aus anzustellen. Macht der Gemeinschuldner in gleicher Richtung Aufwendungen, so tut er das, ohne dazu durch die Art des Verfahrens genötigt zu sein.

2. Kein Recht auf Vorlegung beglaubigter Vollmacht. LG. III Berlin 16. 6. 16 und KG. 27. 7. 16, KGBl. 16, 80 f., LeipzZ. 16, 1391. Der Konkursrichter ist nicht befugt, auf Verlangen eines Gläubigers die Vorlegung einer beglaubigten Vollmacht seitens des Vertreters eines anderen Gläubigers anzuordnen. Es bleibt dahingestellt, ob die Vorschrift des § 80 Abs. 2 ZPO. nach § 72 KO. auf das Konkursverfahren überhaupt anzuwenden

ist. Gegner im Sinne dieser Vorschrift sind im Konkurse nicht die einzelnen Gläubiger, sondern der Schuldner einerseits und die Gesamtheit der Gläubiger andererseits (vgl. Jäger zu § 72 I 1).

§ 73.

RG. 3. 4. 16, OLG. 32, 396. Nach § 73 Abs. 3 ist grundsätzlich jeder beschwerdeberechtigt, dessen rechtliche Interessen im einzelnen Falle durch die Entscheidung beeinträchtigt werden: der Verwalter, der Gemeinschuldner, der einzelne Gläubiger. Wer aber als Konkursgläubiger ein Beschwerderecht ausüben will, muß seine Konkursforderung angemeldet haben oder gleichzeitig anmelden. Für das Eröffnungsverfahren greift die Beschränkung des § 109 KO. Platz. Aus ihr ergibt sich, daß das Beschwerderecht eingeschränkt ist auf den Gemeinschuldner und auf den Gläubiger, der die Eröffnung betrieben hat (Jäger § 73 Anm. 7, § 109 Anm. 1, 6). Für die Zulässigkeit einer weiteren Beschwerde im Eröffnungsverfahren ist daher vorauszusetzen, daß der beschwerdeführende Gläubiger in einer der beiden Vorinstanzen als Antragsteller bereits beteiligt war. Andere Beteiligte sind darauf angewiesen, zunächst einen eigenen Konkursantrag zu stellen.

§ 82.

Pflichten des Verwalters 1. bei Versteigerung von Massegegenständen. Bendix, SächsRpflA. 16, 338. Der Konkursverwalter muß darauf bedacht sein, die Versteigerung oder wenigstens die Abführung des Versteigerungserlöses an den Pfändungsgläubiger zu verhindern. Hierzu kann er einmal gemäß § 771 Abs. 3 ZPO. eine einstweilige Anordnung beim Vollstreckungsgericht erwirken und die Vorlegung einer Ausfertigung der gerichtlichen Entscheidung an den Gerichtsvollzieher veranlassen. Dieser Weg wird seiner Länge wegen häufig nicht zum Ziele führen. Das Vollstreckungsgericht kann aber auch eine einstweilige Regelung dahin vornehmen, daß es den Gerichtsvollzieher anweist, den Versteigerungserlös vorläufig einzubehalten. (Im übrigen vgl. oben Ziff. 3 zu § 753 ZPO.)

2. gegenüber Aussonderungsberechtigten. München 4. 5. 16, LeipzZ. 16, 972. Es wird mit **RG.** 74, 258 dahingestellt gelassen, ob die Aussonderungsberechtigten zu den Beteiligten im Sinne des § 82 KO. gehören. Der Konkursverwalter ist jedenfalls von einer Haftung frei, wenn Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung gemäß §§ 132, 133 Abs. 2 KO. beschlossen haben, das Warenlager dem Schuldner zur Fortführung des Geschäfts zu überlassen (vgl. Jäger § 82 Anm. 6), wenn auch Eigentumsansprüche dritter Personen auf das Warenlager geltend gemacht worden sind. Eine Haftung könnte höchstens in Frage kommen, wenn dem Konkursverwalter eine besondere eigene Schuld zur Last fiele.

3. gegenüber Absonderungsberechtigten. München 20. 12. 15, OLG. 32, 389. Die Masse umfaßt das gesamte der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, also auch die Gegenstände, aus denen abgesonderte Befriedigung verlangt werden kann, insbesondere Grundstücke, auf denen Hypotheken lasten. Die Verwaltung dieser Gegenstände geht auf den Verwalter über, damit zugleich aber die Pflicht, das Absonderungsrecht zu beachten, soweit sich nicht aus dem Zwecke des Konkursverfahrens (§ 3) oder aus positiven Bestimmungen (§§ 126, 127) etwas anderes ergibt. Der Verwalter hat daher die aus § 1134 Abs. 2 BGB. folgende Verpflichtung, Vorkehrungen gegen Beschädigungen zu treffen, die eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks besorgen lassen. Aus § 4 Abs. 2 KO. ergibt sich keineswegs, daß der Verwalter die Rechte der Absonderungsberechtigten außer acht lassen darf (**RG.** 69, 92; 74, 109). Die schuldhafte Nichterfüllung der erwähnten Pflicht begründet gemäß § 823 BGB., § 59 Nr. 1 KO. eine Entschädigungsforderung des Hypothekars gegen die Masse. Nach § 82 KO. ist aber auch der Verwalter persönlich verantwortlich. Zu den Beteiligten gehören auch die Absonderungsberechtigten und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie auch Konkursgläubiger im Sinne des § 64 KO. sind oder nicht. Durch das Erlöschen der Hypothek in der Zwangsversteigerung geht ein vorher entstandener Ersatzanspruch wegen Verschlechterung des Grundstücks nicht unter, vielmehr erhält er durch den Umfang des Ausfalls eine genaue rechnerische Grundlage (vgl. SeuffA. 65, 99, GruchotsBeitr. 55, 668).

4. zur Aufstellung der Schlußrechnung und des Schlußverzeichnisses. RG. 27. 9. 15; 87, 151. Zu den Pflichten des Verwalters gehört die Aufstellung der Schlußrechnung (§§ 86, 162 KO.) und des Schlußverzeichnisses (§§ 151—158, 162 KO.). Für die Schlußrechnung ist die Haftung des Verwalters aus Fehlern der Rechnung durch § 86 KO. begrenzt. Die Schlußrechnung hat nicht nur Bedeutung für das Konkursverfahren, sondern bewirkt eine endgültige Befreiung des Verwalters von allen aus der Amtsführung gegen ihn entstandenen Ansprüchen der Beteiligten insoweit, als die Rechenschaftsablegung seine Verwaltungstätigkeit darlegt und darzulegen bestimmt ist (Jäger § 86 Anm. III, 1 u. 3). Das Schlußverzeichnis hat nur Bedeutung für den Konkurs. Die darin übergangenen Gläubiger gehen nach §§ 162 Abs. 2, 158 Abs. 2 KO. ihrer Ansprüche gegen die Masse verlustig. Gegen den Gemeinschuldner bleiben die Ansprüche bestehen. Verschulden bei Aufstellung des Schlußverzeichnisses macht den Verwalter verantwortlich. Dabei kann konkurrierendes Verschulden des übergangenen Gläubigers darin liegen, daß er die Einsicht des offengelegten Verzeichnisses und die Geltendmachung seiner Rechte im Schlußtermin unterlassen hat.

§ 85.

München 14. 1. 15, OLG. 32, 392. Der Anwalt darf eine Verkehrsgebühr nach § 44 RAGebO. nicht beanspruchen, wenn er als Konkursverwalter den von ihm aufgestellten Prozeßbevollmächtigten den Streit- und Sachstand mitteilt; denn er bedarf keiner Zwischenanwälte, und außerdem fällt diese Tätigkeit unter die Vergütung nach § 85 KO. (Willenbücher 144). Die Postgebühren für den schriftlichen Verkehr mit seinen Anwälten sind erstattbar. Für notwendige Reisen in seiner Eigenschaft als Verwalter kann der Anwalt die Sätze der Gebührenordnung nicht beanspruchen, auch wenn es sich um eine Reise zum Prozeßbevollmächtigten handelt. Die abgesehen von der Gebührenordnung sonst durch solche Reisen entstandenen angemessenen Auslagen sind von dem unterliegenden Gegner zu erstatten.

§ 86.

1. KG. 1. 7. 13, OLG. 32, 393. Das Nachlaßkonkursgericht hatte die Vergütung des Verwalters festgesetzt. Nach Einreichung der Schlußrechnung und eines Nachtrags, der auch die festgesetzte Vergütung als Rechnungsposten enthielt, stand der ordnungsmäßig bekanntgemachte Schlußtermin an, in welchem der Nachlaßpfleger nicht erschienen war und Erklärungen nicht abgegeben wurden. Auf die sofortige Beschwerde des Nachlaßpflegers wurde die Vergütung herabgesetzt. Die weitere Beschwerde des Verwalters ist zulässig. Die festgesetzte Vergütung ist nicht in die Schlußrechnung einzustellen und wird nicht mit dieser unanfechtbar (Jäger § 86 Anm. 2). Die Anerkennung der Schlußrechnung ist eine Billigung der Tätigkeit des Verwalters, nicht der Verfügungen des Gerichts. Bei Aufführung der Vergütung in der Schlußrechnung gilt für die Beanstandung der Entscheidung § 73 Abs. 3, nicht § 86 KO.

2. Vgl. oben zu § 82 d.

§ 91.

Stuttgart 6. 10. 13, JDR. 14 zu § 91, 3, jetzt auch OLG. 32, 394.

§ 99.

Dresden 4. 10. 16, SächsRpflA. 16, 469. § 99 soll verhüten, daß das Stimmrecht zur Verfolgung von Sonderinteressen einzelner Konkursgläubiger zum Schaden der übrigen mißbraucht wird. Dies wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die bevorrechtigten Konkursgläubiger auch ohne Hinzuziehung einer im Prozesse befindlichen Forderung zur Masse annähernd gedeckt würden und danach von dem Obsiegen des Konkursverwalters keinen erheblichen Vorteil hätten. Das Interesse dieser Gläubiger läßt sich von dem der übrigen nicht trennen, und da die bevorrechtigten Gläubiger ohne die streitige Forderung nicht voll gedeckt werden, liegt die Fortführung des Prozesses auch in ihrem Interesse.

Zweiter Titel. Eröffnungsverfahren.

§ 102.

Über den Begriff der Zahlungseinstellung vgl. zu § 30 I.

Dritter Titel. Teilungsmasse.

§ 117.

RG. 18. 12. 15, LeipzZ. 16, 547. § 117 hat nur die Bedeutung einer Anweisung an den Verwalter, von der Masse Besitz zu ergreifen. Aus ihm ist nicht zu folgern, daß der Verwalter ohne weiteres Besitzer der zur Masse gehörigen Gegenstände wird.

§ 127.

Hamburg 8. 7. 15, JDR. 14 zu § 127, 2 b, jetzt auch OLG. 32, 397.

Vierter Titel. Schuldenmasse.

§ 140.

1. KG. 21. 10. 15, OLG. 32, 398. Die Abtretung festgestellter Forderungen ist nicht in die Tabelle einzutragen (vgl. Jäger § 140 Anm. 8). Die Wirkung der Abtretung hängt nach § 409 BGB. von der Anzeige an den Verwalter oder der Vorlegung der Abtretungsurkunde ab. Der Vermerk wäre auch irreführend, insofern aus ihm entnommen werden könnte, daß die Rechtmäßigkeit der Abtretung von den Beteiligten, insbesondere vom Verwalter, bereits anerkannt sei.

2. KG. 3. u. 8. 6. 15, JDR. 14 zu § 140, jetzt auch OLG. 32, 406, 407.

§ 146.

1. Feststellungsklage und Anmeldung. a) Breslau 8. 12. 15, BreslauAK. 16, 33. Die Feststellungsklage des § 146 setzt vorschriftsmäßige Anmeldung und Prüfung der Forderung voraus. Sonst ist die Klage als unzulässig abzuweisen (vgl. **RG.** 39, 38). Eine Anmeldung ohne Angabe des Schuldgrundes ist unwirksam, auch wenn sie im Prüfungstermine nicht ausdrücklich zurückgewiesen und vom Verwalter kein Widerspruch erhoben worden ist.

b) Cöln 13. 4. 16, LeipzZ. 16, 1205. Ob eine Anmeldung zur Tabelle wirksam ist oder nicht, kommt für die Zulässigkeit der Klage aus § 146 nicht in Betracht. Die Klage ist gerade für Forderungen gegeben, bei denen es streitig ist, ob die Anmeldung wirksam ist oder nicht. Eine Ergänzung der tatsächlichen Anführungen ist nach § 268 ZPO. zulässig (WarnE. 11 Nr. 152).

c) **RG.** 3. 5. 15, JDR. 14 zu § 146 I 1, jetzt auch **RG.** 86, 394.

2. Keine notwendige Streitgenossenschaft zwischen Verwalter und Gemeinschuldner. **RG.** 12. 4. 16, LeipzZ. 16, 1124. Wird gegen den bestreitenden Verwalter und Gemeinschuldner Feststellungsklage aus § 146 erhoben, so sind sie nicht notwendige Streitgenossen. Es handelt sich um zwei verschiedene Massen und zwei selbständige Klagen, die miteinander verbunden werden können (**RG.** 13, 318; 24, 406), aber selbständig zu behandeln sind. Notwendige Streitgenossen sind dagegen zwei bestreitende Konkursgläubiger im Feststellungsstreite (**RG.** 5, 413).

3. Zu Abs. 4. Königsberg 21. 3. 16, OLG. 32, 384. Nach § 146 Abs. 4 darf die Feststellungsklage nur auf den angemeldeten Grund gestützt werden; dies gilt auch bezüglich eines Vorrechts (Jäger § 146 Anm. 21). Durch das Prüfungsverfahren ist der Streitgegenstand für die spätere Feststellungsklage festgelegt. Zwar ist eine Beschränkung des angemeldeten Betrags in der Klage zuläsig (LeipzZ. 12, 236). Die Beanspruchung eines anderen Vorrechts, wenngleich eines solchen einer späteren Klasse, ist aber keine Beschränkung des geforderten Vorrechts, sondern die Beanspruchung eines anderen Rechtes, das inhaltlich, nämlich rücksichtlich der Zeitbestimmung, umfassender ist. (Es handelt sich um § 61 Nr. 1 und 3.) Der Mangel dieser Klagevoraussetzung ist von Amts wegen zu beachten (**RG.** 86, 396).

Fünfter Titel. Verteilung.

§ 153.

Darmstadt 29. 3. 16, HessRspr. 17, 39. Nach Ablauf der im § 152 bestimmten Ausschlußfrist tritt der Ausschluß des Gläubigers bei der Schlußverteilung kraft Gesetzes ein. Ein Recht auf Verlängerung der Frist zwecks Feststellung des Ausfalls besteht nicht.

§ 164.

* Riesenfeld, Erbenhaftung nach dem BGB. II 206. Der Erbe ist weder gezwungen noch überhaupt berechtigt, den Vorbehalt der Haftungsbeschränkung für die Tabelle zu fordern.

Sechster Titel. Zwangsvergleich.

§ 173.

Ausgleichsverfahren außerhalb des Konkurses. 1. Jäger, LeipzZ. 16, 452, regt eine freie Aussprache über den Ausgleich zur Abwendung des Konkurses an. Dabei wird a. a. O. eine Eingabe von Sichel an das Reichsjustizamt mitgeteilt; sie geht von einem praktischen Falle aus, wo das Zustandekommen des Ausgleichs im wesentlichen am Widerspruch eines feindlichen Ausländers gescheitert ist.

2. Die BRVO. über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses vom 14. 12. 16 (RGBl. 16, 1363 ff.) regelt in §§ 33 ff. den außergerichtlichen Zwangsvergleich bei einem unter Geschäftsaufsicht stehenden Schuldner.

§ 181.

1. § 181 beim außergerichtlichen Ausgleiche. Engelmann, SächsRpflA. 16, 263 ff. Die Vorschrift des § 181 gilt nicht ohne weiteres für den außerkonkursmäßigen, zur Abwendung des Konkurses geschlossenen Vergleich. Hat aber der Schuldner die Gleichheit dieser Befriedigung aller Gläubiger zur Grundlage seines Vergleichsangebots gemacht, so ist anzunehmen, daß die beitretenden Gläubiger ihre Zustimmung stillschweigend von der Bedingung gleichheitlicher Befriedigung abhängig gemacht haben. Ist dies nicht der Fall, so ist jeder der getäuschten Gläubiger zum Rücktritte berechtigt. Daneben kann ihm ein Anfechtungsrecht nach § 123 BGB., unter Umständen auch ein Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner und den begünstigten Gläubiger nach § 826 BGB. zustehen (vgl. Staub [9] Exk. zu § 350 Anm. 10; Düringer-Hachenburg II 75 ff.; Jäger § 181 Anm. 9). Diese Grundsätze hat OLG. München 12. 4. 16 folgendermaßen ergänzt: Das Rücktrittsrecht wegen Bevorzugung einzelner Gläubiger ist auf den Fall zu beschränken, daß der dem bevorzugten Gläubiger gewährte Sondervorteil nicht ganz unerheblich ist. Es muß als ausgeschlossen gelten, daß jeder Teilnehmer an einem Akkorde sich seinen Rücktritt auch für den Fall vorbehalten wollte, daß einem anderen Gläubiger irgendwelche, wenn auch noch so geringfügige Bevorzugung zuteil wird. Diese Grundsätze sind auch bei der Frage zu berücksichtigen, ob dem Akkordteilnehmer ein Anfechtungsrecht gemäß § 123 BGB. zusteht.

2. München 26. 3. 15, JDR. 14 zu § 181, jetzt auch OLG. 32, 402.

§ 189.

KG. 5. 10. 15, OLG. 32, 398. Das LG. hat die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß des AG., welches den Zwangsvergleich bestätigt hatte, als unzulässig verworfen, weil das Gläubigerrecht des Beschwerdeführers, dem das Stimmrecht im Prüfungstermine versagt worden ist, nicht glaubhaft gemacht worden sei. Nach § 568 Abs. 2 ZPO. wäre mithin ein neuer selbständiger Beschwerdegrund gegeben. Nach § 72 KO. finden aber die Vorschriften der ZPO. entsprechende Anwendung nur, soweit sich nicht aus der KO. Abweichungen ergeben, und eine solche ergibt sich aus § 189 Abs. 3 KO. (gegen Jäger § 189 Anm. 3). Die weitere Beschwerde ist danach unzulässig.

§ 193.

I. Zwangsvergleich und Sonderrechte. 1. **RG.** 27. 3. 16, R. 16 Nr. 2004. Durch einen Zwangsvergleich wird mangels Verzichts der Anspruch eines Konkursgläubigers gegenüber einem Dritten auf Herausgabe eines zu Unrecht wieder in dessen Besitz gelangten Hypothekenbriefs über eine von ihm dem Konkursgläubiger für eine Schuld des Kridars verpfändete Hypothek nicht berührt, auch wenn im Zwangsvergleiche gesagt ist, daß durch Zahlung der Zwangsvergleichsquote auch alle Ansprüche erledigt werden, welche den Gläubigern gegen Dritte zustehen sollten.

2. **RG.** 16. 12. 15, R. 16 Nr. 566. Die Bestimmung ist eine Sondervorschrift, die

nur für den Fall des Zwangsvergleichs gilt. Die Bestimmung des § 193, die im Falle eines Zwangsvergleichs die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen sowie die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrechte trotz der Veränderung der Hauptschuld unvermindert bestehen läßt, scheint allerdings von der Annahme auszugehen, daß trotz dem in dem Zwangsvergleich enthaltenen Schulderlaß eine natürliche Verbindlichkeit des Schuldners zurückbleibt (vgl. **RG.** 71, 364; 78, 77, JW. 13, 597 Nr. 11, R. 13 Nr. 2065), sie würde andernfalls zu § 767 BGB. in einen Widerspruch treten, der die Bürgschaftsschuld an die Hauptschuld unauflöslich kettet. Jedenfalls handelt es sich im § 193 KO. aber um eine Sonderbestimmung, die nur für den Fall des Zwangsvergleichs Geltung hat und deren Erstreckung darüber hinaus in entsprechender Anwendung rechtlichen Bedenken unterliegt.

3. Haftung von Mitschuldnern. LG. III Berlin 30. 9. 14 u. KG. 18. 6. 15, KGBl. 16, 42. Ist im Konkurs eines Gesellschafters einer GmbH., welcher neben anderen Gesellschaftern nach § 24 GmbHG. für ungedeckte Stammeinlagen haftet, ein Zwangsvergleich geschlossen, so werden dadurch die Rechte der GmbH. gegen die Mitschuldner nicht berührt. Diese bleiben für den vollen Betrag haftbar. Auch die Zustimmung der GmbH. zu dem Zwangsvergleichsvorschlag ändert hieran nichts. ➵ Die Entsch. des KG. auch in BauersZ. 23, 234. Red. ⟵

4. Königsberg 11. 11. 13, JDR. 14 zu § 193 II 1, jetzt auch OLG. 32, 399.

II. Umfang des Zwangsvergleichs bezüglich der Gläubiger. 1. München 26. 3. 15, SeuffA. 71, 342. Der Zwangsvergleich und die darin abgegebene Bürgschaftserklärung betrifft nicht nur die Forderungen, die nach § 146 KO. festgestellt sind, sondern alle persönlichen Gläubiger, die einen erzwingbaren, zur Zeit der Konkurseröffnung begründeten Anspruch haben, auch wenn sie von ihrem Teilnahmerechte keinen Gebrauch gemacht haben (Jäger § 3 Anm. 1). Das gleiche gilt für Gläubiger, die zunächst durch Anmeldung am Konkurse teilgenommen, dann aber ganz oder teilweise auf konkursmäßige Befriedigung verzichtet haben, ohne gleichzeitig auf die Forderung zu verzichten (Jäger § 181 Anm. 1). Dieser Fall liegt vor, wenn eine durch Hypothek gesicherte Forderung angemeldet und teils anerkannt, teils bestritten worden ist und der Gläubiger nichts zur Sicherung der Quote des bestrittenen Teiles veranlaßt hat. Ist im Zwangsvergleiche bestimmt, daß die nicht bevorrechtigten Gläubiger 20 v. H. ihrer Forderungen insoweit erhalten sollten, als sie anerkannt sind oder noch anerkannt oder gerichtlich festgestellt werden, so umfaßt der Vergleich auch eine nach Beendigung des Konkurses erfolgende gerichtliche Feststellung. Was für die Hauptschuld gilt, gilt regelmäßig auch für die Zwangsvergleichsbürgschaft, selbst wenn die nachträglich festgestellten Forderungen dem Bürgen zur Zeit des Vergleichsabschlusses unbekannt waren (Jäger § 146 Anm. 1 a. E., LeipzZ. 12, 792, Jäger § 194 Anm. 6). Der Mangel der konkursmäßigen Feststellung der bestrittenen Teilforderung hat aber zur Folge, daß insoweit keine Zwangsvollstreckung aus dem Zwangsvergleiche nach Maßgabe des § 194 KO. stattfindet; vielmehr bedarf der Gläubiger gegen den Hauptschuldner und den Bürgen eines anderweiten Vollstreckungstitels (Jäger § 194 Anm. 3 u. 6). Daher ist eine besondere Klage des Gläubigers zulässig.

2. Vgl. Ziff. 3 zu § 3.

III. Bürgschaft und Ausgleichserlaß. Über **RG.** 3. 1. 16 und die hierzu ergangenen Äußerungen von Jäger und Marx vgl. oben Ziff. 1 zu § 768 BGB.

Siebenter Titel. Einstellung des Verfahrens.

§ 204.

Dresden 30. 9. 16, JW. 16, 1493. Bei einer Einstellung des Konkursverfahrens mangels Masse (§ 204) hat der Verwalter die Masseansprüche aus der Masse zu berichtigen, soweit diese reicht. Das Konkursgericht darf die Einstellung erst verfügen, wenn der Verwalter ihm die Erfüllung dieser Aufgabe angezeigt hat (**RG.** 27, 113; 31, 140; Jäger §§ 204—206 Anm. 2; a. M. Wilmowski-Kurlbaum § 191 Anm. 1). Reicht die Masse nicht zur Befriedigung der Massegläubiger hin, so ist gemäß § 60 KO. zu verfahren.

Achter Titel. Besondere Bestimmungen.

§ 211.

KG. 25. 6. 13, JDR. 12 zu § 211, jetzt auch OLG. 32, 400.

§ 214.

Der Nachlaßkonkurs. 1. Im allgemeinen. Umfang. a) *Riesenfeld, Erbenhaftung nach dem BGB. II 105, 131, 129. Das Nachlaßkonkursverfahren ergreift das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Nachlaßvermögen. Sachen, welche etwa mit Rücksicht auf die Unentbehrlichkeit für den Erblasser oder den Erben nach den Umständen des Falles der Beschlagnahme entzogen wären, können im Nachlaßkonkurse nicht in Frage kommen, weil der Nachlaß nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses eine Sondermasse und als solche ohne Beziehung auf den Erblasser oder Erben im Konkurs ist. Der Erbe kann nicht auf Kosten der Nachlaßgläubiger aus einer zu einem Sonderverfahren abgesonderten Masse Vorteil ziehen; dazu muß ihm vielmehr sein sonstiges Vermögen dienen. Man denke sich den Fall, daß einem gänzlich verarmten Menschen eine Erbschaft zufällt, die zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten gerade ausreicht. Es wird niemand behaupten, daß er wegen seiner Bedürftigkeit ein Recht hätte, etwas vom Nachlasse für sich in Anspruch zu nehmen. Wie also könnte es gerechtfertigt werden, daß aus einem sogar überschuldeten Nachlasse der Erbe das, was ihm etwa unentbehrlich wäre, sollte behalten dürfen? Anders Jäger, KO. § 214 Anm. 27; Josephson, Nachlaßkonkurs, HansGZ. 00 Beibl. 43. — Die Familie des Erben bzw. dieser selbst hat deshalb auch keinen Anspruch auf Unterstützung aus der Nachlaßkonkursmasse, wohl aber die Familie des Erblassers.

b) Die Dienstprämie im Nachlaßkonkurse. Dresden 10. 3. 15, OLG. 32, 404, SächsOLG. 37, 123. Die im § 40 MannschaftsversorgungsG. bestimmte Umpfändbarkeit der Dienstprämie hat zur Folge, daß die Prämie auch nicht zur Masse im Nachlaßkonkurse des Erblassers gehört. Der Nachlaßkonkurs ergreift nicht ohne weiteres Gegenstände, auf die sich ein bei Lebzeiten des Erblassers eröffneter Konkurs nicht erstreckt hätte. Vielmehr ist in jedem Falle zu untersuchen, ob der Grund der Unpfändbarkeit noch nach dem Tode des Berechtigten fortbesteht. Das ist hier der Fall.

2. Urheberrecht und Nachlaßkonkurs. De Boor, GoldschmidtsZ. 79, 421 ff. Nach § 10 LitUrhG. ist die Zwangsvollstreckung gegen den Erben des Urhebers ohne seine Einwilligung dann zulässig, wenn das Werk erschienen ist. Ist dies zur Zeit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses der Fall oder willigt der Erbe in die Vollstreckung, so gehört das Urheberrecht zur Masse, ebenso etwaige Ansprüche aus dem Verlagsvertrage, für die ein ausdrückliches Pfändungsverbot nicht besteht. Ist das Werk noch nicht erschienen und willigen die Erben nicht in die Zwangsvollstreckung, so würde nach dem Wortlaute des § 10 das Urheberrecht unpfändbar sein und nicht in die Masse fallen. Im Gegensatze dazu würden etwaige Ansprüche aus dem Verlagsvertrage, seinem vermögensrechtlichen Charakter gemäß, dem Konkursbeschlag unterliegen (es wären dies der Anspruch auf das Honorar für die erste oder spätere Auflagen und der Anspruch auf Vervielfältigung und Verbreitung). Es würde sich danach die Lage ergeben, daß das Gesetz eine Vollstreckung gegen den Erben erst zuläßt, wenn das Werk erschienen ist, das zwangsweise Erscheinen des Werkes also verboten ist, daß dagegen der Verwalter auf Grund anderer Ansprüche diesen Zwang doch ausüben kann. Dann hätte es aber keinen Sinn mehr, der Masse das Urheberrecht vorzuenthalten. Es muß also entweder der § 10 LitUrhG. auf den Vertragsanspruch ausgedehnt oder er muß auch bezüglich des Urheberrechts soweit eingeschränkt werden, als die Wirkung des Anspruchs reicht. Verf. entscheidet sich unter eingehender Erörterung des Zweckes des § 10 für das erstere. Weder der Anspruch auf Vervielfältigung und Verbreitung noch das Urheberrecht fallen in die Masse. Hat im Augenblicke der Konkurseröffnung der Verleger bereits mit der Vervielfältigung begonnen, so fällt der Anspruch in die Masse. Dies gilt dann auch für das Urheberrecht selbst, sofern das Werk erscheint.

§ 226.

KG. 11. 4. 16, JW. 16, 1357, LeipzZ. 16, 1000. Der Nachlaßkonkursverwalter ist Vertreter des Erben. Ihm steht daher die im § 1712 BGB. dem Erben eingeräumte Befugnis zu, ein uneheliches Kind mit dem Betrag abzufinden, der dem Kinde, wenn es ehelich wäre, als Pflichtteil gebühren würde. Der Anspruch des Kindes ist an der durch § 226 Abs. 2 Nr. 4 KO. bestimmten Stelle zu berichtigen. Ist der Nachlaß überschuldet, so ist die Abfindungssumme gleich Null (vgl. Jäger §§ 226 ff. Anm. 5). — Zustimmend Jäger a. a. O.

§ 236.

BayObLG. 28. 4. 16, R. 16 Nr. 1204. Ein Nachlaßkonkurs wird nicht dadurch zum Gesamtgutkonkurse, daß der Antrag auch von dem Erben mitgestellt und die Gütergemeinschaft noch nicht auseinandergesetzt ist.

Drittes Buch. Strafbestimmungen.

§§ 239 ff.

RG. 19. 9. 16, R. 16 Nr. 2051. Die sämtlichen Tatbestände des betrügerischen und einfachen Bankrotts sind durch das gemeinsame Band der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung zu einer Einheit im Rechtssinne verbunden. Zwischen Beihilfe zum betrügerischen Bankrott und der im § 242 selbständig bedrohten Aufstellung erdichteter Forderungen ist rechtliches Zusammentreffen möglich.

§ 240.

I. Allgemeines. 1. Begriff der Zahlungseinstellung. a) **RG.** 31. 3. 16, LeipzZ. 16, 1129, R. 16 Nr. 1241. Zahlungseinstellung erfordert begrifflich nichts anderes als die Tatsache, daß ein Schuldner aufgehört hat, seine Verpflichtungen in ihrer Allgemeinheit zu erfüllen, gleichviel ob infolge Zahlungsunfähigkeit oder mangelnder Zahlungswilligkeit. Es kann aber nicht genügen, daß der Schuldner gegenüber einem einzelnen von mehreren Gläubigern allgemein die Zahlungen eingestellt hat, die Zahlungseinstellung muß vielmehr der Allgemeinheit der Gläubiger gegenüber erfolgt sein. Steht allerdings dem Schuldner nur ein einziger Gläubiger gegenüber, dann ist die Zahlungseinstellung gegenüber diesem ebenso zu beurteilen wie die gegen die Gesamtheit der Gläubiger erfolgte (RG. Strafs. 39, 326), und weiter ist es gleichgültig, daß von der allgemeinen Zahlungseinstellung nur ein Gläubiger betroffen wird, die anderen aber befriedigt wurden (**RG.** [Strafs.] 41, 313).

b) Vgl. dazu oben bei § 30.

2. Verantwortlichkeit des wirklichen Geschäftsinhabers. **RG.** 3. 1. 16, LeipzZ. 16, 618, R. 16 Nr. 607. Die Strafbarkeit ist dadurch bedingt, daß die Bankrotthandlungen von der Person begangen sind, die ihre eigenen Zahlungen eingestellt oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist. Das trifft aber dann nicht zu, wenn das Konkursverfahren gegen den im Handelsregister eingetragenen Inhaber einer Firma eröffnet wird, die Bankrotthandlungen aber von dem wirklichen Inhaber des Geschäfts begangen und an sich von ihm ausschließlich zu verantworten sind, weil er nur unter dem Namen der im Firmenregister eingetragenen Person, des jetzigen Gemeinschuldners, tatsächlich aber zu seinem eigenen Vorteil und auf eigene Rechnung das Handelsgeschäft betrieben hat und dessen wahrer Inhaber war. Nur aus der besonders nachzuweisenden Einstellung der eigenen Zahlungen, nicht aus der Konkurseröffnung, kann in diesem Falle der Geschäftsinhaber für die Bankrotthandlungen verantwortlich gemacht werden.

3. Mehrheit von Straftaten bei Mehrheit von Zahlungseinstellungen. **RG.** 3. 1. 16, LeipzZ. 16, 617, R. 16 Nr. 608. Hat der Gemeinschuldner während der Dauer des Verfahrens neue Geschäfte betrieben und wiederholt seine Zahlungen eingestellt oder ist auf das neue über ihn Konkurs verhängt, so steht, auch wenn die Bankrotthandlungen äußerlich den früheren gleichgestellt sind und nur als deren Fortsetzung erscheinen, doch nicht eine gesetzliche Einheit von Handlungen und auch keine Fortsetzungstat in Frage, sondern jede der beiden Gruppen von Bankrotthandlungen, die durch die auf sie bezügliche Zahlungsein-

stellung oder Konkurseröffnung zu einer einheitlichen Straftat zusammengefaßt wird, steht der anderen Gruppe als ein an sich selbständiges Vergehen gegenüber.

II. Zu Nr. 2. **RG.** 10. 1. 16, R. 16 Nr. 606. Es kommt nur darauf an, daß die Waren unter dem Verkaufswerte veräußert werden, den sie im Zeitpunkte der Veräußerung haben; Fakturenwert, Einkaufspreis sind nicht entscheidend.

III. 1. Zu Nr. 3 und 4. **RG.** 7. 3. 16, BankA. 15, 309, LeipzZ. 16, 956. Ein Kaufmann, der seine sämtlichen Warenvorräte im Wege der Sicherungsübereignung einem Dritten zu Eigentum überträgt und in gleicher Weise seine sämtlichen Außenstände abtritt, macht sich, falls seine Handlungsbücher über die Sicherungsübereignung keine Auskunft geben, wegen unordentlicher Buchführung nach § 240 Nr. 3 und 4 KO. schuldig, sofern er in Konkurs gerät.

2. Zu Nr. 3. Unordentliche Buchführung. a) **RG.** 20. 6. 16, R. 16 Nr. 1665/66. α. Ist die Ziehung einer Bilanz für ein Geschäftsjahr unterblieben, so kann die nach § 240 begründete Strafbarkeit des Schuldners nicht dadurch wieder beseitigt werden, daß für die folgenden Geschäftsjahre, die der Zahlungseinstellung vorausgingen, Bilanzen vorschriftsmäßig und richtig gezogen worden sind.

β. Fehler in der Buchführung, die in einem früheren Zeitpunkt einmal die Übersicht über den Vermögenszustand ausschlossen, sind nicht strafrechtlich zu verantworten, wenn sie im Zeitpunkte der Zahlungseinstellung richtiggestellt sind und kein Hindernis für die Übersicht mehr bilden. Die Übersicht, die von der Buchführung zu fordern ist, muß nicht nur rein rechnungsmäßig sein; es genügt nicht, daß der gegenwärtige Aktiv- und Passivstand des Geschäfts ersichtlich ist, sondern es muß auch eine Darstellung der einzelnen Geschäfte den Büchern zu entnehmen sein, wodurch die Entwicklung des Geschäfts klargestellt und die Umstände dargelegt werden, die zur Gestaltung der Vermögenslage des Schuldners geführt haben.

b) **RG.** 4. 7. 16, R. 16 Nr. 1667. Wenn es auch nicht unzulässig ist, daß zur Erläuterung der in den Handelsbüchern bewirkten Einträge auf andere schriftliche Unterlagen (Handelsbriefe, Belege, Notizen u. dgl.) verwiesen wird und daher auf diese Vermerke zurückgegriffen werden kann, wenn es sich darum handelt, ob die Buchführung eine Vermögensübersicht gewährt, so ist es doch nicht angängig, an Stelle solcher aufklärenden und erläuternden Vermerke auch solche Schriftstücke zur Gewinnung der Übersicht heranzuziehen, die eine eigentliche Ergänzung der Bucheinträge darstellen und deren Inhalt daher in die Bücher gehört (so Kassenzettel über Entnahmen aus der Kasse, die im Kassenbuch einzutragen waren).

§ 241.

Anstiftung zum Vergehen des § 241 seitens des Gläubigers. **RG.** 28. 3. 16, BayRpflZ. 16, 182, GoltdA. 63, 116, LeipzZ. 16, 958, R. 16 Nr. 879. Auch der begünstigte Gläubiger kann sich der Anstiftung zu dem Vergehen des Gemeinschuldners schuldig machen (**RG.** [Strafs.] 48, 21); es handelt sich dabei nicht um eine notwendige Teilnahme, die das Gesetz straffrei läßt, sondern der Gläubiger ist ebenso strafbar wie ein Dritter, der den Gemeinschuldner zugunsten des Gläubigers zur Tat bestimmt.

Anfechtungsgesetz.

§ 1.

Gegenstand der Anfechtung. Kiel 26. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 30. Nach dem AnfG. sind grundsätzlich nur Rechtshandlungen des Schuldners anfechtbar. Als solche ist auch eine Pfändung eines Gläubigers anzusehen, wenn sie auf eine Willenbetätigung des Schuldners mitzurückzuführen ist, wenn also die Herbeiführung der Pfändung verabredet oder vom Schuldner veranlaßt ist oder er durch bewußtes Unterlassen von gebotenen Gegenmaßnahmen die Pfändung ermöglicht hat (**RG.** 47, 223; 69, 164, JW. 14, 106).

§ 2.

RG. 21. 1. 16, LeipzZ. 16, 882, R. 16 Nr. 846. Für die Anfechtung ist die Vollstreckungsklausel als Erfordernis überhaupt nicht vorgeschrieben. Dagegen muß die Frage,

ob der vom Anfechtungsgegner bestrittene Vollstreckungstitel vorhanden ist, geprüft werden, auch wenn die Vollstreckungsklausel erteilt ist und der Schuldner Einwendungen dagegen nicht erhoben hat. Der Anfechtungsgegner hat selbständig und unabhängig vom Schuldner das Recht, die Vollstreckbarkeit der Forderung des Gläubigers zu bestreiten.

§ 3.

I. Allgemeines. 1. Rechtshandlung. Kollusion mit dem Gläubiger. **RG.** 10. 10. 16, R. 16 Nr. 2132. Auch eine gegen den Schuldner gerichtete Vollstreckungshandlung ist anfechtbar, wenn sie durch bewußtes Zusammenwirken des Schuldners und des Gläubigers ermöglicht wird, der unter Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Schuldners den Vollstreckungsantrag stellt. Dies trifft zu, wenn die Vollstreckung auf einer Urkunde beruht, in der sich der Schuldner freiwillig der sofortigen Zwangsvollstreckung für eine bestehende Schuld unterwirft. Die Ausstellung einer solchen Urkunde enthält eine inkongruente Deckung für den Gläubiger.

2. Anfechtung von Sicherungshypotheken für die Ehefrau (§ 1391 BGB.). a) Bamberg 5. 10. 15, LeipzZ. 16, 635. Die Hypothekenbestellung, die mit Recht gemäß § 1391 Abs. 2 BGB. zur Sicherung der Frau erfolgt, ist ein kongruentes Deckungsgeschäft, zu dessen Anfechtung das bloße Bewußtsein des Schuldners von der Benachteiligung anderer Gläubiger nicht genügt, sondern besondere Umstände nachgewiesen werden müssen, aus denen sich seine dem anderen Teile bekannte betrügerische Absicht ergibt. Wird das mit der unanfechtbaren Hypothek belastete und dadurch seinem Werte nach überlastete Grundstück dann der Frau zu Eigentum überlassen, so ist die Anfechtung mangels Benachteiligung ausgeschlossen.

b) Colmar 31. 1. 16, R. 16 Nr. 759. Die Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 1391 Abs. 2 BGB. und die Abtretung des so gesicherten Ersatzanspruchs wären unanfechtbar gewesen. Daran kann dadurch nichts geändert werden, daß in umgekehrter Reihenfolge erst die Abtretung und dann die Sicherstellung vorgenommen ist.

II. Benachteiligung der Gläubiger. 1. Einzelfälle. a) **RG.** 22. 10. 15, R. 16 Nr. 541. Die Benachteiligung wird nicht durch Zuwendung eines gleichstehenden Gegenwerts ausgeschlossen, der nur einem einzigen Gläubiger zufließt.

b) **RG.** 12. 5. 16, R. 16 Nr. 1190. Auch wenn die Ehefrau kraft früherer Abmachungen einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung bestimmter Grundstücke hatte, kann die spätere Übereignung doch wegen Gläubigerbenachteiligung anfechtbar sein.

c) **RG.** 21. 12. 15, LeipzZ. 16, 1034, R. 16 Nr. 545—546. Die Anfechtung muß ohne Erfolg bleiben, wenn auf Eigentumsvorbehalt erworbene Sachen schon bei der angefochtenen Veräußerung weniger wert waren, als der noch offene Kaufpreisrest beträgt. Der Anfechtungsanspruch muß versagen, wenn und soweit auch ohne die Rechtshandlung der Zugriff des Gläubigers mit Befriedigungsmöglichkeit nicht möglich gewesen wäre (**RG.** 21, 95, Gruchots Beitr. 57, 1115). Bei der Feststellung des Vollstreckungswerts der im Anfechtungsprozesse befangenen Sachen ist nicht nur die Ablösungssumme für den allenfallsigen Eigentumsvorbehalt, sondern auch das Guthaben vorangehender Pfändungspfandgläubiger abzuziehen.

d) Dresden 23. 1. 14, SeuffA. 71, 17. Wird eine Hypothekenbestellung angefochten, so muß der Anfechtungsgläubiger nachweisen, daß das Grundstück des Schuldners ohne die Hypothek einen solchen Wert gehabt hätte, daß er sich durch Zwangsversteigerung hätte befriedigen können. War das Grundstück ohnedies mit Hypotheken überlastet, so fehlt es an der objektiven Benachteiligung.

e) Geschäftsverkauf. **RG.** 21. 12. 15, LeipzZ. 16, 1034, R. 16 Nr. 543—544. Der Verkauf eines Geschäfts als solchen unterliegt nicht der Anfechtung, sondern nur der Verkauf der einzelnen Gegenstände (vgl. **RG.** 70, 226). Daß der angefochtene Kaufvertrag nur einen Gesamtpreis ausweist, hindert nicht, der Anfechtung nur bezüglich einzelner Gegenstände stattzugeben. Aus dem Umstande, daß für die veräußerten Sachen ein ungetrennter Gesamtkaufpreis vereinbart ist, mag zu folgern sein, daß der Vertrag ein einheitliches Ganzes

bildete. Die Einheitlichkeit des Vertrags schließt aber nicht die Beschränkung des Anfechtungsanspruchs auf einzelne der veräußerten Sachen und seine Verwerfung bezüglich der anderen aus. Der Anfechtungsanspruch muß versagen, wenn und soweit auch ohne die anfechtbare Rechtshandlung der Zugriff des Gläubigers mit Befriedigungsmöglichkeit nicht möglich gewesen wäre (**RG.** 21, 95, GruchotsBeitr. 57, 1115). Vgl. JDR. 14 zu § 1 B 3.

f) Konkurrenzverbot. **RG.** 2. 11. 15, LeipzZ. 16, 551. Übernimmt der Ehemann die Verpflichtung, sich dem Vertragsgegner gegenüber der Konkurrenz zu enthalten, gegen die Verpflichtung des anderen Teiles, seiner Frau eine Abstandssumme zu zahlen, so ist dieser Vermögenserwerb der Frau unanfechtbar. Der Anspruch ist unmittelbar in der Person der Frau entstanden, es ist also aus dem Vermögen des Mannes nichts weggegeben, was nach § 7 AnfG. zurückzugewähren wäre. Es fehlt an der Benachteiligung. Der Fall liegt so wie beim 1500-M.-Vertrage.

2. Insbesondere die Anfechtung von Mietverfügungen. a) **RG.** 19. 2. 16, LeipzZ. 16, 1027. Da den Hypothekengläubigern das Vorrecht vor den persönlichen, nicht durch Hypotheken gesicherten Gläubigern des Grundstückseigentümers zusteht, soweit es sich um Befriedigung der Hypothekenzinsforderungen aus den Einkünften des Grundstücks handelt, so kann es nicht als eine Benachteiligung der persönlichen Gläubiger angesehen werden, wenn Maßnahmen getroffen werden, die darauf abzielen, die gesetzlich vorgeschriebene Reihenfolge der Befriedigung einzuhalten. Dabei kann es sachlich keinen Unterschied machen, ob die Einziehung und Verteilung der Grundstückseinkünfte im Wege einer ordnungsmäßigen Verwaltung durch den Eigentümer oder durch einen gerichtlich bestellten Zwangsverwalter oder durch einen Hypothekengläubiger, dem der Nießbrauch eingeräumt ist, erfolgt. Zwar liegt für die persönlichen Gläubiger tatsächlich die Möglichkeit vor, durch einen schnellen Zugriff auf die nächstfälligen Mietzinsen im Wege der Zwangsvollstreckung den Hypothekengläubigern nach §§ 1123 Abs. 2, 1124 Abs. 2 BGB. zuvorzukommen, solange die Beschlagnahme zugunsten der Hypothekengläubiger nicht erfolgt ist. Die persönlichen Gläubiger haben aber keinen Anspruch darauf, daß auf diese bloße Möglichkeit Rücksicht genommen wird. Sie sind daher im Falle der Einräumung eines Nießbrauchs nicht im gesetzlichen Sinne benachteiligt, wenn die Einkünfte des Grundstücks aus den Mietzinsen nach Deckung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und der Hypothekenzinsen Überschüsse, die ihrem Zugriff unterliegen können, nicht ergeben (vgl. GruchotsBeitr. 44, 962; 51, 1110, **RG.** 64, 343). Die Benachteiligung tritt auch nicht nach § 1123 Abs. 2 BGB. nach Ablauf eines Jahres nach Fälligkeit der Mieten ein. Das Freiwerden der Mieten von der Haftung für die Hypothek würde nur von Bedeutung sein, wenn die Mietzinsen dem Grundstückseigentümer zustehen würden und es sich um eine Streitigkeit zwischen den Hypothekengläubigern und dem persönlichen Gläubiger darüber handeln würde, ob die Mieten von den ersteren kraft ihrer Hypothek oder von dem letzteren auf Grund der Pfändung in Anspruch genommen werden könnten. Die Mieten gehören aber hier dem Nießbraucher, und deshalb kommt es nur darauf an, ob die Nießbrauchsbestellung eine Benachteiligung des persönlichen Gläubigers zur Folge hatte.

b) KG. 5. 4. 16, KGBl. 16, 52. Nach der ständigen Rechsprechung des RG. werden persönliche Gläubiger eines Grundstückseigentümers dadurch, daß dieser die Grundstückseinkünfte einem anderen zuwendet, nur insoweit benachteiligt, als von den Miet- und Pachtzinsforderungen ein Überschuß über die Hypothekenzinsen und sonstigen Ausgaben für das Grundstück bleibt, und kann nur insoweit ihre Anfechtung Erfolg haben. Das KG. ist diesem Grundsatze gefolgt, aber mit der Einschränkung, daß er nur gilt, soweit das Verstrickungsjahr des § 1123 Abs. 2 BGB. noch nicht abgelaufen ist. Soweit ein Jahr nach der Fälligkeit der Mietzinsen verstrichen ist, ohne daß die Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt ist, werden die Mietzinsen von der Haftung für die Hypothek frei und besteht ein Vorrecht der Hypothekengläubiger nicht mehr, so daß die Anfechtung unbeschränkt durchgreift. Das RG. ist dieser Ansicht neuerdings entgegengetreten, das KG. hält aber an seiner Meinung fest (wird näher ausgeführt).

III. Benachteiligungsabsicht. 1. KG. 8. 6. 15, BauerZ. 23, 189, KGBl. 16, 12. Zur Anfechtbarkeit ist nicht erforderlich, daß der Schuldner zur Zeit der Vornahme des angefochtenen Geschäfts bereits von Gläubigern bedroht wurde. Die Absicht der Gläubigerbenachteiligung kann auch gegen zukünftige Bedrohungen gerichtet sein.

2. Stuttgart 1. 2. 16, R. 16 Nr. 740. Die Absicht, einen Gläubiger zu begünstigen, reicht zur Anfechtung im Konkurse (§ 30 Nr. 2 KO.), aber nicht außerhalb desselben aus. Hier wird die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, verlangt.

3. Rostock 30. 6. 16, MecklZ. 35, 81. Es genügt, wenn die Absicht der Gläubigerbenachteiligung sich gegen irgendwelche Gläubiger richtet. Es ist nicht erforderlich, daß sie auf die Benachteiligung bestimmter, insbesondere der anfechtenden Gläubiger gerichtet ist (**RG.** 26, 11).

4. Kenntnis der Benachteiligungsabsicht. **RG.** 2. 5. 16, JW. 16, 963, LeipzZ. 16, 1124, R. 16 Nr. 1188—1189. Insoweit es bei der Anfechtung von Rechtshandlungen wegen Gläubigerbenachteiligung auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners von gewissen Tatumständen ankommt, genügt solche Kenntnis für den Zeitpunkt, in welchem sich der Erwerb des Anfechtungsgegners vollendet hat.

§ 6.

Vgl. zu § 3 I 1.

§ 7.

1. Allgemeines. a) Anfechtung der Übertragung des Miteigentums. Graff, R. 16, 217. Überträgt der Miteigentümer eines Grundstücks seinen Anteil in anfechtbarer Weise dem anderen Miteigentümer, so hat der Anfechtungsgläubiger keinen Anspruch auf Rückauflassung, wie Matthießen (DJZ. 04, 162) behauptet. Da der Anfechtungsgegner nicht imstande ist, dem Gläubiger die Möglichkeit zu gewähren, sich aus dem, seinem Schuldner gehörig gewesenen Anteil am Grundstücke zu befriedigen, hat er Wertsersatz zu leisten. Oder der Gläubiger hat das Recht, die Zwangsvollstreckung in das ganze Grundstück zwecks Befriedigung aus der Hälfte des Erlöses vorzunehmen.

b) Wirkung der Anfechtung einer Forderungsabtretung. Dresden 22. 6. 15, SächsOLG. 37, 133. Die Anfechtung einer Forderungsabtretung hat die Wirkung, daß zugunsten des Anfechtenden der Schuldner als Forderungsberechtigter anzusehen ist und daß der Anfechtende zur Pfändung und Einziehung der Forderung ermächtigt erscheint. Hat der Schuldner als Bevollmächtigter des Anfechtungsgegners Forderungen eingezogen und den Betrag behalten, so ist für eine Anfechtung kein Raum, weil nichts ins Vermögen des Beklagten gelangt ist, was er zurückgewähren könnte.

2. Gegenstand der Rückgewähr. LG. Flensburg 13. 3. 16, DJZ. 16, 912, R. 16 Nr. 1009. Der Anfechtungskläger ist nicht berechtigt, Duldung der Zwangsvollstreckung lediglich in die Früchte eines Grundstücks zu verlangen. Dadurch versucht er, sich die Vorteile des Grundstücks zunutze zu machen, während er das Grundstück selbst mit seinen Lasten dem Anfechtungsgegner überläßt (**RG.** 64, 341).

3. Antrag bei der Rückgewähr. **RG.** 8. 1. 15, JDR. 14 zu § 7, 3 c, jetzt auch **RG.** 86, 99.

4. Wertsersatz statt Rückgewähr. Kiel 7. 10. 15, SchlHolstAnz. 16, 4. Sind die anfechtbar übereigneten Gegenstände vom Erwerber weiterveräußert worden, so tritt an Stelle der Duldung der Zwangsvollstreckung in die Gegenstände der Wertsersatz. Die Wertsberechnung der Gegenstände ist auf die Zeit des Gläubigerausfalls zu erstrecken und unter Berücksichtigung des vom Gläubiger in einer Zwangsvollstreckung voraussichtlich erzielten Erlöses aufzustellen (vgl. **RG.** 44, 92; 56, 194, JW. 92, 227).

§§ 7, 8.

Colmar 24. 2. 15, ElsLothJZ. 16, 103. Der Schuldner hatte Häute unter Eigentumsvorbehalt erworben und ließ sie öffentlich versteigern. Vorher trat er den Anspruch auf die Ware seiner Mutter ab. Der Steigerungserlös wurde hinterlegt, der Kläger (ein Gläubiger)

verlangt von der Mutter Einwilligung in die Auszahlung des Erlöses. Die Beklagte kann sich auf den Eigentumsvorbehalt des Verkäufers nicht berufen. Sie kann auch, obwohl sie sich verpflichtet hat, den Erlös an den Verkäufer abzuführen, dies dem Gläubiger nicht entgegensetzen, sondern sich nur an ihren Sohn halten.

§ 11.

KG. 5. 4. 16, KGBl. 16, 52. Derjenige, dem die Ausübung des Nießbrauchs übertragen ist (insbesondere auch die Einziehung der Mietforderungen), gilt, obwohl nur ein Teil der Befugnisse des Nießbrauchers auf ihn übergegangen ist, insoweit als sein Rechtsnachfolger im Sinne des § 11 Abs. 2 AnfG.

Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 1.

Schrifttum: Bettjak, Die Vormundschaft über einen Nichtbevormundungsbedürftigen, AÖffR. 35, 382. — Du Chesne, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Vollstreckung im Grundbuchverfahren, DNotV. 16, 441 — Josef, Der gesetzliche Auslandsbegriff und der Krieg, JW. 16, 1104. — Derselbe, Zwangsvollziehung gegen Kriegsteilnehmer, HoldheimsMSchr. 16, 61. — Derselbe, Irrtum und Mißverständnis der Beteiligten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DRZ. 16, 642. — Derselbe, Rechtskraft und richterliche Unabhängigkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DRZ. 16, 498. — Derselbe, Umfang der gerichtlichen Prüfungspflicht und Wirkung der Entscheidung bei Wiederaufnahme der Liquidation, HoldheimsMSchr. 16, 100. — Derselbe, Selbständigkeit der Rechtsfindung und Präjudizienkultus in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, HoldheimsMSchr. 16, 209. — Derselbe, Anspruch des bloßen Pflichtteilsberechtigten auf Aufnahme einer Taxe, ZBlFG. 17, 178. — Derselbe, Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach Beendigung der Vormundschaft, ZBlFG. 17, 281. — Derselbe, Justizverwaltung und Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Behandlung der Befreiungs- („Gnaden-") Sachen, ZBlFG. 17, 294.

Inhaltsübersicht.

I. Kriegsrecht. 1. Josef, JW. 16, 1104 (gegen Levis, JDR. 14 I 3 b). a) Aus Vorschriften, wie § 245 ZPO., wonach, wenn infolge von Krieg die Tätigkeit des Gerichts aufhört, für die Dauer dieses Zustandes das Verfahren unterbrochen wird, sowie § 203 BGB., wonach die Verjährung gehemmt ist, solange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege an der Rechtsverfolgung verhindert war, ist zu folgern, daß nach der Absicht des Gesetzgebers der Kriegszustand ganz allgemein Rechtsfolgen sonstiger Art nicht haben soll; andernfalls hätte der Gesetzgeber dies gleichfalls zum Ausdrucke gebracht. Insbesondere hat also der Umstand, daß infolge des Krieges Teile des deutschen Reichsgebiets sowie der deutschen

Schutzgebiete vom Feinde besetzt sind, nicht die Folge, daß diese Teile im Sinne der Gesetze (z. B. §§ 36, 73 FGG., § 23 ZPO.) als Ausland gelten könnten und daß die Zuständigkeit anderer Gerichte an Stelle der so behinderten Gerichte jener Gebiete begründet würde. Es ist vielmehr Sache der Justizverwaltung, für die Aufrechterhaltung der Rechtspflege Sorge zu tragen. Der Krieg hat insbesondere auf die Frage, ob die deutschen Schutzgebiete Inland oder Ausland sind, gar keinen Einfluß. b) Der Gesichtspunkt, wonach die Schutzgebiete, weil Machtgebiete des Deutschen Reichs und von den deutschen Behörden nach deutschem Rechte verwaltet, als Inland zu betrachten sind, kommt nicht zur Anwendung gegenüber den Vorschriften, bei denen die Unterscheidung von Inland und Ausland zurückgeht auf den Unterschied der örtlichen Entfernung und der hiermit verbundenen Schwierigkeit des Verkehrs. Insoweit gelten die Schutzgebiete als Ausland. Aber grundsätzlich, d. h. wenn man von dem eben hervorgehobenen Gesichtspunkte der durch örtliche Entfernung bedingten Schwierigkeit des Verkehrs absieht, sind die Schutzgebiete als deutsches Machtgebiet, in dem deutsche Behörden obwalten und deutsche Gesetze gelten, als Inland anzusehen (JDR. 7 unter 1).

2. KG. 23. 12. 15, JW. 16, 1428, R. 16 Nr. 1922, RJA. 15, 28, ZBlFG. 17, 236. Das deutsch-russische Nachlaßabkommen v. 12. 11. 1874 ist während des Krieges unwirksam (vgl. Ziff. 2 zu Art. 23 EGBGB.) Dies ist auch mehrfach für das in gleicher Richtung liegende Haager Abkommen über den Zivilprozeß ausgesprochen worden. Die Eigenschaft des berufenen Vollstreckers als Russe schließt hierbei, wenn er dauernd in Deutschland sich aufhält, die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht aus. (Ebenso Schlegelberger, GruchotsBeitr. 59, 227; a. M. Niemeyer, JW. 14, 802.)

3. Josef, Zwangsvollziehung gegen Kriegsteilnehmer in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, HoldheimsMSchr. 16, 61. s. zu § 145 unter 1.

4. KG., OLG. 31, 268 (vermutete Vollmacht der Ehefrau des Kriegsteilnehmers), s. zu § 13 unter II 1.

5. Fräb, Der Erbschaftsvergleich als Verwirklichung des letzten Willens. Eine richterliche Kriegsbetrachtung, RuW. 4, 287, s. zu § 73 unter 1.

6. Colmar 15. 12. 15, OLG. 32, 26. Bestellung eines Abwesenheitspflegers für einen feindlichen Staatsangehörigen im Auseinandersetzungsverfahren ist nicht angemessen.

7. Freiwillige Gerichtsbarkeit in Heer und Marine, s. zu § 183 unter 7.

II. Wahlprüfungssachen (JDR. 11 unter 5). 1. Hatschek, Parlamentsrecht des Deutschen Reichs I, 498 Die Ansicht des OLG. Colmar, wonach die Verfahrensvorschriften des FGG. auf reichsländische Wahlprüfungen entsprechende Anwendung finden sollen, verwertet in unzulässiger Weise den Parteibegriff auf streitige öffentliche Angelegenheiten und kommt ins Gedränge, wenn eine Partei nach der Entscheidung der Wahlprüfungsbehörde nun deren Abänderung auf Grund des § 18 FGG. verlangt. Im Wahlprüfungsverfahren besteht aber zweifellos eine Rechtskraft der entschiedenen Sache; daher ist der Gedanke, daß es sich hier um freiwillige Gerichtsbarkeit handelt, als unrichtig aufzugeben. — Dagegen

2. Molitor, AÖffR. 34, 252, 269. Es handelt sich hier in der Tat gar nicht um freiwillige Gerichtsbarkeit, sondern nur darum, allgemeine Vorschriften, die für solche Angelegenheiten gelten, auf eine streitige Angelegenheit des öffentlichen Rechtes entsprechend anzuwenden. Daher erachtet das OLG. Colmar den § 18 in diesem Verfahren für unanwendbar, weil die Natur der Sache eine endgültige Entscheidung über die Gültigkeit der Wahl verlangt und der § 9 der Verfassung hier eine Abweichung von den Vorschriften des FGG. gebietet, wie sie der „entsprechenden" Anwendung entspricht.

III. Streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit (JDR. 14 unter II). 1. Du Chesne, DNotV. 16, 441 (JDR. 9 unter 4). Freiwillige Gerichtsbarkeit ist die Tätigkeit der Staatsgewalt zwecks Gestaltung, nicht zwecks Aufrechterhaltung der konkreten Privatrechtsordnung. Freilich befinden sich im FGG. Verfahrensarten oder Teile von solchen, die andere Zwecke als die Ausgestaltung der konkreten Privatrechtsordnung verfolgen; das beweist aber nur, daß im FGG. auch Gegenstände geregelt sind, die ihre Regelung in einem

der Prozeßgesetze oder in einem eigenen Gesetze hätten finden können, spricht aber nicht gegen obige Begriffsbestimmung. Durchaus das gleiche gilt von der GBO.: sie regelt Gegenstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit; das Eintragungsverfahren ist aber Vollstreckungsverfahren, soweit in Betracht kommt z. B. die Zwangshypothek, die Pfändung von Liegenschaftsrechten, der Berichtigungseintrag (§ 14 GBO.), die auf einstweiliger Verfügung beruhenden Vormerkungen, Widersprüche und Verfügungsbeschränkungen, Eintragungen im Zwangsvollstreckungs- und Zwangsverwaltungsverfahren. Ausführliche Erörterungen zu § 894 ZPO.

2. KG. v. 5. 11. 15, KGJ. 48, 3. Ist auf Grund einer bei dem Amtsgerichte gemäß Art. 102 PrFGG. verwahrten vollstreckbaren notariellen Urkunde die Vollstreckungsklausel erteilt worden, so entscheidet über die Einwendungen, die gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel erhoben werden, das im § 797 Abs. 3 ZPO. genannte Gericht nach den Vorschriften der ZPO. Gegen dessen Entscheidung ist nur die sofortige und die sofortige weitere Beschwerde gemäß §§ 795, 732, 793 ZPO. gegeben. Das KG. ist zur Entscheidung nicht zuständig.

3. Josef, WürttZ. 16, 305. Das BGB. gebraucht den Ausdruck „Verlangen" stets nur im Sinne eines dem einen Beteiligten gegen den anderen zustehenden privatrechtlichen, also im Prozeßwege zu verfolgenden Anspruchs. Wo dagegen das BGB. einem Beteiligten den öffentlich-rechtlichen Anspruch auf eine Tätigkeit der Behörde im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewähren will, spricht das BGB. von „Antrag". Folglich will z. B. der § 2314 Satz 3 dem Pflichtteilsberechtigten nicht den öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen die Behörde geben, daß diese ihre Tätigkeit zwecks Aufnahme des Verzeichnisses entfalte, sondern nur den privatrechtlichen Anspruch gegen den Erben, daß dieser als der alleinige Antragsberechtigte die Tätigkeit der Behörde anrufe.

IV. Anwendung von Vorschriften des GVG., der ZPO. und des BGB. auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (JDR. 11 unter 3, 14 unter VII).

1. Über richterliche Unabhängigkeit vgl. oben Ziff. 1 zu § 1 GVG.

2. Widerruf von Geständnissen, s. zu § 12 unter I 1.

3. Einfluß des Irrtums, a) KG. v. 9. 4. 14 vgl. JDR. 14 zu §§ 1785 ff. BGB.

b) Josef, DRZ. 16, 642. Werden im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Erklärungen rechtsgeschäftlichen Inhalts abgegeben (so bei der Auseinandersetzung, bei Eintragungsgrundlagen), so finden auf ihre Anfechtung wegen Irrtums die §§ 119 ff. BGB. Anwendung. Dagegen finden diese Vorschriften auf Erklärungen, die lediglich Verfahrenshandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind, nicht direkte, sondern nur entsprechende Anwendung insoweit, als aus § 119 der Begriff des Irrtums entnommen werden muß, d. h. für Verfahrenshandlungen ist nur ein Irrtum maßgebend, der einem der im § 119 behandelten Tatbestände entspricht. Danach ist die Anfechtung der Rücknahmeerklärung der Beschwerde erheblich, wenn der Beteiligte (sein Vertreter) bei der Abgabe der Erklärung über deren Inhalt im Irrtume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte. Die Wirkung des Irrtums kann, da eine der zivilrechtlichen Anfechtung entsprechende Regelung im Verfahrensrechte fehlt, nur die Nichtigkeit der Verfahrenshandlung sein. Danach ist ein Irrtum im Bewegungsgrunde, der eine Verfahrenshandlung (z. B. die Rücknahme eines Antrags, die Übernahme einer Vormundschaft) veranlaßt hat, unbeachtlich. Hat dagegen der Beschwerdeführer die Rücknahme der Beschwerde erklärt und behauptet er sodann, daß er diese Erklärung gar nicht habe abgeben wollen (z. B. eine Verwechselung oder ein Schreibfehler vorliege), so findet der § 119 dahin entsprechende Anwendung, daß die Rücknahmeerklärung als nichtig anzusehen ist. Das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat folglich die Richtigkeit der nachträglichen Behauptung zu prüfen und, wenn es sich von ihr überzeugt, über die Beschwerde so zu befinden, als ob sie niemals zurückgenommen wäre. In der freiwilligen Gerichtsbarkeit finden also, da es hier eine strenge Scheidung zwischen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes und des Verfahrensrechts und eine Rechtskraft im Sinne von Unabänderlichkeit nicht gibt, das Verfahren überhaupt nur dürftig geordnet ist, die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes auch auf Verfahrenshandlungen entsprechende Anwendung.

V. 1. Bindung des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit an rechtskräftige Urteile, s. zu § 12 unter V.

2. Bindung des Prozeßgerichts und anderer Behörden an Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (JDR. 14 unter VI 2, 13 unter 13). a) Josef, HoldheimsMSchr. 16, 100. Nach Eintragung des Erlöschens einer Aktiengesellschaft ist die neue Bestellung eines Liquidators nur zulässig, wenn sich nachträglich Vermögen herausstellt, über das mangels vorzeitiger Beendigung der Liquidation der Liquidator hätte verfügen müssen. Die Verfügung, durch die der Liquidator bestellt wird, ist bindend für das Prozeßgericht; vor diesem kann daher die Befugnis des Liquidators zur Vertretung der gelöschten Gesellschaft nicht bemängelt werden. Dagegen ist die Begründung jener Verfügung, nämlich die Feststellung über das Bestehen jener Forderung, für das Prozeßgericht nicht bindend.

b) **RG.**, RJA. 15, 28. Bindung des Erbschaftssteueramts an den Erbschein, s. zu § 20 unter III.4.

c) Hamburg 3. 7. 16, LeipzZ. 16, 1330, OLG. 33, 373, ZBlFG. 17, 313. Hat das Vormundschaftsgericht dem Pfleger eine Vergütung zugebilligt und klagt dieser sie gegen den Pflegling ein, so ist das Prozeßgericht an jene Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gebunden. Spricht das Prozeßgericht dem Pfleger die Vergütung zu und wird dies Urteil rechtskräftig, so kann dennoch auch noch jetzt der Pflegling gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts Beschwerde einlegen und das Beschwerdegericht jene Bewilligungsverfügung aufheben. Denn das Beschwerdegericht ist an das Urteil des Prozeßgericht nicht gebunden. S. Näheres zu § 12 unter V 1.

d) Josef, ZBlFG. 17, 281. Stets erhält der Anspruch des Kindes, wenn das Vormundschaftsgericht die im § 1612 Abs. 2 Satz 2 vorgesehene Änderung der Unterhaltsbestimmung ausspricht, „fundatam intentionem". Denn mit dieser Entscheidung des Vormundschaftsgerichts steht für das Prozeßgericht bindend fest, daß dem Kinde der Anspruch auf die Geldrente zusteht.

e) Bettsak, AÖffR. 35, 382. Die Bestellung des Vormundes ist ein einseitiger Staatsakt (ein amtlich publizistisches Rechtsgeschäft); sie setzt den Vormund in das vormundliche Amt ein, das Gesetz überträgt ihm die mit dem Amte verbundenen Rechte. Die Bestellung ist also kein Vertrag; gleichwohl bleibt die Bestellung fehlerhaft, wenn der Vormund sich nicht rechtswirksam beteiligen konnte, insbesondere wenn seiner Zustimmung der Mangel der Geschäftsfähigkeit anhaftet; daher kann der Entmündigte oder Geschäftsunfähige nicht zum Vormunde bestellt werden. Die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts darf ferner nicht auf Dinge gerichtet sein, die ihrer Natur nach niemals Objekte der staatlichen Gewalt sein können. Dahin gehört die Bestellung eines Vormundes für einen toten Mündel. Der staatliche Bestellungsakt ist aber nicht deshalb nichtig, weil die Zustimmungserklärung des Vormundes gegen die guten Sitten oder das Gesetz verstößt, z. B. der Vormund weiß, daß der Mündel volljährig war. Materiell ungerechtfertigt oder ungesetzlich ist die Vormundsbestellung wie jede gerichtliche Verfügung, wenn sie mit der in Wirklichkeit bestehenden Rechtslage in Widerspruch steht, z. B. das Vormundschaftsgericht ordnet über den bevormundungsbedürftigen Anton Müller die Vormundschaft an; bei der Abnahme des Handschlags verpflichtet der Richter den Vormund zu treuer Fürsorge für den volljährigen August Müller (Mangel des Erklärungswillens), und so lautet auch die Bestallung. Überhaupt kann der Mangel im Denken, Wollen und in der Erklärung sowohl des handelnden Richters wie auch des bei der Bestellung mitwirkenden Vormundes die Ursache einer verfahrensgemäßen, aber materiell ungerechtfertigten, d. i. ungesetzlichen Vormundsbestellung für einen nicht Vormundschaftsbedürftigen sein. — Während nun das Privatrecht von dem Grundsatze beherrscht wird, daß das mangelhafte Rechtsgeschäft nichtig ist, bewirkt im öffentlichen Rechte umgekehrt die Mangelhaftigkeit des Geschäfts nicht die Nichtigkeit; die gesetzwidrige Bestellung eines Vormundes für einen Nichtbevormundungsbedürftigen begründet also keine Nichtigkeit. Denn das öffentliche Recht duldet keine Schwebezustände, und der Staatsakt erfordert seine Vollstreckung; es bedarf also einer besonderen

Gesetzesbestimmung, falls die Gesetzeswidrigkeit Nichtigkeit zur Folge haben soll. Was für den Fall der Beendigung wegen Wegfalls der gesetzlichen Voraussetzungen gilt (§§ 1893, 1682), muß billigerweise auch Rechtens sein, wenn es mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen zu einer Amtsantretung des Vormundes nicht kommen konnte (1882). Die Macht zu eigenem rechtsgeschäftlichen Handeln wird aber dem Bevormundeten durch das Vorhandensein eines gültig, wenn auch ungesetzlich bestellten Vormundes nicht genommen, wenn er sie nur zuvor besaß.

f) Josef, ZBlFG. 17, 281. α. Ist die Vormundschaft, z. B. durch den Tod des Mündels, beendigt und hat nach diesem Zeitpunkte der Vormundschaftsrichter zu einer Rechtshandlung des Vormundes die Genehmigung erteilt, so ist diese Verfügung rechtswirksam. Denn zwar unterliegt die Rechtmäßigkeit der vom Vormundschaftsgericht erlassenen Verfügungen grundsätzlich der Nachprüfung des Prozeßgerichts dahin, ob die materiellen Voraussetzungen vorhanden waren, an deren Vorhandensein das Gesetz die Berechtigung des Vormundschaftsgerichts zum Erlasse der Verfügung knüpft. Aber das Gesetz läßt im Interesse der Rechtssicherheit über die Frage, ob die Sach- und Rechtslage, bei deren Vorhandensein es dem Richter eine gewisse Handlung befiehlt oder erlaubt, im Einzelfalle gegeben sei, das Ergebnis der Ermittlungs- und Erwägungstätigkeit des Richters als maßgebend gelten, d. h. die Verfügung ist rechtswirksam, auch wenn die Voraussetzungen, an deren Vorhandensein das Gesetz die Befugnis des Richters zum Erlasse der Verfügung knüpft, in Wahrheit nicht vorhanden waren. Dieser Grundsatz muß hier um so mehr gelten, weil nach den §§ 1893, 1895 der Vormund und der Gegenvormund auch nach des Mündels Tode zur Fortführung der Geschäfte berechtigt und verpflichtet sind und der Gesetzgeber hiermit zum Ausdrucke bringt, die Beendigung der Vormundschaft solle nicht in der Art zwingende Wirkung haben, daß hiermit jede Amtshandlung des Vormundschaftsgerichts unwirksam würde. β. Jene Genehmigungsverfügung ist wirksam auch dann, wenn der Richter vom Tode des Mündels Kenntnis hatte. Denn jene Verfügung fällt unter § 32 FGG.; dieser aber unterscheidet in der gedachten Richtung nicht, und es liegt ihm der Rechtsgedanke zugrunde, daß eine Verfügung des im § 32 bezeichneten Inhalts allgemein und nach allen Richtungen als rechtserzeugend wirken soll, so daß folglich auch dem Prozeßgerichte keine Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Verfügung zusteht. Derselbe Rechtsgedanke liegt dem § 55 zugrunde, so daß also, wenn der Vormund einem Dritten von der Genehmigungsverfügung Mitteilung gemacht hat, ihre Begründetheit dem Dritten gegenüber jeder Anzweiflung entrückt ist und auch das Prozeßgericht jene Verfügung als rechtmäßig ergangen anzusehen hat. γ. Wie nach den Ausführungen zu α das Fortleben des Mündels nicht zwingende Voraussetzung der Rechtswirksamkeit von Handlungen des bestellten Vormundes und des Vormundschaftsgerichts ist, so gilt das gleiche, wenn bei Anordnung der Vormundschaft oder Pflegschaft der Mündel oder Pflegling nicht mehr am Leben ist. Die vom Pfleger in solchem Falle bei der Auseinandersetzung abgegebenen Erklärungen sind danach für den an Stelle des vorverstorbenen Mündels berufenen wahren Erben verbindlich. Auch in diesem Falle erlangt also der Vormund oder Pfleger die Rechtsstellung eines solchen, und es finden auf seine Handlungen die §§ 32, 55 FGG. Anwendung, während das Gegenteil gilt, wenn der Bestellte zu den im § 1780 Bezeichneten gehört.

VI. Wohlwollende Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten. 1. Rostock 3. 8. 15, OLG. 32, 24. Das Vormundschaftsgericht hat die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts abzulehnen, wenn dessen Nichtigkeit offensichtlich ist. Bestehen dagegen nur Zweifel an der Wirksamkeit, so ist die Genehmigung auszusprechen; denn wenn die Möglichkeit der Gültigkeit besteht, so darf das Gericht nicht durch Versagung der Genehmigung die Interessen des Mündels gefährden.

2. KG. 30. 6. 16, JW. 16, 1139 (1141). Ist das im Felde vom Kriegsgerichtsrat aufgenommene Protokoll ungültig wegen Formverletzung, so widerspricht es der Aufgabe des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn er den Antrag der Beteiligten auf Erteilung einer Ausfertigung schlechthin ablehnen wollte; er muß ihnen vielmehr Gelegenheit

geben, das ungültige Protokoll als bloße beglaubigte Erklärung anzusehen und in geeigneter Weise ihren Antrag zu ändern.

3. Josef, DRZ. 16, 211. Während die streitige Gerichtsbarkeit die Mitwirkung der Gerichte zur Aufrechthaltung der bestehenden Rechtsordnung, somit zur Feststellung und zum Schutze bestehender Privatrechte zum Gegenstande hat, haben die Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit mitzuwirken bei Gestaltung der Privatrechtsordnung, bei Begründung, Fortentwicklung und Veränderung von Privatrechtsverhältnissen; und diese Tätigkeit haben sie so einzurichten, daß sie zur tunlichsten Förderung der Interessen der Beteiligten gereicht. Ausführliche Nachweise aus Rechtsprechung und Rechtslehre.

4. Josef, ZBlFG. 17, 281. Befindet sich das unerwachsene Kind ohne die Fähigkeit der Selbstbestimmung unter der Zucht der vom Vater getrennt lebenden Mutter und bestimmt der Vater dennoch gemäß § 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB., daß das Kind den Unterhalt im Hause des Vaters erhalten solle, so wird eine solche Bestimmung zwar vom Prozeßgericht als unwirksam angesehen werden. Nichtsdestoweniger darf das Vormundschaftsgericht den Antrag, jene Bestimmung auf Grund des Satzes 2 ebenda zu ändern, nicht ablehnen. Denn die ändernde Verfügung des Vormundschaftsgerichts begründet für das Kind einen selbständigen Anspruch auf die Geldrente. Die Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit dürfen aber ihre von den Beteiligten in Anspruch genommene Tätigkeit nur dann ablehnen, wenn deren Entbehrlichkeit oder Nutzlosigkeit zweifellos ist, nicht aber auch wenn lediglich zweifelhaft ist, ob die verlangte Tätigkeit durchaus erforderlich sein werde, und am wenigsten dann, wenn in solchem Falle durch die Vornahme der Amtshandlung die Rechtslage des schutzbedürftigen Beteiligten verbessert würde.

VII. Selbständigkeit der Rechtsfindung und Schadensersatzpflicht des Richters. 1. Marcus, DRZ. 14, 578. Die Nichtbeachtung (Unkenntnis) höchstrichterlicher Rechtssprüche kann grundsätzlich nicht zur Schuldhaftung gestempelt werden; für Abweichung von jener ist dies noch energischer abzulehnen. Denn es kann nicht zugegeben werden, daß der Freiheit des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit engere Grenzen gezogen sind als der des Spruchrichters. Vielmehr ist er freier gestellt; entsprechend der Vielgestaltigkeit seiner Aufgaben hat er den Lebensverhältnissen gegenüber schöpferisch vorzugehen. Das alles verträgt keinen „Präjudizienkultus". — Dagegen

2. Josef, DRZ. 16, 211. Die Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit stehen den Entscheidungen der Obergerichte grundsätzlich ebenso selbständig gegenüber wie das Prozeßgericht; nach dem Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann aber jene grundsätzliche Selbständigkeit gegenüber der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht ausnahmslos gelten. Die freiwillige Gerichtsbarkeit ist so zu handhaben, daß sie zur tunlichsten Förderung der Interessen der Beteiligten gereicht. Die Beteiligten müssen sich bei ihren wirtschaftlichen Maßnahmen darauf verlassen können, daß der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht in wichtigen Fragen bewußterweise abweichen werde von der Rechtsprechung des RG., ganz besonders von der Gesetzesauslegung, die in ständiger und unbestrittener Rechtsprechung als die richtige gilt. Tut er es dennoch, so verletzt er seine Amtspflicht und macht sich schadensersatzpflichtig. — Im übrigen wie JDR. 7 unter 4, mit ausführlichen neuen Rechtsprechungsnachweisen.

VIII. Preußisches Landesrecht. 1. Lurje, ZBlFG. 16, 331. Der bloße Pflichtteilsberechtigte kann vom Gerichte die Aufnahme einer Taxe des Grundstücks zwecks Auseinandersetzung gemäß PrAGO. II 6 verlangen. — Dagegen

2. Josef, ZBlFG. 17, 178. Die AGO. regelt hier das vom Richter bei Aufnahme der Taxe sowie zu deren Vorbereitung zu beobachtende Verfahren, dessen Zweck nach § 8 Abs. 1 a. E. die Ermittlung einer „wahren und richtigen Bestimmung des Wertes" ist. Dagegen enthalten jene Vorschriften nichts darüber, wer berechtigt ist, den Antrag auf jenes gerichtliche Verfahren zu stellen. Der § 1 gibt vielmehr — und zwar nur beispielsweise — lediglich den äußeren Anlaß an, der zu dem Antrag auf die gerichtliche Tätigkeit geführt hat. Dennoch ist die Ansicht, daß jeder, der an der Beschaffung der gerichtlichen Taxe ein

berechtigtes Interesse hat, wie z. B. der Pflichtteilsberechtigte, die Aufnahme zu beantragen berechtigt sei, abzulehnen; denn die folgenden Vorschriften weisen darauf hin, daß die Antragsberechtigung strengeren Voraussetzungen unterliegt: den Taxatoren müssen die abzuschätzenden Sachen gehörig vorgewiesen werden, und das Taxationsprotokoll muß deren genaue Beschreibung (also besonders die des abzuschätzenden Grundstücks) enthalten; §§ 8 Nr. 3, 12. Nun kann aber die Vorzeigung der Sachen (mögen dies Grundstücke oder Schiffe oder Fahrnis sein, §§ 12 ff., 18, 19) nur durch den Eigentümer (die mehreren Miteigentümer) sowie durch denjenigen erfolgen, dem gesetzlich die Verwaltung der abzuschätzenden Sache zusteht. Nur diese sind berechtigt, den in jenen Vorschriften vorausgesetzten Aufenthalt der Gerichtsbehörde und der Taxatoren auf dem abzuschätzenden Grundstücke zu gestatten. Danach sind antragsberechtigt der Ehemann der Eigentümerin, sowohl im Falle des gesetzlichen Güterrechts (Verwaltung, § 1363) wie bei Gütergemeinschaft (§ 1443), der Testamentsvollstrecker, der Konkursverwalter. Nicht aber sind antragsberechtigt diejenigen, die nur ein rechtliches Interesse an der Taxaufnahme haben, wie der Gläubiger des Eigentümers, oder der, der mit diesem in Geschäftsverbindung treten will, folglich auch nicht der bloße Pflichtteilsberechtigte (§ 2304).

3. KG. 3. 3. 16, JW. 16, 768, ZBlFG. 17, 39. Liegt ein Gesuch um Befreiung von der zehnmonatigen Wartezeit (§ 1313) vor, so hat das AG. in Ausübung des ihm durch § 1322 und Art. 11 PrVO. v. 16. 11. 99 übertragenen Staatshoheitsrechts zu prüfen (§ 12 FGG.), ob Anlaß zur Befreiung vorliegt. Gegen die Entscheidung Beschwerde und weitere Beschwerde gemäß Artt. 3 ff. PrFGG. Vgl. auch Ziff. 1 zu § 1312 BGB.

4. Breslau 24. 1. 16, LeipzZ. 16, 703. Die Befreiung von dem Ehehindernisse des Ehebruchs ist ein Gnadenrecht (§ 1322), dessen Ausübung dem Justizminister übertragen ist. Wenn dieser auf Grund seiner Befugnis hierzu die Landgerichte ermächtigt hat, auf bei ihnen eingereichte Gesuche den Gesuchsteller ablehnend zu bescheiden, so bleibt der so ergehende Beschluß des LG. ein Akt reiner Justizverwaltung, folglich nur angreifbar durch Angehung des Justizministers, nicht durch Beschwerde an das OLG.

5. Josef, ZBlFG. 17, 294. Steht in einem Bundesstaate die Befreiung von Ehehindernissen oder von dem zur Annahme an Kindes Statt erforderlichen Alter (§§ 1744, 1745) oder die Ehelichkeitserklärung (§ 1723) dem Justizminister zu, und beauftragt dieser im Falle des § 1312 (beim Ehehindernisse des Ehebruchs) das Ehescheidungsgericht oder im Falle des § 1303 (beim Ehehindernisse der Eheunmündigkeit) sowie im Falle des § 1723 das AG. mit der Vorbereitung der Entscheidung oder auch mit der Bescheidung des Gesuchstellers, so waltet das so beauftragte Gericht lediglich in Vertretung des Justizministers, also nur als Organ der Justizverwaltung ob. Es genießt daher in solchem Falle auch nicht die richterliche Unabhängkeit, ist vielmehr den Weisungen des Justizministers, als der delegierenden Justizverwaltungsbehörde, zu folgen verpflichtet. Da die Tätigkeit der Justizverwaltung durch keine gesetzlichen Vorschriften geregelt ist, so finden auf eine solche Tätigkeit des Gerichts insbesondere die Vorschriften der ZPO. und des FGG. keine Anwendung und zur Beseitigung der von den Gerichten in Vertretung des Justizministers ergangenen Entscheidungen nicht das Rechtsmittel der Beschwerde statt; der Gesuchsteller muß sich vielmehr zur Beseitigung solcher Entschließungen der Gerichtsbehörden an den Justizminister wenden. Dagegen ist in Preußen die Befre ung von dem Ehehindernisse der Wartezeit (§ 1313) nicht dem Justizminister, also nicht der Justizverwaltungsbehörde, sondern kraft Gesetzes (der diesem gleichstehenden Kgl. VO.) dem AG., also einer Gerichtsbehörde unmittelbar übertragen, und ohne daß hierbei diese Tätigkeit rechtlich gekennzeichnet und die auf sie anzuwendenden Vorschriften bestimmt sind. Eines wie das andere hat dann das Gericht nach dem Zwecke der ihm übertragenen Tätigkeit zu ermitteln und danach die Tätigkeit bei Befreiung von dem Ehehindernisse der Wartezeit als eine durch Landesgesetz übertragene Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzusehen.

6. Vgl. oben III 2 (Vollstreckungsklausel durch das verwahrende AG.).

§ 2.

Schrifttum: Josef, Vertretung bei rechtsgeschäftlichen Beurkundungen, insbesondere bei der Vaterschaftsanerkennung, AZivPr. 114, 399. — Derselbe, Rechtshilfe und Beschwerderecht bei gerichtlicher Erbauseinandersetzung, BayNotV. 16, 241. — Derselbe, Ersuchen um Herbeiführung des Widerrufs einer eidesstattlichen Versicherung, HessRspr. 16, 220. — Derselbe, Ersuchen um Abnahme des Offenbarungseids, HessRspr. 16, 223.

I. Allgemein. Dresden 20. 3. 16, LeipzZ. 16, 1068. Waltet keine Gefahr im Verzuge vor, so folgt aus § 167 GVG., daß der nicht zuständige Richter, der eine Amtshandlung in dem Bezirk eines anderen Gerichts vornehmen will, zunächst die Zustimmung des Gerichts sich zu verschaffen hat. Daß bei § 167 es sich nur um einen Justizverwaltungsakt handelt, ergibt sich aus dem Gesetze nicht mit Sicherheit. Danach kommt beim Vorliegen des § 167 Rechtshilfe in Frage, zwar nicht im Sinne der §§ 157 ff. a. a. O., vielmehr eine besonders geartete Rechtshilfe. Ist dies aber der Fall, so kommt unmöglich eine Dienstaufsichtsbeschwerde, durch die das Gericht angewiesen werden kann, dem Ersuchen zu entsprechen, in Frage, sondern lediglich und allein die Beschwerde an das OLG. gemäß § 160 GVG. — Ebenso ein Ungenannter, DRZ. 16, 510.

II. Vormundschaftssachen (JDR. 13 unter II 1). 1. **RG.** 23. 12. 15; 87, 426, JW. 16, 429, LeipzZ. 16, 1472, R. 16 Nr. 552, ZBlFG. 17, 39. Das Ersuchen eines Vormundschaftsgerichts an ein anderes AG., einen Minderjährigen über die Anerkennung einer außerehelichen Vaterschaft und die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen etwaiger Unterhaltszahlungen zu vernehmen, ist abzulehnen, wenn dem ersuchten Gerichte nicht nachgewiesen wird, daß der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen seine Zustimmung zu den von diesem abzugebenden Erklärungen erteilt hat. Zulässig ist hingegen ein Rechtshilfeersuchen, wenn es sich lediglich um die Beurkundung rein tatsächlicher Angaben des Minderjährigen über die Abstammung des Kindes handelt. — Dagegen

2. Josef, AZivPr. 114, 399 (in teilweiser Änderung der früheren Ansicht, JDR. 13 unter II 1). Die Vaterschaftsanerkennung und ebenso die Unterhaltsverpflichtung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft im Sinne des § 111, zu dem der Minderjährige der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf; ohne letztere ist diese Erklärung des Minderjährigen nach Satz 1 unwirksam, nichtig, so daß sie auch nicht einmal durch nachträgliche Genehmigung des Vaters wirksam werden kann. Aber dessenungeachtet darf das AG. nicht auf Grund des Art. 40 Abs. 2 PrFGG. die Beurkundung ablehnen; denn (trotz der entgegengesetzten Angabe des Minderjährigen) ist die Möglichkeit doch vorhanden, daß der Vormund dem Mündel vorher die Einwilligung zur Abgabe der verlangten Erklärungen erteilt hat, so daß diese also nicht „offenbar" ungültig gewesen wären. Dagegen ist das Ersuchen um Beurkundung der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung allerdings abzulehnen. Denn wenn nicht der Vormund zu gleicher Zeit mit dem Mündel zu gerichtlichem Protokolle diese Unterwerfungserklärung des Mündels genehmigt hat, so liegt nicht klar, daß die Erklärung des Mündels mit Genehmigung des Vormundes abgegeben ist, und es kann folglich nach § 111 Satz 1 auf Grund der lediglich vom Mündel abgegebenen Unterwerfungserklärung, selbst wenn der Vormund sie nachträglich gerichtlich genehmigt, keinesfalls eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden. Die Erklärung, durch die der Mündel ohne Mitwirkung des Vormundes sich der Zwangsvollstreckung unterwirft, wäre also offenbar unwirksam, und die Beurkundung derartiger Erklärungen hat das Gericht abzulehnen.

III. Nachlaßsachen. 1. Josef, BayNotV. 16, 241 (gegen Bourier, JDR. 14 unter III 2). Wohnen sämtliche Beteiligte im Bezirke des ersuchten Gerichts, so kann dieses das Ersuchen des Nachlaßgerichts um Abhaltung des Auseinandersetzungs-(Verhandlungs-)Termins (§ 89 FGG.), also um Vorladung der Beteiligten und Beurkundung ihrer Erklärungen, nicht ablehnen. Da in diesem Falle der Verhandlungstermin vor dem Nachlaßgericht eine Erschwerung für die Beteiligten wäre, diese aber ein Recht darauf haben, daß die Amtspflicht des Nachlaßgerichts zur Abhaltung des Verhandlungstermins in einer

sachgemäßen, ihre Interessen berücksichtigenden Weise erledigt werde, so steht jedem Beteiligten gegen die Verfügung, durch die der Verhandlungstermin vor dem Nachlaßgericht anberaumt wird, die Beschwerde zu, und das Nachlaßgericht ist anzuweisen, im Wege der Rechtshilfe die Tätigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk sämtliche Beteiligte wohnen, um Abhaltung des Termins in Anspruch zu nehmen. — Insoweit dagegen dem Nachlaßgericht eine Amtspflicht zur Herbeiführung jenes Erfolges nicht obliegt, die Tätigkeit des Nachlaßgerichts sich vielmehr nur als Entgegenkommen und Gefälligkeit gegen die Beteiligten darstellen würde, können die Beteiligten eine solche Tätigkeit nicht im Beschwerdeweg erzwingen. Daher ist der Verhandlungstermin z. B. vor dem Nachlaßgericht anzuberaumen, wenn zwar keiner der Beteiligten im Bezirke des Nachlaßgerichts wohnhaft ist, sie aber auch nicht sämtlich im Bezirke desselben auswärtigen Gerichts wohnhaft sind, eine Abhaltung des Termins durch dasselbe ersuchte Gericht daher nicht angängig ist. Die Beteiligten haben keinen Anspruch darauf, daß das Nachlaßgericht, um eine Auseinandersetzung mit der Wirkung eines bloßen Vertrags herbeizuführen, die Hilfe auswärtiger Gerichte in Anspruch nehme. Ebenso ist es ein bloßes Entgegenkommen, wenn das Nachlaßgericht in einem Falle, wo der Erbe der Ladung zum Verhandlungstermine Folge zu leisten verpflichtet war, aber ausgeblieben ist, zunächst von der Einleitung des Versäumnisverfahrens (§§ 91 Abs. 3, 93 Abs. 2) absieht und vorerst ein anderes Gericht ersucht, den Ausgebliebenen mit der nachträglichen Beitrittserklärung zu vernehmen.

2. Josef, HessRspr. 16, 220 (gegen Karlsruhe, JDR. 14 unter 4). Ist im Verfahren der Erbscheinerteilung eine unrichtige eidesstattliche Versicherung abgegeben, so steht es im Ermessen des Nachlaßgerichts, den Erben nochmals zu hören, um ihm den Widerruf der Versicherung zu ermöglichen und um diese auch formell aus der Welt zu schaffen. Es kann, um die Abhörung zu bewirken, auch die Rechtshilfe eines anderen Gerichts in Anspruch nehmen. Dieses kann das Ersuchen nicht ablehnen, weil dem Erben durch seine Abhörung zugleich Gelegenheit gegeben werden soll, sich vor Bestrafung zu schützen (§ 163 Abs. 2 StGB.). Verfolgt dagegen das Nachlaßgericht mit der Abhörung nur diesen letzteren Zweck, so liegt ein Ersuchen um Rechtshilfe nicht vor, weil die Erreichung eines solchen Zweckes außerhalb der dem Nachlaßgericht obliegenden Amtstätigkeit liegt.

3. Josef, HessRspr. 16, 223 (gegen München, JDR. 14 unter 3). Nach dem gemäß § 2 FGG. auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit anwendbaren § 159 GVG. kann das Ersuchen nur abgelehnt werden wegen örtlicher Unzuständigkeit oder Verbotswidrigkeit der Amtshandlung. Dagegen begründet der bloße Umstand, daß das ersuchende Gericht die Amtshandlung ebenso gut vornehmen kann wie das ersuchte Gericht, nicht die Ablehnung des Ersuchens. Ersucht also das Nachlaßgericht ein AG., dem Erben den Offenbarungseid des § 2006 BGB. abzunehmen, so ist dem Ersuchen stattzugeben, auch wenn das ersuchte Gericht vermeint, daß der im Bezirk aufhaltsame Erbe nicht in großer Entfernung vom Sitze des Nachlaßgerichts sich aufhalte, die Voraussetzung des nach § 15 FGG. anwendbaren § 479 ZPO. danach nicht vorhanden sei.

IV. (Badisches Landesrecht.) Karlsruhe 26. 4. 16, BadJMBl. 16, 57. Auf die im § 46 BadRPolizeiG. v. 17. 6. 99 bezeichneten Verrichtungen der Notariate findet die Rechtshilfepflicht aus § 2 nicht Anwendung. Nach jener Vorschrift hat das Nachlaßgericht, wenn bei einem Nachlasse Geschäftsbeschränkte oder Abwesende beteiligt sind, grundsätzlich (also sofern nicht besondere Verhältnisse eine Abweichung rechtfertigen) Sicherungsmaßregeln, insbesondere die Verzeichnung anzuordnen, auch wenn die Voraussetzungen des § 1960 Abs. 1 nicht vorhanden sind, insbesondere also auch, wenn die Erben die Erbschaft bereits angenommen haben. Nun bezieht sich § 2 FGG. nur auf Angelegenheiten, die durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind; zu diesen gehören aber die vorbezeichneten Sicherungsmaßregeln nicht. Denn sie sind nicht den Gerichten, sondern den Notariaten zugewiesen; es findet daher auch § 194 Abs. 1 FGG. hier keine Anwendung und gegen die Versagung der Rechtshilfe nur die Dienstaufsichtsbeschwerde statt.

§ 4.

BayObLG. 30. 10. 16, BayRpflZ. 16, 292, R. 16 Nr. 2133, 2134. Beurkundung einer Vaterschaftsanerkennung und Unterhaltszusage auf Meldung der Beteiligten fällt nicht unter § 4; denn in der Entgegennahme dieser Erklärung ist nicht eine Tätigkeit als Vormundschaftsgericht, sondern als Beurkundungsgericht zu erblicken. Für ein unzuständiges Gericht kommt § 4 nicht in Betracht.

§ 5.

1. BayObLG. 24. 2. 16, R. 16 Nr. 997, ZBlFG. 17, 38. Soll die Zuständigkeit für eine einzelne vormundschaftsgerichtliche Maßnahme (z. B. nach Art. 23 EG. bezüglich eines Ausländers) bestimmt werden, so muß ersichtlich sein, welche Maßnahme beabsichtigt ist. Die Bestimmung des zuständigen Vormundschaftsgerichts ist daher so lange nicht möglich und zu ihr kein Anlaß, als nicht das mit der Angelegenheit zunächst befaßte Gericht die ihm nach § 12 FGG. von Amts wegen obliegenden Ermittlungen veranstaltet, namentlich also die für die Feststellung der örtlichen Zuständigkeit im allgemeinen maßgebenden Verhältnisse und insbesondere die Frage klarlegt, ob der Auslandsstaat die Fürsorge übernimmt, und dartut, welche Maßnahmen (z. B. Vormundschaftsanordnung) dem Gerichte, das als das zuständige bestimmt werden soll, obliegen sollen (JDR. 14 unter 1). — Dagegen

2. Hamburg 8. 5. 16, OLG. 33, 4, ZBlFG. 17, 145. Besteht ein Streit über die Zuständigkeit, so kann das obere Gericht die Entscheidung (Bestimmung des zuständigen Gerichts) nicht deshalb ablehnen, weil der zu Bevormundende Ausländer ist, also von der Entschließung des Auslandsstaats abhängt, ob überhaupt eine Vormundschaft anzuordnen ist (Art. 23 EG.). Diese Erwägungen anzustellen, ist Sache der ersten Instanz.

3. Nürnberg 17. 1. 16, BayRpflZ. 16, 297. Hat ein Gericht seine Zuständigkeit verneint und hat sodann die Sachlage sich geändert, so daß eine neue Entschließung dieses Gerichts erforderlich ist, ist also der nach jener Weigerung hervorgetretene Sachverhalt noch nicht geklärt, danach nicht ersichtlich, ob ein anderes Gericht jetzt noch in Betracht kommt, so besteht zur Zeit weder Streit noch Ungewißheit. Für die Bestimmung des zuständigen Gerichts ist also kein Raum.

4. BayObLG. 24. 2. 16, R. 16 Nr. 999, ZBlFG. 17, 38. Hat das Gericht die Vormundschaft einmal angeordnet, so ist sie bei ihm anhängig, selbst wenn das Gericht örtlich unzuständig sein sollte (§ 7); es kann sonach von da ab nicht mehr die Bestimmung des zuständigen Gerichts, sondern nur noch die Abgabe der Vormundschaft (§ 46) in Frage kommen. — Ebenso BayObLG. 13. 7. 16, R. 16 Nr. 1614, ZBlFG. 17, 313.

5. BayObLG. 7. 2. 16, BayRpflZ. 16, 183, OLG. 32, 413, R. 16 Nr. 998, ZBlFG. 17, 29. Auch in Bayern sind zur Bestimmung des zuständigen Gerichts die OLG., nicht das ObLG. zuständig, wenn gemeinschaftliches oberes Gericht das RG. wäre; denn diese Zuständigkeit ist für Bayern nirgends dem ObLG. übertragen (JDR. 9 vor 1).

6. Josef, HessRspr. 17, 59. Der § 5 setzt voraus einen Streit oder eine Ungewißheit darüber, welches der mehreren Gerichte zuständig ist, so daß also eines oder das andere zuständig ist; § 5 ist also unanwendbar, wenn von den streitenden Gerichten jedes Gericht neben dem anderen zuständig ist, nämlich ein jedes für die in seinem Bezirke befindlichen Nachlaßgegenstände.

7. Josef, JW. 16, 1105. Die Bestimmung des Gerichts durch das vorgesetzte Gericht findet nach § 5 Abs. 1 Satz 2 statt, wenn das zuständige Gericht in einem einzelnen Falle behindert ist; liegt aber allgemeine (Kriegs-) Behinderung vor, so ist es Sache der Justizverwaltung, (nötigenfalls im Wege der Gesetzgebung) für die Aufrechthaltung der Rechtspflege Vorsorge zu tragen, wie dies für Ostpreußen mehrfach geschehen ist.

§ 7.

Schrifttum: Josef, Die Unzuständigkeit des Vormundschaftsgerichts in ihrer Einwirkung auf die Beschwerde, MecklZ. 34, 398.

1. Josef, MecklZ. 34, 398. Der Beteiligte hat ein unbedingtes Recht darauf, daß bei Erledigung seiner Angelegenheit das Gericht die gesetzlichen Vorschriften über die Zu-

ständigkeit und die Ausschließung beobachtet, und dies Recht ist beeinträchtigt, selbst wenn die Verletzung jener Vorschriften auf die wirtschaftliche Rechtslage des Beteiligten keinen Einfluß hat, also wenn auch die Verfügung ganz nach dem Antrage des Beteiligten ergangen, eine für den Beschwerdeführer günstigere Änderung des Inhalts der Verfügung also undenkbar ist. Die Beschwerde bezweckt dann lediglich die Aufhebung der Verfügung, damit demnächst durch das zuständige Gericht oder durch einen nicht ausgeschlossenen Richter eine neue Verfügung desselben Inhalts erlassen werde (JDR. 11 unter 3).

2. BayObLG. 24. 2. 16, s. oben § 5 unter 4.

3. Josef, MecklZ. 34, 398 (gegen KGJ. 47, 14 u. 58, JDR. 14 unter 2). Ersieht das Beschwerdegericht, daß die angefochtene Verfügung von einem unzuständigen Gericht erlassen ist, so hat es, wie in allen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so auch in Vormundschaftssachen, sie aufzuheben, also nicht bloß die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen. Denn beeinträchtigt ist das Recht des Beschwerdeführers hier mindestens deshalb, weil die Entscheidung von einem anderen Gericht als dem gesetzlich berufenen erlassen ist. Das gilt für Verfügungen des Vormundschaftsgerichts jeder Art, also nicht bloß für die Anordnung von Pflegschaften sowie von Maßnahmen, die behufs Regelung des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern sowie zwischen Ehegatten erlassen werden, sondern auch für die Anordnung von Vormundschaften.

§ 12.

Schrifttum: Josef, Widerruf von Geständnissen im Ordnungsstrafverfahren, HoldheimsMSchr. 16, 54. — Derselbe, Irrtum und Mißverständnis der Beteiligten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DRZ. 16, 642. — Derselbe, Beweisaufnahme des Vormundschaftsgerichts zwecks Ermittlung des Erzeugers, HessRspr. 17, 78. — Derselbe, Unehelichkeit eines während der Ehe geborenen Kindes; Voraussetzungen für die Bestellung eines Vormundes, WürttZ. 15, 353. — Derselbe, Verzeichnung zur Sicherung und zur bloßen Klarstellung des Nachlasses, HessRspr. 17, 123. — Derselbe, Umfang der gerichtlichen Prüfungspflicht bei Wiederaufnahme der Liquidation, HoldheimsMSchr. 16, 100.

Inhaltsübersicht.

I. Allgemein. 1. Josef, HoldheimsMSchr. 16, 55, DRZ. 16, 642. Die Verpflichtung des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, von Amts wegen den Sachverhalt zu ermitteln, hat zur Folge, daß das Gericht die im Verfahren abgegebenen Erklärungen eines Beteiligten auch dann berücksichtigen muß, wenn sie im Widerspruche stehen mit seinen früheren Erklärungen; dem Beteiligten liegt also nicht der Nachweis ob, daß die letzteren durch Irrtum veranlaßt waren. Daher hat z. B. das Registergericht, wenn der Anmeldungspflichtige eine von ihm angemeldete Tatsache nachträglich als unrichtig bezeichnet, etwa durch Einholung amtlicher Auskünfte festzustellen, ob die später oder die früher angemeldete Tatsache der Wahrheit entspricht.

2. Anfechtung der Pflegschaftsübernahme wegen Irrtums s. zu § 1 unter IV 3.

3. a) KG. 25. 6. 15, ZBlFG. 17, 138. Die Feststellungen dürfen nicht auf unbeglaubigten Abschriften von Vernehmungen, Berichten und Äußerungen anderer Behörden beruhen.

b) Colmar 26. 1. 16, ElsLothJZ. 41, 207, ZBlFG. 17, 34. Das Gericht darf sich nicht ohne jede eigene Nachprüfung und Tätigkeit auf Ermittlungen privater Fürsorgevereine

und Abschriften von Vernehmungen stützen, von denen nicht aktenmäßig feststeht, vor wem sie erfolgt sind (JDR. 11 unter I 5, 6).

II. Vormundschaftssachen. 1. Josef, WürttZ. 15, 353 (gegen KG., RJA. 13, 165, JDR. 13 zu § 1591 BGB.). Nach dem Tode des Mannes kann wohl die Unehelichkeit des Kindes in bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis geltend gemacht werden, z. B. durch die Unterhaltsklage gegen den Erzeuger; auch kann jeder Dritte die Unehelichkeit des Kindes durch Klage geltend machen, wenn durch die Tatsache, daß das Kind als eheliches gilt, ein ihm zustehendes Recht verletzt wird. Das Kind behält aber die allgemeine Stellung eines ehelichen, steht also unter der elterlichen Gewalt der Mutter und wird von ihr in jenem Rechtsstreite gegen den Erzeuger oder des Dritten gegen das Kind vertreten. Folglich kann das Gericht keine Pflegschaft anordnen; liegt ihm aber eine Amtstätigkeit in dieser Richtung nicht ob, so kann es auch nicht über jenes streitige Rechtsverhältnis entscheiden (JDR. 11 unter II 6).

2. Ermittlung des unehelichen Erzeugers (JDR. 11, 1067 II 2). a) Rausnitz, JW. 16, 429. Es besteht das Recht und die Pflicht des Vormundschaftsrichters, zur Feststellung des unehelichen Vaters selbst Zeugen eidlich zu vernehmen. Der Vormundschaftsrichter ist der Vertreter des Staates, der Allgemeinheit dem Mündel gegenüber, und deshalb in erster Linie sein Schutzherr oder, wie ältere Rechte lebendig und packend sagten, sein Obervormund, der mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln neben und sogar über dem Vormunde für ihn zu sorgen befugt und verpflichtet sei. Er ist deshalb neben dem Vormunde zuständig, den Vater zu ermitteln und den widerwärtigen Unterhaltungsprozeß überflüssig zu machen. — Dagegen

b) Josef, HessRspr. 17, 78. Dem Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt niemals die Ermittlung eines Sachverhalts ob, der zur Vorbereitung eines Rechtsstreits dienen soll; gegenteils ergeben Vorschriften, wie die §§ 485, 488 ZPO., die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts der streitigen Gerichtsbarkeit für derartige Feststellungen. Daher kann das Vormundschaftsgericht, dem die Unterstützung des Vormundes bei der Ermittlung und Geltendmachung von Mündelansprüchen, insbesondere des Unterhaltsanspruchs gegen den Erzeuger zusteht, nicht förmliche Beweisaufnahmen zu diesem Behuf anordnen. Die Zulassung derartiger Beweisaufnahmen würde eine Verwirrung des Unterschieds zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit herbeiführen.

3. Webermann, BayRpflZ. 16, 338. Beantragt der Gläubiger Anordnung der Nachlaßpflegschaft aus § 1961, so kann das Gericht zwar Glaubhaftmachung verlangen; aber es ist nicht verpflichtet, den unvollständigen Antrag zurückzuweisen. Es wird vielmehr doch an der grundsätzlichen Vorschrift des § 12 festzuhalten haben und von Amts wegen Ermittlungen über die Berechtigung des Antragstellers (das Bestehen seiner Forderung) anstellen. (Dagegen Josef, JDR. 13 unter I2.)

4. KG. 16. 4. 15, OLG. 31, 402. Beantragt der Vater die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Verfügung über die Kindeshypothek, so braucht er nicht nachzuweisen, daß der Betrag zum Unterhalte des Kindes zu verwenden sei; das Gericht hat von Amts wegen vielmehr dieses zu ermitteln.

5. KG. 16. 4. 15, KGJ. 48, 8. Bei Regelung des Erziehungsrechts nach der Ehescheidung (§ 1635) kann das Vormundschaftsgericht auf Grund des § 12 eine Vertrauensperson als Pfleger (Helfer) bestellen, die das Kind im Sinne der Anschauungen des Erziehungsberechtigten überwacht.

6. Freymuth, ZBlFG. 17, 21. Das Vormundschaftsgericht hat die Vormundschaft aufzuheben, wenn es die Voraussetzungen der Legitimation des Mündels durch nachfolgende Ehe für vorhanden erachtet (§ 1883 Abs. 2). Hierbei ist es an Parteianträge und -vorbringen nicht gebunden, hat vielmehr von Amts wegen die Tatsachen festzustellen.

III. Nachlaßsachen. 1. Josef, HessRspr. 17, 123. Nimmt ein Dritter an den vom Beamten bei der Herstellung des Nachlaßverzeichnisses in der Sterbewohnung verzeichneten Sachen ein Recht (z. B. Eigentum oder ein Zurückbehaltungsrecht) in An-

spruch, so ist zur Entscheidung das Nachlaßgericht nicht berufen; denn der § 12 FGG. bestimmt nicht, daß das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit überall, wo ein Sachverhalt streitig ist, die richtige Sachlage festzustellen hat, vielmehr besteht die Pflicht nur, wenn und soweit dem Gericht eine Ermittlungspflicht obliegt; die Vertretung des Nachlasses im Rechtsverkehr, also die Feststellung der Rechte Dritter, liegt aber dem Nachlaßgerichte nicht ob. Der Dritte hat vielmehr seine Ansprüche gegen den Nachlaßpfleger oder den Erben geltend zu machen. Sachen, deren Nichtzuhörigkeit zum Nachlaß ohne weitere Ermittlung klar liegt, hat das Nachlaßgericht von der Verzeichnung oder Siegelung freizugeben; wer eine Freigabe aus diesem Grunde verlangt, hat zunächst beim Nachlaßgerichte vorstellig zu werden.

2. KG. 23. 9. 15, RJA. 15, 19. Materiellrechtlich hängt allerdings die Erteilung der Verfügungsbescheinigung aus § 16 ReichsschuldbuchG. von denselben Voraussetzungen ab wie nach § 2359ff. BGB. die Erteilung eines Erbscheins. Das Nachlaßgericht, das als solches auch derartige Schuldbuchzeugnisse zu erteilen hat, ist an diese Bestimmung des BGB. nicht gebunden und hat dabei nur die Vorschrift des § 12 FGG. zu beachten.

IV. Registersachen. 1. Josef, HoldheimsMSchr. 16, 100. Die bloße Möglichkeit, daß je nach dem Ausfall eines vom Antragsteller gegen die Gesellschaft zu erhebenden Anspruchs ein Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Liquidator entstehen könnte, rechtfertigt nicht die Wiederaufnahme der Liquidation. Ist diese beantragt (§ 302 Abs. 4 HGB.), so hat das AG. nach § 12 FGG. von Amts wegen, also unabhängig von den Anträgen der Beteiligten, zu prüfen, ob eine Forderung der Gesellschaft gegen einen Dritten besteht. Da von dem Ergebnisse dieser Prüfung nicht eine Leistungspflicht, sondern nur die Verfügung betreffs der Bestellung des Liquidators abhängt, so wird das Gericht seine Ermittlungen mehr nach Art einer „summarischen Kognition“ treffen, so daß es sogar auf Grund der Akten über einen noch schwebenden Prozeß das Bestehen einer rechtsbeständigen Gesellschaftsforderung annehmen kann.

2. Vgl. zu § 127 unter b (Aussetzung des Verfahrens) und zu § 132 unter 1 b (widersprechende Angaben).

V. Einwirkung des rechtskräftigen Urteils auf die Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (JDR. 14 unter VI). 1. Hamburg 3. 7. 16, LeipzZ. 16, 1330, JW. 16, 1550. Hat das Vormundschaftsgericht dem Vormund eine Vergütung bewilligt und hat das Prozeßgericht ihm den Betrag rechtskräftig zugesprochen, legt aber sodann erst der Mündel Beschwerde gegen jene Bewilligung ein und hebt das Beschwerdegericht die Bewilligungsverfügung auf, weil zur Bewilligung der Vergütung kein Anlaß bestanden habe, so kann die weitere Beschwerde des Vormundes keinen Erfolg haben. An dem Rechte der Beschwerde ist durch das Urteil des Prozeßgerichts nichts geändert worden; das Prozeßgericht ist gebunden gewesen an die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts, nicht aber das Beschwerdegericht an das Urteil des Prozeßgerichts. Vielmehr kann das Beschwerdegericht durch eine die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts abändernde Entscheidung dem Urteile des Prozeßgerichts den Boden entziehen und dem durch dieses verurteilten Schuldner (Mündel) die Möglichkeit geben, durch eine Klage aus § 767 ZPO. oder, falls er geleistet hat, durch eine Bereicherungsklage die Rechtslage zu seinen Gunsten zu ändern. (Josef, ABürgR. 32, 367, JDR. 7 zu § 1836 unter 1.)

2. a) Neukamp, GoldschmidtsZ. 78, 563. Ist die Anfechtungsklage des Aktionärs abgewiesen, so stellt dieses Urteil nicht nur fest, daß der Aktionär kein Anfechtungsrecht hatte; vielmehr ist eine solche Klage dahin gerichtet, festzustellen, daß der Generalversammlungsbeschluß ungültig oder nichtig ist. Weist nun das Urteil die Klage um deswillen ab, weil es den Beschluß für gültig hält, so ist damit zugleich positiv seine Gültigkeit festgestellt; dieses Urteil bindet auch den Registerrichter jedenfalls insoweit, als im Prozeß Ungültigkeitsgründe geltend gemacht worden sind. Nur wenn die Klage lediglich deshalb abgewiesen ist, weil sie nicht rechtzeitig erhoben war oder weil der Kläger seine Eigenschaft als Aktionär nicht nachweisen konnte, liegt eine Entscheidung über die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Beschlusses nicht vor. — Dagegen

b) Josef, HessRspr. 17, 62. Das Urteil, durch das die gemäß § 271 HGB. von einem Aktionär erhobene Anfechtungsklage abgewiesen ist, macht nach § 325 ZPO. Recht nur unter den Parteien; es verpflichtet nur den unterlegenen Aktionär, gegenüber der Gesellschaft die Rechtswirksamkeit des Beschlusses anzuerkennen. Dagegen begründet jenes Urteil nicht die gleiche Pflicht des Registergerichts, das vielmehr — wie jede Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit — selbständig die Rechtswirksamkeit des einzutragenden Beschlusses zu prüfen hat und in dieser seiner Pflicht nicht behindert werden kann durch Erklärungen der Beteiligten, die diese vor dem Prozeßgericht abgegeben haben und auf deren Grundlage das Urteil erlassen ist.

3. Vgl. zu §§ 69, 87, 127: Wirkung der Verweisung auf den Rechtsweg.

VI. Grundbuchsachen. KG. 14. 10. 15, KGJ. 48, 194, RJA. 15, 76, R. 16 Nr. 1987, ZBlFG. 17, 52. Im Falle eines Verfahrens aus § 54 GBO. ist der Grundbuchrichter berechtigt, die ihm zur Aufklärung des Sachverhalts erforderlich scheinenden Ermittlungen anzustellen, insbesondere auch Zeugen zu vernehmen. Daher ist bei Eintragung eines Widerspruchs von Amts wegen das Grundbuchamt behufs Aufklärung des Sachverhalts zu Ermittlungen verpflichtet. Die Aufnahme des § 12 FGG. ist mit Rücksicht auf das in der GBO. in dieser Beziehung selbst geregelte Antragsverfahren aus §§ 13, 29 GBO. unterblieben. Es ist ausdrücklich nicht gesagt, daß auch bei einem Verfahren von Amts wegen, insbesondere aus § 54 GBO., nicht nur § 12 FGG. selbst, sondern auch die in dieser Bestimmung ausgesprochene sogenannte Untersuchungsmaxime ausgeschlossen sein solle. Es ist vielmehr die Begründung für die Nichtmitaufnahme des § 12 und die Nichtanwendbarkeit der in ihm enthaltenen Grundsätze ausdrücklich auf das Antragsverfahren beschränkt worden und konnte dies gegenüber der reichsgesetzlichen Bestimmung aus § 54 GBO. auch nur. Ist also der Grundbuchrichter in solchem Falle des § 54 GBO. zur Anstellung von Ermittlungen verpflichtet, ohne in der pflichtmäßigen Wahl seiner Maßnahmen auf bestimmte Maßnahmen beschränkt zu sein, so ist er nicht nur zur Berücksichtigung von Urkunden befugt, sondern darf sowohl den Antragsteller anhören als ihn zur eidesstattlichen Versicherung zulassen; er darf auch von anderen Beteiligten und Auskunftpersonen abgegebene eidesstattliche Versicherungen berücksichtigen, sie mündlich und schriftlich anhören und förmlich als Zeugen vernehmen.

VII. Landesrecht. KG. 3. 3. 16, JW. 16, 768. Bei der Entscheidung über die Befreiung von dem Ehehindernisse der Wartezeit hat das AG. die Rechtslage nicht bloß des zu erwartenden Kindes, sondern auch die Interessen der anderen Beteiligten zu berücksichtigen. Soweit ihm nach dieser Richtung hin der Sachverhalt nicht genügend aufgeklärt erscheint, hat es ihn gemäß § 12 FGG. von Amts wegen zu ermitteln. Vgl. oben zu § 1313 BGB.

§ 13.

Schrifttum: Josef, Entziehung der Vermögenssorge in ihrer Einwirkung auf das Beschwerderecht des Vaters, HessRspr. 16, 223.

I. Prozeßfähigkeit; gesetzliche Vertretung. 1. a) BayObLG. 2. 1. 16, DJZ. 10, 1086, LeipzZ. 16, 1321, R. 16 Nr. 1624. Hat der Vormund dem Entmündigten Geld zur Bestreitung seiner Bedürfnisse gegeben und hat dieser sich von den Ersparnissen Wertpapiere angeschafft, hat diese sodann der Vormund an sich genommen und das Vormundschaftsgericht den Antrag des Entmündigten, den Vormund zur Herausgabe anzuhalten, abgelehnt, so kann der Entmündigte selbst Beschwerde hiergegen erheben. Denn soweit das Gesetz dem Mündel Geschäftsfähigkeit einräumt, kommt ihm auch die Berechtigung zu, selbständig Anträge zu stellen und bei Beeinträchtigung seines Rechtes Beschwerde einzulegen. Dieser im § 52 ZPO. ausgesprochene Satz gilt der Natur der Sache nach auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Vormund hatte dem Mündel hier das Geld zur freien Verfügung überlassen (§ 110 BGB.); sonach war der Mündel zum Ankaufe der Wertpapiere berechtigt; folglich muß er in dieser Angelegenheit auch zu selbständiger Beschwerdeführung befähigt sein. Diese und die selbständige Geschäftsfähigkeit müssen zusammenfallen (JDR. 14 unter I).

b) BayObLG. 2. 6. 16, OLG. 33, 11, R. 16 Nr. 1623, ZBlFG. 17, 331. Derselbe

Rechtsgrundsatz, wenn der Vormund den Mündel ermächtigt hat, einen Raum zur Aufbewahrung von Einrichtungsgegenständen zu mieten, aber die Zahlung des Mietzinses an den Mündel verweigert. (Vgl. auch oben zu § 110 BGB.)

2. KG. 7. 5. 15, KGJ. 48, 10, ZBlFG. 17, 33. Der Vormund eines in Altpreußen wohnhaften Mündels österreichischer Staatsangehörigkeit ist nicht in der Lage, für den Mündel mit rechtlicher Wirkung den Austritt aus der Kirche zu erklären.

3. Josef, HessRspr. 16, 223 (JDR. 13 unter I 2). Soweit ein Erwerb nach § 1638 in Betracht kommt, ist für das Kind ein Pfleger zu bestellen und steht dem Vater nach § 1909 BGB. nicht das Recht zu, das Kind zu vertreten; der Ausschluß der Vertretungsmacht des Vaters tritt nicht erst, wie nach § 1794 im entsprechenden Falle bei der Vormundschaft, mit der Bestellung eines Pflegers ein, sondern die Vertretungsmacht des Vaters ist von Anfang an ausgeschlossen. Die Verteidigung des Testaments, durch das für das Kind ein Vermächtnis angeordnet ist, ist eine auf die Verwaltung des vermachten Vermögens bezügliche Handlung. Denn unter der Vermögensverwaltung ist, wie der Eingang des § 1638 zeigt, die gesamte Sorge für das Vermögen zu verstehen. Der Vater ist daher nicht berechtigt, namens seines Kindes Beschwerde wegen Einziehung des Erbscheins einzulegen.

II. Vollmacht. 1. KG. 28. 5. 15, OLG. 31, 268, ZBlFG. 16, 383. Der Vater, der zum Heeresdienst eingezogen ist, ermächtigt, wie ohne weiteres anzunehmen, seine Frau, für die Erziehung der gemeinschaftlichen Kinder zu sorgen und in eiligen Fällen, z. B. im Fürsorgeerziehungsverfahren, in seinem — des Vaters — Namen Rechtsmittel einzulegen.

2. BayObLG. 29. 10. 15, BayRpflZ. 16, 34, DJZ. 16, 445, OLG. 32, 22, ZBlFG. 16, 624. Der Notar, der im Auftrage des Pflegers die Genehmigungserklärung des Vormundschaftsgerichts entgegennimmt, den Gegenbeteiligten verständigt und für ihn in dessen Auftrage diese Mitteilung empfängt, handelt nicht in Ausübung seines Amtes, sondern als Bevollmächtigter; er muß sich durch Vollmacht ausweisen (vgl. zu § 171 unter 1).

3. KG. 23. 12. 14, OLG. 32, 359. Die Vollmacht, die auf Grund einer Generalvollmacht erteilt ist, erlischt durch deren Widerruf; der vom Generalbevollmächtigten bestellte Unterbevollmächtigte kann somit für den Vollmachtgeber, nachdem dieser die Generalvollmacht widerrufen hat, nicht Beschwerde einlegen. Auf den Widerruf einer Generalvollmacht kann nicht verzichtet werden (Grundbuchsache).

4. KG. 30. 6. 16, JW. 16, 1140. Legt der Ehemann der Mutter dem Kinde vor der zuständigen Behörde seinen Namen bei (§ 1706 Abs. 2) und bevollmächtigt er den Vormund mit der weiteren Besorgung der Angelegenheit, lehnt aber das Vormundschaftsgericht die Erteilung einer Ausfertigung der über jene Erklärung des Mannes aufgenommenen Verhandlung, weil diese ungültig sei, ab, so steht hiergegen dem Vormunde die Beschwerde zu, da die in dem Protokoll erteilte Vollmacht, wie anzunehmen, ihn auch zur Erwirkung einer Ausfertigung des Protokolls, um die Eintragung der Namensänderung im Standesregister herbeizuführen, ermächtigt, er also zu denjenigen Personen gehört, die nach Art. 61 Abs. 2 PrFGG. eine Ausfertigung des Protokolls zu fordern berechtigt sind.

§ 15.

1. BayObLG. 8. 1. 16, R. 16 Nr. 743. Kein Recht der Beteiligten auf Zuziehung zum Beweistermine (JDR. 15 unter 1).

2. a) Rausnitz, JW. 16, 429.

b) Josef, HessRspr. 17, 78 (s. zu § 12 unter II 2). Beweisaufnahme des Vormundschaftsgerichts zwecks Ermittlung des Erzeugers.

3. BayObLG. 18. 2. 16, OLG. 32, 320, R. 16 Nr. 1000, ZBlFG. 17, 29. § 15 bestimmt nur, daß die Vorschriften der ZPO. über den Zeugenbeweis entsprechende Anwendung finden; ob aber eine Zeugenvernehmung im Sinne der ZPO. stattzufinden habe, darüber entscheidet das Ermessen des Gerichts, das auch andere Erkenntnisquellen als die prozeßordnungsmäßige Vernehmung von Zeugen zur Bildung seiner Überzeugung zu verwerten hat, so Erklärungen, die vor Polizeibeamten abgegeben sind.

§ 16.

1. Josef, HessRspr. 17, 93. Ist die Bekanntmachung der Verfügung an jemanden erfolgt, für den sie ihrem Inhalte nach nicht bestimmt ist, so ist die Bekanntmachung als nicht erfolgt anzusehen; sie bewirkt weder den Lauf der Beschwerdefrist, noch hindert sie das Gericht, die Verfügung zu ändern.

2. Darmstadt 1. 5. 14, HessRspr. 15, 127. Die für die Zustellung von Amts wegen geltenden Vorschriften der ZPO. sind auch dann anzuwenden, wenn die Frist, die mit der Bekanntmachung der Verfügung beginnt, eine richterliche ist, z. B. dem früheren Vormund unter Strafandrohung die Rückgabe der Bestallung binnen bestimmter Frist aufgegeben wird (Abs. 2 Satz 1). Da nach hessischem Landesrechte die Verrichtung des Gerichtsdieners (§ 211 Abs. 1 ZPO. mit § 16 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1) dem Gerichtsvollzieher übertragen ist, ist eine durch den Gerichtsdiener erfolgte Zustellung jener Verfügung unwirksam, die Strafe nicht wirksam angedroht, ihre Festsetzung also unzulässig.

3. Josef, DRZ. 16, 100, Wirksamkeit der Beschwerdeentscheidung, s. zu § 19 unter 8 a.

4. Josef, HessRspr. 17, 218 ff., Bekanntmachung von Anordnungen mit Fristenlauf und Strafandrohung, s. zu § 33.

§ 18.

Schrifttum: Josef, Materielle Rechtskraft und richterliche Unabhängigkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DRZ. 16, 498. — Derselbe, Die Erschleichung der Rechtskraft, HoldheimsMSchr. 16, 97. — Cohn, Rechtskraft und Fürsorgeerziehung, BuschsZ. 46, 159.

I. Abänderlichkeit. 1. Bettsak, AÖffR. 35, 58 (§ 16). Diese Aufhebung der Verfügung wegen materieller Gesetzwidrigkeit ist passend zu bezeichnen als „Selbstanfechtung" durch die Behörde, als Widerruf der Verfügung, zu dem die Behörde berechtigt, aber nicht verpflichtet ist.

2. Josef, HoldheimsMSchr. 16, 58. Verweist das Gericht in den zulässigen Fällen (z. B. § 127 FGG.) die Beteiligten an das Prozeßgericht, so kann es an sich betrachtet auch in diesem Falle die Verfügung ändern, d. h. unter Aufhebung des Verweisungsbeschlusses selbständig das streitige Rechtsverhältnis entscheiden. Gegen diese — ändernde — Verfügung steht den Beteiligten aber die Beschwerde zu mit der sie geltend machen, daß die Änderung der einmal beschlossenen Erledigung eine, nbillige Erschwerung der Rechtslage der Beteiligten enthalte, die sonach im Sinne des § 20 FGG. ein Recht darauf haben, daß der Verweisungsbeschluß aufrechterhalten bleibe.

3. Colmar 14. 7. 15, OLG. 32, 47. Die beim AG. eingelegte Beschwerde ist gleichzeitig für dieses eine Anregung zur Aufhebung der Verfügung, und es erklärt durch Vorlegung an das LG., daß es sein Recht aus § 18 nicht ausüben wolle.

4. (Rückwirkende Kraft.) Bettsak, AÖffR. 35, 63 (§ 18). Wenn das Gericht die ungerechtfertigte Verfügung aufhebt, so will es hiermit ein von ihm zugefügtes Unrecht aus der Welt schaffen, also den Rechtszustand wiederherstellen, der bestand, bevor es eingriff. Die aufhebende Verfügung ist also eine Gegenwirkung gegen eine bereits vorhandene Wirkung, die zwar selbst nicht wieder ungeschehen gemacht werden kann, die aber so behandelt werden soll, als ob sie niemals eingetreten wäre. Die aufhebende Verfügung bewirkt also die Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes, hat danach rückwirkende Kraft (FDR. zu § 25 unter 3).

II. Rechtskraft (FDR. 13 II). 1. Josef, DRZ. 16, 498. Die Bedeutung der Frage nach der Rechtskraft der ergangenen Entscheidung ist im Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit durchaus verschieden von ihrer Bedeutung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Während nämlich in der streitigen Gerichtsbarkeit jene Frage hinauskommt auf die Frage: ob der Kläger eine Leistung verlangen kann, obwohl sie ihm durch rechtskräftiges früheres Urteil abgesprochen ist, kommt im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit jene Frage darauf hinaus: ob der Richter gebunden ist an die Entscheidung, die das ihm vorgesetzte Gericht in dieser Sache bereits früher erlassen hat, oder ob er von

dieser Vorentscheidung abzuweichen berechtigt ist. Selbstverständlich ist in demselben Verfahren die Entscheidung des höheren Gerichts für das untere Gericht bindend; daher ist z. B. das Registergericht verpflichtet, auf Grund der beschwerdegerichtlichen Anweisung eine Eintragung im Handelsregister zu bewirken, die es früher abgelehnt hatte. Nachdem dies aber geschehen, ist das auf Grund der Anmeldung (eines Parteiantrags) erfolgende Eintragungsverfahren beendigt; demnächst muß z. B. auf Anregung der Handelskammer das Registergericht in ein neues Verfahren eintreten, betreffend die Löschung jener Eintragung: das Gericht erläßt hier im neuen Verfahren eine neue Entscheidung; diese hängt mit der früheren Entscheidung hinsichtlich des Verfahrens überhaupt nicht zusammen, sondern nur materiell durch die Rechtslage, die beide Verfügungen ordnen wollen; und es besteht, wenn auch, wie eben erwähnt, die im Rechtszuge getroffenen Verfügungen des höheren Gerichts in demselben Verfahren für das untere Gericht bindend sind, außerhalb desselben Verfahrens keine Bindung des untergeordneten Gerichts an die Entscheidungen des übergeordneten Gerichts. Für diese Ansicht sprechen auch innere Gründe: denn während das Urteil des Prozeßgerichts nur feststellt, daß ein Recht vorhanden sei, ist der Zweck der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zur Förderung und Fortentwicklung des Rechtsverkehrs beizutragen, also neue Rechtslagen zu schaffen; und mit diesem Zwecke ist das Fortbestehen einer als unzweckmäßig oder unrichtig erkannten Verfügung unvereinbar.

2. a) BayObLG. 11. 2. 16, BayRpflZ. 16, 203, R. 16 Nr. 1001, ZBlFG. 17, 49. Wird der neue Antrag auf andere Tatsachen und andere Gesetzesvorschriften gestützt als der frühere, so steht seiner Behandlung die Rechtskraft nicht entgegen. (Der frühere Antrag war auf Grund des Allg. D. HGB., der neue auf das jetzige HGB. und das FGG. gestützt.)

b) BayObLG. 19. 5. 16, R. 16 Nr. 1618, ZBlFG. 17, 306. Gegenüber einer früheren rechtskräftigen Entscheidung genügt die Anführung beliebiger angeblich verletzter Gesetzesstellen nicht als Geltendmachung einer die Rechtskraft ausschließenden Tatsache.

3. Josef, HoldheimsMSchr. 16, 97. Der Grundsatz, daß niemand ein formales Recht gebrauchen darf zum Zwecke einer den guten Sitten widerstreitenden Schädigung anderer, gilt auch für die im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergehenden Entscheidungen; wer eine solche Verfügung durch Täuschung des Gerichts zwecks Schädigung eines anderen erschlichen hat, kann sich auf die durch diese Verfügung entstandene Rechtslage nicht berufen, mag die Verfügung auch formell rechtskräftig geworden oder unangefochten geblieben sein. Hat also nach Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter seine Bestellung als alleiniger Liquidator erwirkt durch die bewußt unwahre Angabe, daß der andere Gesellschafter in unbekannter Abwesenheit weile, und ist diese Verfügung, die dem letzteren durch öffentliche Zustellung bekanntgemacht war, rechtskräftig geworden, so ist ihm der Antragsteller schadensersatzpflichtig. Dieser kann sich nicht darauf berufen, daß durch die von ihm erwirkte Verfügung, da sie rechtskräftig geworden, das Rechtsverhältnis endgültig geregelt und jede Anzweiflung ihrer Richtigkeit ausgeschlossen sei. Denn eine Rechtskraft der im § 322 ZPO. bezeichneten Art, also gänzliche Unabänderlichkeit, gibt es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht; in dieser werden vielmehr Entscheidungen, soweit sie der einfachen Beschwerde unterliegen, überhaupt nicht rechtskräftig im Sinne der Unabänderlichkeit, und soweit sie der sofortigen Beschwerde unterliegen, rechtskräftig nur in dem Sinne, daß das Gericht bei gleichbleibender Sachlage das Zuerkannte nicht ändern, das Aberkannte nicht zuerkennen kann, auf Grund veränderter Sachlage aber eine neue Verfügung erlassen kann, durch die die erste Verfügung ihrer Wirksamkeit beraubt wird. Danach steht der Anwendung des § 826 BGB. auf arglistig erschlichene Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nichts entgegen (JDR. 11 unter II 2).

4. Cohn, BuschsZ. 46, 159. a) Der § 18 Abs. 1 beantwortet die Frage der materiellen Rechtskraft der Verfügungen, die mit der einfachen Beschwerde anfechtbar sind, nicht grundsätzlich. Er bestimmt allerdings, daß sowohl Verfügungen des AG., die durch Verwerfung der Beschwerde seitens der höheren Instanzen formell rechtskräftig geworden sind, als auch

Entscheidungen des Beschwerdegerichts, die die des AG. abgeändert haben und durch Verwerfung der weiteren Beschwerde seitens des OLG. formell rechtskräftig geworden sind, abänderlich, also nicht materiell rechtskräftig sind. Abs. 1 läßt aber unentschieden die Frage, ob die Verfügungen, die nach Eintritt der formellen Rechtskraft unabänderlich sind, materielle Rechtskraft haben; denn er untersagt dem Richter zwar, in diesen Fällen das alte Verfahren wiederaufzunehmen und seine frühere Entscheidung aufzuheben. Er verbietet ihm aber nicht, in einem neuen Verfahren, das mit dem alten in keinem prozessualen Zusammenhange steht, eine Verfügung entgegengesetzten Inhalts zu erlassen, die die Wirkungen der früheren Verfügung aufhebt. Dies aber wäre erst die Wirkung der materiellen Rechtskraft. b) Bei der Frage nach dem Umfange der materiellen Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommt es darauf an, ob die Entscheidungen Rechtsprechungsakte oder ob sie Verwaltungshandlungen sind. Zu den Rechtsprechungsakten gehören die wenigen Fälle, wo wirklich Rechtsstreitigkeiten entschieden werden, wo die Entscheidung des Richters nicht einen materiellen Erfolg im Interesse der Beteiligten herbeiführen, sondern Rechtsgewißheit zwischen den Beteiligten schaffen will, so z. B. im § 1246 Abs. 2 BGB. (Streitigkeiten über Pfandverkauf), § 194 Abs. 1 HGB. (Streitigkeiten zwischen Gründern und Revisoren der AG.), § 150 FGG. (Streit über die Verpflichtung zur Aufmachung der Dispache), § 165 Abs. 2 FGG. (Streit über die Höhe der Vergütung des Verwahrers). Diese Entscheidungen können ihren Zweck nur dann erfüllen, wenn sie materiell rechtskräftig werden; folglich muß ihnen materielle Rechtskraft zukommen. — Im allgemeinen aber sind die Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit bloße Verwaltungshandlungen, so besonders die Verfügungen, die als Ausfluß der Fürsorgetätigkeit des Staates für die Privatverhältnisse seiner Angehörigen erscheinen, z. B. die Volljährigkeitserklärung, die Einleitung der vorläufigen Vormundschaft, die Nachlaßsicherung, die Verfügungen aus §§ 1671, 1635, 1666 BGB., § 55 Abs. 1 FGG. Solchen Entscheidungen kommt materielle Rechtskraft nicht zu, ebensowenig denen in Grundbuch- und Handelsregistersachen, im Standesregisterberichtigungsverfahren, im Ordnungsstrafverfahren, endlich auch nicht denen im Verfahren der Ersetzung der elterlichen Einwilligung zur Eheschließung, der Entziehung der Schlüsselgewalt, der Entscheidung über Unterhaltsgewährung (§§ 1308, 1357 Abs. 2, 1612 Abs. 2). Diese letzteren Entscheidungen regeln zwar ein Streitverhältnis zwischen zwei Parteien, sind aber verwaltenden Charakters.

5. Josef, WürttRpflZ. 16, 84. Können sich die uneheliche Mutter und der Vormund über den Abschluß eines Lehr- oder Dienstvertrags für den Mündel nicht einigen, so entscheidet hierüber nach § 1629 das Vormundschaftsgericht, dessen Entscheidung erst mit der Rechtskraft wirksam wird (§ 53 FGG.), so daß erst nach Eintritt dieser das Vormundschaftsgericht den vom Vormunde geschlossenen Vertrag genehmigen kann (§ 1822 Nr. 6, 7). Genehmigt sodann nach der Rechtskraft das Gericht den vom Vormunde geschlossenen Vertrag, so wird eine Beschwerde gegen die Genehmigungsverfügung kaum Erfolg haben können; denn diese Beschwerde kann nur geltend machen, daß der Vertrag nicht im Interesse des Mündels liege, eine Frage, die aber schon in der rechtskräftig gewordenen Verfügung über jene Meinungsverschiedenheit bejahend erledigt ist; zumeist werden auch die §§ 55, 62 dem Erfolge der Beschwerde entgegenstehen. Immerhin ist eine Rechtskraft derart, daß eine nochmalige Erörterung dieser Frage formell unzulässig wäre, nicht eingetreten; insbesondere können neue Tatsachen zur Begründung der Beschwerde geltend gemacht werden.

III. Preuß. Landesrecht. Cohn, BuschsZ. 46, 159. Der Beschluß, der gemäß § 3 PrFürsEG. v. 2. 7. 00 die Unterbringung eines Minderjährigen zur Fürsorgeerziehung ablehnt, geht nicht in materielle Rechtskraft über; denn die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ist hier kein Rechtsprechungs-, sondern ein Verwaltungsakt: Der Richter entscheidet hier nicht einen Streit zwischen den Eltern und dem antragstellenden Organe, sondern er trifft eine Maßregel zur Sicherung einer geordneten Erziehung Jugendlicher (oben II 4 b). Erkennt er, daß die abgelehnte Anordnung der Fürsorgeerziehung doch erforderlich und ohne sie das öffentliche Interesse, das er wahrzunehmen hat, gefährdet ist, so ist er zu einer

Änderung seiner Entscheidung berechtigt. Die unanfechtbare Abweisung des ersten Antrags des zuständigen Landrats schließt daher eine nochmalige sachliche Prüfung des zweiten Antrags auf Grund desselben Sachverhalts nicht aus.

§ 19.

Schrifttum: Josef, Vom Verfahren des Beschwerdegerichts und Verwandtes, DRZ. 16, 100.

1. BayObLG. 22. 9. 14, OLG. 32, 18. Ausdrückliche Bezeichnung des Schriftsatzes als Beschwerde ist nicht erforderlich; es genügt, daß aus ihm hervorgeht, der Beteiligte erachte sich durch die Verfügung als beschwert (JDR. 14 unter 3).

2. a) KG. 16. 9. 15, KGJ. 48, 161. Rein gutachtliche Äußerungen und Verfügungen, die dem Antragsteller Gelegenheit geben sollen, den Antrag zurückzunehmen, sind nicht beschwerdefähige Entscheidungen (JDR. 13 unter 1, 2).

b) KG. 25. 11. 15, KGJ. 48, 171, ZBlFG. 17, 53. Lehnt das Grundbuchamt die Anberaumung eines Auflassungstermins ab mit der Begründung, daß dem angekündigten, im Termine zu stellenden Eintragungsantrage nicht stattgegeben werden könne, so ist damit nicht der künftige Eintragungsantrag, sondern nur der Terminsanberaumungsantrag abgelehnt. Diese Ablehnung ist mit der Sachbeschwerde anfechtbar; nicht anfechtbar ist nur eine gutachtliche Auskunft über einen angekündigten Eintragungsantrag (JDR. 13, 712 unter 4 und 11, 1130 unter IV).

3. KG. 4. 12. 14, KGJ. 47, 55. Wenn das AG. in einem Fürsorgeerziehungsverfahren, nachdem es seine örtliche Unzuständigkeit erkannt hat, die Weglegung der Akten verfügt, so bringt es durch diese an sich nur für den inneren Dienst bestimmte Anordnung zugleich das Verfahren zur endgültigen Einstellung. Die in dieser Verfügung liegende Einstellung, die insoweit eine der sachlichen Beschwerde fähige Verfügung darstellt, kann durch die in ihren Rechten beeinträchtigte Polizeibehörde im Beschwerdeweg angefochten werden.

4. KG. 24. 9. 15, KGJ. 48, 137, RJA. 14, 292. Eintragungen sind nicht Verfügungen im Sinne des § 19, gegen sie also Beschwerde nicht zulässig (JDR. 13 unter 8). — Vgl. dagegen zu § 122.

5. Josef, HessRspr. 17, 123. Hat der Beamte Sachen verzeichnet oder gesiegelt, die offenbar nicht zum Nachlasse gehören, so hat das Nachlaßgericht die Berichtigung des Versehens seines Organes von Amts wegen anzuordnen, so z. B. wenn der Beamte bei der Verzeichnung des Nachlasses des Mannes die Kleider und Schmucksachen aufgeführt hat, die zum ausschließlichen Gebrauche der Frau bestimmt sind (§ 1362 Abs. 2), oder ein Sparkassenbuch, das, wenn der Erblasser Vormund ist, auf des Mündels Namen lautet, oder Bücher, die mit dem Stempel einer öffentlichen Anstalt versehen sind. Die Verzeichnung oder Sieglung durch den Beamten ist keine Verfügung des Gerichts im Sinne des § 19 FGG., sondern die Handlung eines unselbständigen Organs, das die gerichtliche Verfügung der Nachlaßsicherung ausführt. Folglich steht dem Betroffenen gegen die Verzeichnung oder Sieglung nicht die Beschwerde zu; er muß vielmehr zunächst beim Nachlaßgerichte dahin vorstellig werden, daß dieses die Handlung des Beamten berichtige, die Sache vom Nachlasse freigebe, und erst gegen die dies Verlangen ablehnende Verfügung des Nachlaßgerichts findet die Beschwerde statt. Den durch das vorgekommene Versehen des Beamten Betroffenen liegt es ob, dem Nachlaßgerichte die Überzeugung von der Notwendigkeit der Berichtigung beizubringen, also je nach der Sachlage ihre Ansprüche glaubhaft zu machen; die bloße Angabe von Beweismitteln und Tatsachen, die das Nachlaßgericht in den Stand setzen, selbsttätig das vom Dritten beanspruchte Recht festzustellen, genügt nicht, weil eine Ermittlungspflicht des Gerichts aus § 12 FGG. nicht besteht.

6. KG. 7. 5. 15, KGJ. 48, 10, ZBlFG. 17, 33. Der Beschwerdeführer kann verlangen, daß die über eine unwirksame kirchliche Austrittserklärung erteilte Bescheinigung für nichtig erklärt, d. h. eingezogen werde. Die Einziehung ist das einzige Mittel, der unwirksamen Erklärung ihre Wirksamkeit nach außen zu nehmen, da die Beurkundung selbst nicht ungeschehen gemacht werden kann.

7. Josef, MecklZ. 34, 405. Verfügungen sind der Beschwerde entzogen, wenn mit

dieser kein praktischer Erfolg erzielt werden kann, z. B. weil die für das Kind angeordnete Pflegschaft zur Zeit der Erhebung der Beschwerde bereits gänzlich erledigt war durch die inzwischen erfolgte Anordnung der Vormundschaft, die das AG., als es von der erfolgten Wiederverheiratung der Mündelmutter erfuhr, eingeleitet hat, weil sie hiermit (§ 1697) die elterliche Gewalt verloren hatte (JDR. 14 unter 14).

8. Josef, DRZ. 16, 100 (JDR. 14 unter 10, 11: Umfang der Entscheidung, ihre Ausführung). a) Ersieht das Nachlaßgericht, daß der erteilte Erbschein unrichtig ist, so bedarf es einer besonderen Ausführung dieser Feststellung, nämlich der Einziehung (Wegnahme des Scheines) oder seiner Kraftloserklärung durch öffentliche Bekanntmachung (§ 2361). Trifft das Beschwerdegericht jene Feststellung, so liegen diese Ausführungsmaßregeln nicht ihm ob, sondern nur dem AG.; denn die Verrichtung des Beschwerdegerichts besteht nach § 19 nur in der Entscheidung über die Beschwerde, nicht in deren Ausführung. — Entschließt sich dagegen das AG., den Erbschein zu erteilen, so bedarf es keiner Ausführung dieser Entschließung; letztere gibt sich vielmehr mit dem ihre Ausführung bewirkenden Ausspruche kund; Erlaß der Entscheidung und ihre Ausführung fallen also zeitlich und in ihrer äußerlichen Erscheinung in eine Verfügung zusammen. Das gleiche gilt, wenn das Nachlaßgericht die Erteilung des Erbscheins abgelehnt hat und das Beschwerdegericht die Beschwerde hiergegen für begründet erachtet; auch hier bedarf es keiner Ausführung der Beschwerdeentscheidung. Folglich kann das Beschwerdegericht die Entscheidung dahin erlassen, daß durch letztere dem Beschwerdeführer der Erbschein bestimmten Inhalts erteilt wird. Der Erbschein wird dann wie jede Entscheidung des Beschwerdegerichts wirksam mit der Bekanntmachung der Beschwerdeentscheidung an den Erben. Aus demselben Grunde kann die Entscheidung des Beschwerdegerichts dahin ergehen, daß mit ihr eine Rechtshandlung des Vormundes genehmigt, die Auseinandersetzung bestätigt, eine Zustimmung ersetzt, ein Vertreter entlassen wird. b) Der § 19 bestimmt nicht, daß das Beschwerdegericht durch die Beschwerde in die Lage versetzt wird, an Stelle des AG. über die diesem vorliegende Rechtsangelegenheit zu entscheiden, sondern nur, daß das Beschwerdegericht über die Beschwerde, d. h. über das Beschwerdeverlangen zu entscheiden hat. Der Beschwerdeführer aber kann mit der Beschwerde nichts weiter verlangen als die Beseitigung der Beschwernis, das ist der Verfügung, die ihn beschwert. Aus § 19 folgt danach, daß die Beschwerde nur in dem Umfange zulässig ist und dem LG. die Entscheidung nur in demselben Umfange zusteht, in dem die Verfügung des AG. ergangen ist. Das Beschwerdegericht kann also die Entscheidung nur soweit treffen, als das AG. sich bereits mit der streitigen Frage befaßt hat, und seine Entscheidung nicht auf Fragen ausdehnen, über die eine Verfügung des AG. noch nicht vorliegt. Denn Fragen dieser letzteren Art konnte der Beschwerdeführer gar nicht zum Gegenstande der Beschwerde machen. c) Sowohl in der streitigen als auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat das Beschwerdegericht, wenn es die Beschwerde für begründet befindet, dem Antragsteller zu seinem Rechte zu verhelfen; die etwa erforderliche Ausführung der Beschwerdeentscheidung liegt aber nach dem zu a Gesagten dem AG. ob, so z. B. die Einleitung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, des Aufgebots-, Entmündigungs- oder Konkursverfahrens, die Anordnung einer Pflegschaft oder eine Eintragung. Die Amtsstellung, die dem AG. vor und bei der Ausführung der Beschwerdeentscheidung erwächst, unterscheidet sich in nichts von der, in der es sich bei jeder anderen Amtstätigkeit befindet; es vollzieht nicht als untergeordnete Behörde einen Befehl der vorgesetzten Behörde, sondern obwaltet als selbständige Rechtspflegebehörde, deren Tätigkeit auch das Beschwerdegericht vor Erlaß seiner Entscheidung nur im Wege der Rechtshilfe in Anspruch nehmen kann.

9. BayObLG. 16. 6. 16, R. 16 Nr. 1615, ZBlFG. 17, 312. Hat der Beschwerdeführer ausdrücklich die Aufhebung der Pflegschaft beantragt, so hat das Beschwerdegericht keinen Anlaß zur Prüfung der Frage, ob etwa der Pfleger zu entlassen sei.

10. Bettsak, AÖffR. 35, 60. Die Aufsichtsbeschwerde ist von zweierlei Art: die sachliche — sie betrifft die Geschäftsführung — und die persönliche oder Disziplinarbeschwerde, die das persönliche Verhalten des Gerichtsbeamten betrifft.

§ 20.

Schrifttum: Josef, Beschwerde des zum Vormund Ausgewählten gegen die Wahl wegen Nichteignung, R. 16, 213.

Inhaltsübersicht.

I. Allgemeines. 1. Fähigkeit des Mündels zur selbständigen Beschwerdeführung; Vertretungsbefugnis gesetzlicher Vertreter, s. zu § 13 unter I.

2. KG. 28. 5. 15 (unbegründete und unzulässige Beschwerden, JDR. 14 unter I 2), jetzt auch RJA. 14, 255, OLG. 30, 402, R. 16 Nr. 1004.

3. KG. 24. 9. 15, Beschwerde gegen Aussetzung des Verfahrens, s. unten II 4.

4. BayObLG. 1. 10. 15, RJA. 15, 22, R. 16 Nr. 255, ZBlFG. 17, 232. Der Umstand, daß die angefochtene Verfügung mit Zustimmung des Beschwerdeführers erlassen ist, entzieht diesem nicht das Beschwerderecht, wenn die Verfügung sachlich ungerechtfertigt ist (s. unten III 7). Unerheblich ist, ob der Beschwerdeführer das beeinträchtigte Recht aus einer Sonderrechtsnachfolge ableitet (JDR. 14 unter I 5).

II. Vormundschaftssachen. 1. KG. 28. 5. 15 (kein Beschwerderecht der Gegenpartei gegen die Anordnung der Vormundschaft, JDR. 14 unter II 4), jetzt auch RJA. 14, 255, R. 16 Nr. 1004.

2. Bettsak, AÖffR. 35, 62 (§ 17). Dem nicht entmündigten Volljährigen steht gegen die Anordnung der Vormundschaft das Beschwerderecht aus § 20, ebenso aber auch aus § 59 zu.

3. BayObLG. 23. 6. 16, R. 16 Nr. 1616, 1617, ZBlFG. 17, 311. Einem volljährigen Miterben steht kein Beschwerderecht zu gegen die Genehmigung der Abrechnung des Testamentsvollstreckers durch den Pfleger eines Miterben und durch das Pflegschaftsgericht. Die Tätigkeit dieses erstreckt sich nur auf die Minderjährigen, nicht auf den Volljährigen, der danach zum Gericht und zum Pfleger in keinerlei Rechtsbeziehungen steht, folglich durch deren Handlungen in seinem Rechte nicht beeinträchtigt wird. Das gleiche gilt vom Vater des Minderjährigen, wenn ihm Verwaltung und Nutznießung des Kindesvermögens entzogen ist, die Vertretung also nicht zusteht.

4. KG. 24. 9. 15, OLG. 33, 356, RJA. 15, 4, ZBlFG. 17, 219. Dem Vater steht nicht die Beschwerde zu gegen die Aussetzung der Entscheidung über einen Antrag der Mutter, die Personensorge ihm zu entziehen und auf sie zu übertragen. Ein solches Beschwerderecht könnte sich höchstens auf § 20 und § 57 Nr. 8 und 9 stützen. § 20 erfordert aber, daß ein subjektives „Recht" des Beschwerdeführers durch den Aussetzungsbeschluß beeinträchtigt wird. Der Vater hat jedoch kein „Recht" darauf, daß kein Verfahren aus § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB. gegen ihn schwebt, oder daß ein schwebendes Verfahren ohne Unterbrechung beendet werde. Jedermann kann jederzeit ein Verfahren aus §§ 1635, 1666 usw. BGB. in Anregung bringen. Der Vater kann kein Beschwerderecht daraus herleiten, daß er hierdurch beunruhigt werde. Eine Beeinträchtigung lediglich seelischer Zustände begründet das Beschwerderecht aus § 20 nicht. Nach § 57 Nr. 8 kann zwar der Vater als Verwandter seiner Kinder gegen die Ablehnung einer Maßregel aus § 1666 BGB. Beschwerde erheben. Selbst wenn man jedoch der „Ablehnung" die Aussetzung der Entscheidung gleichstellen wollte, so setzt doch dieses Beschwerderecht voraus, daß die Beschwerde im Interesse der Kinder verfolgt wird. Dies trifft jedoch

vorliegend nicht zu, da die Beschwerde mit dem eigenen Interesse des Beschwerdeführers begründet wird und nicht ersichtlich ist, inwiefern nach Meinung des Beschwerdeführers das Kindesinteresse die Weiterverfolgung des gegen den Vater gerichteten Verfahrens erfordere. Derselbe Gesichtspunkt trifft auch auf § 57 Nr. 9 zu, wobei noch hinzukommt, daß „eine Entscheidung über die eine Sorge für die Person" der Kinder „betreffende Angelegenheit" überhaupt nicht ergangen, vielmehr zur Zeit abgelehnt ist.

5. BayObLG. 24. 3. 16, R. 16 Nr. 1002, ZBlFG. 17, 37. Ist dem Vater die Verwaltung des Kindesvermögens durch letztwillige Verfügung entzogen, so hat er kein Beschwerderecht gegen die Auswahl des Pflegers. Er kann nicht verlangen, daß eine bestimmte Person als Pfleger bestellt werde, und keines seiner Rechte wird deshalb durch die Auswahl des Pflegers beeinträchtigt. Allerdings kann er nach § 1656 die Herausgabe der Nutzungen verlangen, jedoch nur soweit sie nicht zur Verwaltung verwandt werden müssen; diese Verwaltung kann aber die Bestellung eines (besoldeten) Pflegers erfordern.

6. KG. 8. 10. 15, KGJ. 48, 20, OLG. 33, 380, R. 16 Nr. 113, RJA. 15, 26, ZBlFG. 17, 235. Hat das Nachlaßgericht von dem Inhalt eines bei ihm eröffneten Testaments dem Vormundschaftsgerichte Mitteilung gemacht, weil in dem Testamente die unvertretene oder zukünftige Deszendenz einer bestimmten Person bedacht sei und deshalb der Vertretung durch einen Pfleger benötige, so ist das Nachlaßgericht nach § 20 FGG. nicht beschwerdeberechtigt, wenn das Vormundschaftsgericht der Anregung des Nachlaßgerichts wegen Einleitung einer Deszendenzpflegschaft nicht Folge gibt. Dagegen besteht ein wahres Antragsrecht und hiermit ein Beschwerderecht des Nachlaßgerichts z. B. im Falle des § 83 BGB.

7. KG. 22. 12. 15, KGJ. 48, 16, ZBlFG. 17, 37. Im Auseinandersetzungsverfahren, insbesondere zur Durchführung der Verwendungsregulierung, sind die Generalkommissionen oder deren Kommissare berechtigt, Anträge auf Anordnung einer Pflegschaft beim AG. zu stellen und gegen deren Ablehnung Beschwerde zu führen.

8. Josef, R. 16, 213, vgl. oben Ziff. 1 zu § 1779 BGB.

9. Hamburg 3. 7. 16 (Beschwerde nach Beendigung der Vormundschaft) s. zu § 57 unter 7.

10. Darmstadt 24. 3. 16, OLG. 32, 328 (Beschwerde gegen Volljährigkeitserklärung), s. zu § 56 unter 2.

11. LG. Darmstadt 5. 6. 16, HessRspr. 17, 138, ZBlFG. 17, 311. Dem unterstützungspflichtigen Armenverbande steht gegen eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts aus § 1666 BGB. ein Beschwerderecht nicht zu. Das Interesse der Gemeinde kann in solchem Falle nur ein wirtschaftliches, rein mittelbares sein. Das Vormundschaftsgericht entscheidet die Frage, wer im Falle der Unterbringung des Mündels in einer Anstalt die Kosten zu tragen hat, überhaupt nicht; nur eine solche Entscheidung könnte in die Rechte der Gemeinde eingreifen.

12. KG. 30. 11. 15, OLG. 33, 338, RJA. 15, 91. Kein Beschwerderecht des Dienstberechtigten über die dem Manne gemäß § 1358 Abs. 1 erteilte Kündigungsermächtigung.

III. Nachlaßsachen. 1. Wedermann, BayRpflZ. 16, 338. Die Einleitung der Pflegschaft über einen Erbteil oder die Ablehnung der Aufhebung einer solchen Pflegschaft beeinträchtigt das Recht der anderen Erben nicht; denn sie können die ihnen nach § 2038 gegen den vertretenen Miterben zustehenden Rechte gegen den Nachlaßpfleger geltend machen. Eine Beschwerde aus § 20 steht ihnen danach nicht zu, wohl aber eine solche aus § 57 Nr. 3 gegen die Aufhebung der Pflegschaft.

2. LG. München 22. 1. 16, BayRpflZ. 16, 137, ZBlFG. 17, 46. Wenn die Aufgabe der Nachlaßsicherung dem Nachlaßgericht auch von Amts wegen, unabhängig von Anträgen Beteiligter obliegt, so ist dem zur Erbschaft Berufenen, dessen Gesuch um Einleitung von Sicherungsmaßregeln abgelehnt ist, das Beschwerderecht dennoch zuzubilligen; denn er betreibt ein ihm zustehendes Recht. Gläubiger haben ein Recht auf Nachlaßsicherung nur gemäß § 1961 und bei deren Ablehnung ein Beschwerderecht, im übrigen aber nicht.

3. BayObLG. 10. 7. 14, OLG. 32, 81. Ist im Erbscheine vermerkt, daß am Anteil eines Erben dessen Mutter der Nießbrauch zusteht, so steht, wenn dieser Erbe in Konkurs fällt, dem Konkursverwalter die Beschwerde zu gegen den die Einziehung dieses Erbscheins ablehnenden Beschluß des Nachlaßgerichts. Denn dem Verwalter, der den Erbteil zur Masse ziehen will, steht die Vermutung des § 2365 entgegen, beeinträchtigt also sein Recht, wofern der Nießbrauch in Wahrheit nicht besteht.

4. **RG.** 29. 6. 16, LeipzZ. 16, 1310, R. 16 Nr. 1975, RJA. 15, 14, WarnE. 16, 375 Nr. 232, ZBlFG. 17, 226. Der Erbschaftssteuerbehörde steht die Beschwerde gegen den Inhalt des Erbscheins nicht zu. Nur wenn zur Beseitigung eines über den Erbfall oder seine Höhe bestehenden Streites zwischen den Beteiligten ein Urteil ergeht oder ein Vergleich geschlossen wird, ist diese für die Beteiligten bindende endgültige Ordnung der erbrechtlichen Verhältnisse auch dem Fiskus gegenüber in Ansehung der Erbschaftssteuerpflicht maßgebend und der Fiskus nicht berechtigt, sich aus dem Grunde darüber hinwegzusetzen, weil sie auf einer unrichtigen Rechtsauffassung beruhe (**RG.** 48, 301; 69, 321). Der Erbschein steht aber hinsichtlich seiner Wirkung einem rechtskräftigen Urteil oder einem zwischen streitenden Erbprätendenten geschlossenen Vergleich über ihre Beteiligung am Nachlasse nicht gleich; er schafft im Interesse der Verwaltung des Nachlasses und zum Schutze daran beteiligter redlicher Dritter lediglich eine vorläufige Ordnung des Erbrechts, dessen endgültige Ordnung der Parteivereinbarung oder der Entscheidung des Prozeßrichters vorbehalten bleibt. Der Inhalt des Erbscheins ist deshalb für die Erbschaftssteueransprüche des Fiskus nicht ohne weiteres maßgebend und nicht geeignet, dessen nach der wahren Rechtslage begründete Ansprüche zu beseitigen. In dem gegen den Fiskus gemäß § 57 ErbStG. angestrengten Rechtsstreit auf gänzliche oder teilweise Erstattung eines eingezogenen Erbschaftssteuerbetrags hat nach feststehender Rechtsprechung der Fiskus, obgleich er sich in der Rolle des Beklagten befindet, die Beweislast dafür, daß die von ihm geltend gemachte Steuerforderung berechtigt ist. Diese Beweislast wird ihm also nicht erst durch das Vorliegen eines Erbscheins aufgebürdet, dessen Inhalt mit der dem Steuerbescheide zugrunde gelegten Beurteilung der Rechtslage im Widerspruche steht, und sie wird auch durch einen derartigen Erbschein nicht erschwert. Denn wenn der Fiskus den ihm ohnehin obliegenden Beweis für die Richtigkeit der von ihm behaupteten Erbfolge erbringt, so ist damit zugleich die Unrichtigkeit des Erbscheins nachgewiesen und die Vermutung aus § 2365 BGB. widerlegt. Bei der Prüfung der vom Fiskus vertretenen Rechtsauffassung und bei der Würdigung des dafür vorgebrachten Tatsachenmaterials ist der Prozeßrichter durch den Inhalt des Erbscheins und die ihm zugrunde liegende Beurteilung der Tat- und Rechtslage durch den Nachlaßrichter nicht beschränkt. Aus den Vorschriften des § 2356 BGB., § 57 ErbStG. läßt sich hiernach eine Beeinträchtigung eines Rechtes des Fiskus durch den unrichtigen Inhalt des einem Dritten erteilten Erbscheins nicht herleiten. Ein Antrags- und Beschwerderecht der Erbschaftssteuerbehörde aus § 792 ZPO. könnte nur in Frage kommen, wenn jene des Erbscheins zur Zwangseintragung aus einem bereits erteilten Steuerbescheide bedürfte.

5. Colmar 14. 7. 15, OLG. 32, 47. Gegen die Einleitung der Nachlaßpflegschaft aus § 1960 steht dem Testamentsvollstrecker die Beschwerde zu; er ist insofern beeinträchtigt, als der von ihm zu verwaltende Nachlaß gegen seinen Willen mit Kosten belastet wird.

6. KG. 17. 4. 13, OLG. 32, 90. Ist eine Kirchengemeinde als Erbin eingesetzt, und hat das Nachlaßgericht mit Rücksicht darauf, daß die Entscheidung über die staatliche Genehmigung noch aussteht, eine Nachlaßpflegschaft angeordnet, während der Kirchenvorstand den Anfall als nichtgenehmigungsbedürftig erachtet, so steht ihm hiergegen die Beschwerde zu.

7. BayObLG. 1. 10. 15, BayObLG. 16, 128, OLG. 33, 388, RJA. 15, 22, ZBlFG. 17, 232. Eine letztwillige Anordnung, wonach der Pflichtteil eines unbeschränkt Geschäftsfähigen durch einen Pfleger verwaltet werden soll, kann als Anordnung einer Testamentsvollstreckung angesehen werden, wofern die Auslegung des Testaments dies rechtfertigt. Ist dies nicht

der Fall, so bildet die bloße Unterwerfung, also die freiwillige Anerkennung des Erben, keinen rechtfertigenden Grund für die Bestellung des Testamentsvollstreckers. Folglich steht dem Erben, der sich mit ihr einverstanden erklärt hat, dennoch gegen sie die Beschwerde zu, ebenso seinem Pfändungsgläubiger, dem der Erbanspruch zur Einziehung überwiesen ist. Vgl. auch JDR. 14 zu § 2200 BGB.

8. Josef, BayNotV. 16, 241 (Rechtshilfe und Beschwerderecht bei Erbauseinandersetzung), s. zu § 2 unter III 1.

IV. Registersachen. KG. 15. 10. 15, RJA. 15, 39, R. 16 Nr. 1972, ZBlFG. 17, 245. Ist die Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH. im Handelsregister eingetragen und der Antrag auf Löschung des Kapitalserhöhungsbeschlusses, der auf Unwirksamkeit der Übernahme der Stammeinlagen auf das erhöhte Stammkapital gestützt war, zurückgewiesen, so steht hiergegen den nicht an der Übernahme beteiligten Gesellschaftern die Beschwerde nicht zu. Selbst wenn die Eintragung zu Unrecht erfolgt wäre, so wären die Gesellschafter dadurch nicht beschwert. Pflichten irgendwelcher Art erwachsen ihnen aus der Eintragung allein nicht. Namentlich kommt eine Haftung auf Einzahlung des erhöhten Stammkapitals gemäß § 24 GmbHG. für sie dann nicht in Frage, wenn und soweit die Stammanteile auf dieses erhöhte Kapital nicht wirksam übernommen sind. Denn die Haftung aus § 24 a. a. O. setzt den erfolglosen Versuch der Einziehung der Stammeinlage von dem eigentlichen Zahlungspflichtigen voraus. Fehlt es an einem solchen, weil niemand die Stammeinlage übernommen hat, so können die übrigen Gesellschafter nicht in Anspruch genommen werden. Daran ändert auch die etwa versehentlich erfolgende Eintragung der Kapitalserhöhung nichts, weil diese die Übernahme der Stammeinlagen nicht ersetzt oder wirksam macht. Auch in ihrem Stimmrechte würden die Beschwerdeführer durch die Eintragung nicht beeinträchtigt sein, selbst wenn ihrer Auffassung über die Ungültigkeit der Übernahme beizutreten wäre, da die Eintragung die neuen Stammeinlagen nur stimmberechtigt machen würde, wenn sie wirksam übernommen wären.

V. Personenstandsregister. 1. KG. 10. 10. 13 (JDR. 14 unter VI 2), jetzt auch OLG. 32, 34.

2. KG. 16. 1. 14, OLG. 32, 35. Dem Standesbeamten steht gegen die gerichtliche Verfügung, durch die er zu einer abgelehnten Amtshandlung angewiesen wird, die Beschwerde nicht zu (JDR. 3 zu § 70 unter 2 c).

VI. Beurkundungen. KG. 7. 5. 15, vgl. oben Ziff. 6 zu § 19.

VII. Preuß. Landrecht. KG. 3. 3. 16. Befriedigung von der Wartezeit des § 1313, vgl. zu § 1 VIII 3.

§ 21.

S. zu § 1 unter V 3 b (Widerruf der Beschwerdezurücknahme).

§ 23.

Colmar 14. 7. 15, OLG. 32, 47. Ist die Nachlaßpflegschaft aus § 1960 eingeleitet, und hat sodann erst der Testamentsvollstrecker das Amt angenommen (§ 2202), so kann auf diese neue Tatsache die Beschwerde gegen die Pflegschaft gestützt werden. Der Erbe ist also nicht verpflichtet, beim AG. die Aufhebung der Pflegschaft gemäß § 18 zu beantragen.

§ 24.

1. Hamburg 4. 2. 16, OLG. 32, 415, ZBlFG. 17, 140. Beantragt der Beschwerdeführer, die Zwangserziehung anzuordnen und ferner eine einstweilige Anordnung bezüglich der vorläufigen Unterbringung des Kindes zu erlassen, so enthält der diese Anordnung ablehnende Beschluß nicht eine endgültige Sachentscheidung, sondern nur eine einen Teil des beschwerdegerichtlichen Verfahrens bildende vorläufige Maßregel, eine einstweilige Anordnung. Diese kann aber nicht selbständig, sondern höchstens mit der eigentlichen, noch ausstehenden Hauptentscheidung angefochten werden (JDD. 3).

2. KG. 15. 10. 15, R. 16 Nr. 114, ZBlFG. 17, 617. Auch dann, wenn das Beschwerdegericht eine von ihm gemäß § 24 Abs. 3 getroffene einstweilige Anordnung

wieder aufhebt, findet dagegen ebensowenig wie gegen die Anordnung selbst ein Rechtsmittel statt (JDR. 3).

§ 25.

Schrifttum: Josef, Behinderung an der Abfassung oder Unterschrift der Beschwerdeentscheidung, HessRspr. 17, 93. — Derselbe, Vom Verfahren des Beschwerdegerichts und Verwandtes, DRZ. 16, 100.

1. Josef, HessRspr. 17, 93. Eine Vorschrift, daß die Verfügungen, insbesondere auch die der Beschwerdegerichte, in der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Namen der entscheidenden Richter und deren Unterschriften (vgl. § 315 ZPO.) enthalten müssen, gibt es nicht. Es muß nur feststehen, daß der zur Gerichtsschreiberei gelangte Beschluß an sie gelangt ist als Beschluß des Gerichts, also zum Zwecke der Ausführung; und das ist zu vermuten, wenn der Gerichtsschreiber den Beschluß als gesetzmäßig ergangen ausgeführt hat. Allerdings erscheint die Bezeichnung der Richter als ein Gebot der Ordnung, um den Beteiligten die Prüfung der Einhaltung der Vorschriften über die Besetzung des Gerichts und die Ausschließung der Richter zu ermöglichen, aber die Wirksamkeit der Entscheidung, insbesondere die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde, ist durch die Unterschrift der Richter nicht bedingt. Vielfach wird auch die Unterschrift des Vorsitzenden allein für genügend angesehen. Es genügt nicht, daß alle drei Richter den vom Berichterstatter entworfenen Beschluß unterzeichnen, so daß der Berichterstatter nunmehr die Gründe, über die die Kammer sich geeinigt hat, abzusetzen hat. Die Unterschriften müssen vielmehr den Gründen nachfolgen, damit die Übereinstimmung der Abfassung mit der Beschlußfassung auch bezüglich der Begründung bezeugt wird.

2. (Mangel an Gründen, JDR. 13 unter 2.) a) Karlsruhe 6. 10. 15, BadRpr. 15, 181, ZBlFG. 16, 616. Die Gründe der Beschwerdeentscheidung müssen die vom Beschwerdegericht ermittelten und festgestellten Tatsachen erschöpfend wiedergeben und insbesondere auch erkennen lassen, ob das Beschwerdegericht alle für die Entscheidung erheblichen Punkte tatsächlich und rechtlich gewürdigt hat. Fehlt es an solchen Feststellungen, so beruht die Entscheidung auf einer Verletzung der §§ 551 Ziff. 7, 561 ZPO., was nach § 27 FGG. notwendig zu ihrer Aufhebung führt.

b) KG. 21. 5. 15, RJA. 14, 289, R. 16 Nr. 1013, ZBlFG. 17, 33. Daß unter „Begründung" im Sinne des § 27 ein Tatbestand zu verstehen ist, ergibt sich daraus, daß die Entscheidung des Gerichts der weiteren Beschwerde nicht auf Grund der Akten erfolgt, sondern auf Grund der tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts, die für die dritte Instanz maßgebend und bindend sind (§ 27; § 561 ZPO.). Fehlt es an solchen Feststellungen, so ist das Gericht der weiteren Beschwerde nicht in der Lage, in die ihm obliegende Prüfung, ob der dem LG. vorliegende Sachverhalt rechtlich zutreffend beurteilt worden ist, einzutreten.

c) KG. 11. 11. 15, KGJ. 48, 1, ZBlFG. 17, 53. Die Beschwerdeentscheidung muß, da für das Gericht der weiteren Beschwerde die in jener festgestellten Tatsachen maßgebend sind, den Sachverhalt, auf den sie ihre Rechtsausführungen aufbaut, angeben.

d) Darmstadt 24. 3. 16, OLG. 32, 328. Das Beschwerdegericht verstößt gegen § 25, wenn es wohl alle für die Volljährigkeitserklärung sprechenden Umstände erwähnt, aber unterläßt, sich über gewichtige gegen sie geltend gemachte Bedenken auszusprechen.

3. Josef, HessRspr. 17, 93. Da nach der zwingenden Vorschrift des § 25 die Beschwerdeentscheidung mit Gründen zu versehen ist, so liegt eine vollständige Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht vor, bevor die Gründe schriftlich abgesetzt sind. Daher ist die Einlegung der weiteren Beschwerde vor diesem Zeitpunkte wirkungslos; und wenn die Mitglieder des Beschwerdegerichts sich mündlich auf eine bestimmte Entscheidung über die Beschwerde geeinigt haben oder auch diesen Beschluß für sich allein, also noch vor Absetzung der Gründe unterschriftlich vollzogen haben, sie demnächst aber sämtlich (etwa durch Kriegseinberufung) an der Absetzung der Gründe verhindert sind, so hat eine neue Beschlußfassung ihrer Vertreter stattzufinden, die sonach an den von der Kammer in ihrer früheren Zusammensetzung gefaßten Beschluß nicht gebunden sind, vielmehr, wenn sie ihm beistimmen, einen neuen Beschluß gleichen Inhalts zu fassen haben.

4. Josef, DRZ. 16, 103 (gegen BayObLG., JDR. 13 zu § 23 unter 6 und JDR. 13 zu § 27 unter 11). Das Beschwerdegericht kann sich bei mangelhafter Erhebung des Sachverhalts durch das AG. darauf beschränken, dessen Entscheidung lediglich aufzuheben, ohne über das weitere Verfahren zu verfügen; es braucht nicht gleichzeitig Anordnung dahin treffen, daß nach Vornahme der gebotenen Ermittlungen erneut Entscheidung ergehe. Es ist vielmehr selbstverständlich, daß dem AG. nach Abschluß der neuen Ermittlungen eine nochmalige Entscheidung obliegt; dazu bedarf es nicht einer ausdrücklichen Anordnung des Beschwerdegerichts. Selbstverständlich hat das Beschwerdegericht, wenn es die angefochtene Verfügung für unbegründet, das Beschwerdeverlangen also für begründet findet, dagegen annimmt, daß dem vom Beschwerdeführer gestellten Antrag andere Bedenken entgegenstehen, die in der angefochtenen Verfügung noch nicht erörtert sind, in der Beschwerdeentscheidung auf jene Bedenken hinzuweisen. Dieser Hinweis ist Recht und Pflicht des Beschwerdegerichts; er ist aber nur belehrender Natur; das Beschwerdegericht kann also das AG. nicht anweisen, dem Antrag im neuen Verfahren Bedenken entgegenzustellen, die in der angefochtenen Verfügung noch nicht erörtert sind.

§ 27.

Schrifttum: Josef, Weitere Beschwerde gegen den Aussetzungsbeschluß des Beschwerdegerichts, WürttZ. 16, 357. — Derselbe, Weitere Beschwerde gegen die Anordnung der Einziehung des Erbscheins, HessRspr. 16, 227.

1. Josef, HessRspr. 17, 93. Eine weitere Beschwerde, die eingelegt wird, noch bevor die Gründe der Beschwerdeentscheidung schriftlich abgefaßt sind, ist wirkungslos. Ist dagegen die Beschwerdeentscheidung mit den Gründen in die auch zur Kenntnisnahme Dritter bestimmten Akten (§ 34 FGG.) aufgenommen, also die Einigung des Beschwerdegerichts auch betreffs der Gründe schriftlich niedergelegt, so ist die Gerichtsentschließung amtlich kundgegeben, und daher findet schon in diesem Zeitpunkte die weitere Beschwerde statt; denn das Gesetz kann verständigerweise die Anfechtbarkeit von Gerichtsentschließungen, deren Inhalt oft schon vor der förmlichen Bekanntmachung zu beschweren vermag, nicht von der Art abhängig machen, wie die Entschließung zur Kenntnis der Beteiligten gelangt.

2. BayObLG. 26. 5. 15, R. 16 Nr. 1619, ZBlFG. 17, 306. Hat das Beschwerdegericht ausdrücklich als Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit entschieden, so richtet sich die weitere Beschwerde nach dem FGG. Die Vorschriften dieses letzteren sind also einzuhalten, auch wenn der Beteiligte mit der weiteren Beschwerde geltend macht, daß das Verfahren gar nicht zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehöre.

3. Josef, WürttZ. 15, 359. Der § 19 setzt zwar die allgemeine Anfechtbarkeit der vom AG. (Gericht I. Instanz) erlassenen Verfügungen (ohne Unterschied, ob sie Zwischenverfügungen sind oder das Verfahren abschließen) fest; dagegen fehlt dem FGG. eine gleiche allgemeine Bestimmung für die Verfügungen des LG. Vielmehr erwähnt das Gesetz hier umgekehrt nur die Beschwerde gegen die Verfügungen, durch die über die Entlassung eines Familienratsmitglieds entschieden wird und gegen die einen Widerspruch im Offiziallöschungsverfahren zurückweisende Verfügung, also gegen Endverfügungen, und ferner noch die Anfechtbarkeit der im § 27 bezeichneten „Entscheidung", vorausgesetzt, daß diese auf Verletzung des Gesetzes beruht. Das deutet auf die Absicht des Gesetzes hin, daß Verfügungen des LG. nicht schlechthin und unterschiedslos der Beschwerde unterliegen sollen. (Vgl. oben zu § 24.)

4. (Weitere Beschwerde gegen Aussetzung, JDR. 14 unter 3 b.) a) Josef, WürttZ. 15, 357. Während nach § 19 FGG. Verfügungen des Amtsgerichts durch Beschwerde unbeschränkt anfechtbar sind, findet die weitere Beschwerde gegen eine Verfügung des Beschwerdegerichts nur statt, wenn diese sich als die im § 27 FGG. gedachte Entscheidung darstellt. Die weitere Beschwerde ist also unzulässig, wenn das Beschwerdegericht die Aussetzung des Verfahrens beschließt, weil der Fortsetzung ein tatsächliches Hindernis entgegenstehe. Dagegen liegt eine durch weitere Beschwerde anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 27 vor, wenn

das Beschwerdegericht die Aussetzung des Verfahrens beschließt bis zur Beendigung einer anderen Rechtsangelegenheit. In einer solchen Aussetzung ist die Entscheidung enthalten, daß der Ausfall der vorliegenden Angelegenheit abhängig sei von dem Ausfall einer anderen Rechtsangelegenheit, sowie ferner, daß das Beschwerdegericht berechtigt sei, die ihm an sich obliegende Verpflichtung zur selbsttätigen Entscheidung der vorliegenden Rechtsangelegenheit zurzeit und bis auf weiteres abzulehnen. Auch bei Erlaß einer solchen Entscheidung kann das Beschwerdegericht die im § 24 Abs. 3 vorgesehenen einstweiligen Anordnungen treffen, und die Entscheidung ist nach § 25 mit Gründen zu versehen. Dagegen findet der § 26 Satz 2 auf eine solche Entscheidung ebensowenig Anwendung wie auf eine Entscheidung des Beschwerdegerichts, durch die dieses die Sache an das Amtsgericht zwecks neuer Ermittlungen zurückverweist und gegen die gleichfalls die weitere Beschwerde zulässig ist. Die weitere Beschwerde gegen die Aussetzungsverfügung kann indes nach § 27 Erfolg nur haben, wenn die Aussetzung auf Verletzung des Gesetzes beruht, d. h. das Beschwerdegericht die Aussetzung beschlossen hat in einem Falle, wo sie gesetzlich unzulässig war, weil dem Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit die selbsttätige Ermittlungs- und Entscheidungspflicht obliegt.

b) KG. 1. 10. 15, KGJ. 48, 44 (Preußisches Fürsorgeerziehungsverfahren). Hat im Fürsorgeerziehungsverfahren in der Beschwerdeinstanz das Landgericht das Verfahren auf bestimmte Zeit ausgesetzt, so ist hiergegen die sofortige weitere Beschwerde zulässig.

5. KG. 5. 11. 15, KGJ. 48, 3, R. 15 Nr. 2719, ZBlFG. 16, 617. Ist auf Grund einer bei einem Amtsgerichte gemäß Art. 102 PrFGG. verwahrten vollstreckbaren Urkunde die Vollstreckungsklausel erteilt worden, so entscheidet über die Einwendungen, die gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel erhoben werden, das im § 797 Abs. 3 ZPO. genannte Gericht nach den Vorschriften der ZPO. Gegen dessen Entscheidung ist nur das Rechtsmittel der sofortigen und sofortigen weiteren Beschwerde gemäß §§ 795, 732, 793 ZPO. gegeben, nicht die weitere Beschwerde aus § 27 FGG. an das KG.

6. Hamburg 17. 9. 15 (FDR. 14 unter 3: ausländisches Recht), jetzt auch RJA. 15, 1 sowie LeipzZ. 16, 85.

7. a) Hamburg 17. 4. u. 3. 5. 16, OLG. 33, 1. Grenzen der Nachprüfung bei Auswahl des Vormundes und bei Bewilligung der Vergütung.

b) Mangel an Gründen, s. zu § 25 unter 2.

8. Josef, ZBlFG. 17, 286 (FDR. 14 unter 46). „Gesetz" im Sinne des § 27 FGG. und des § 550 ZPO. sind auch rechtliche Vorschriften, die zwar im Gesetze nicht ausgesprochen sind, aber aus der Natur der freiwilligen Gerichtsbarkeit und ihres Verfahrens oder aus dem systematischen Zusammenhange der Gesetzesauslegung als logische Folge oder als Wille des Gesetzgebers sich ergeben, so z. B. der Grundsatz, daß die Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit ihre von den Beteiligten in Anspruch genommene Tätigkeit nur dann ablehnen dürfen, wenn deren Entbehrlichkeit oder Nutzlosigkeit zweifellos ist, nicht aber auch, wenn lediglich zweifelhaft ist, ob die verlangte Tätigkeit durchaus erforderlich sein werde, und am wenigsten dann, wenn in solchem Falle durch die Vornahme der Amtshandlung die Rechtslage des schutzbedürftigen Beteiligten verbessert würde (s. zu § 1 unter VII 4).

9. Josef, HessRspr. 16, 227 (Verfahren des OLG.; Zurückverweisung in die Instanz). Die weitere Beschwerde bedarf keines Antrags. Hat der Beschwerdeführer einen solchen dennoch gestellt, so ist das OLG. nicht verpflichtet, über ihn im entscheidenden Teile des auf die weitere Beschwerde ergehenden Beschlusses zu entscheiden; vielmehr genügt die Würdigung des Antrags in den Gründen des Beschlusses, der kurz dahin ergehen kann, daß die angefochtene Beschwerdeentscheidung aufzuheben oder daß die weitere Beschwerde begründet sei. Das OLG. kann aber auch in der Sache selbst die Entscheidung erlassen; denn gesetzliche Vorschriften über das vom Gerichte der weiteren Beschwerde zu beobachtende Verfahren bestehen insoweit nicht. Hat also das Beschwerdegericht die Einziehung des vom Amtsgericht erteilten Erbscheins als unrichtig angeordnet und ist die Einziehung erfolgt, erachtet aber das Gericht der weiteren Beschwerde jenen eingezogenen Erbschein als richtig und danach die Beschwerdeentscheidung als unrichtig, so kann das OLG. nach seiner Wahl

entweder in dem auf die weitere Beschwerde ergehenden Beschlusse selbst einen dem eingezogenen gleichlautenden Erbschein erteilen oder aber sich auf bloße Aufhebung der angefochtenen Beschwerdeentscheidung beschränken und die Sache an das Amtsgericht verweisen, das dann einen dem eingezogenen gleichlautenden Erbschein zu erteilen hat. Trotz erfolgter Ausführung der Beschwerdeentscheidung hat also die so auf weitere Beschwerde ergehende Entscheidung eine praktische Wirkung, nämlich den Erfolg des Fortbestehens des erteilten Erbscheins.

§ 28.

1. **RG.** 29. 6. 16, RJA. 15, 4, WarnE. 16, 375, ZBlFG. 17, 226. Die Vorlegung an das RG. ist auch dann geboten, wenn ein OLG. das Beschwerderecht des Fiskus gegen eine Anordnung auf Erteilung des Erbscheins gewährt hat, ein anderes OLG. aber die Beschwerde des Fiskus gegen die Anordnung zur Einziehung eines bereits erteilten Erbscheins verneinen will.

2. Dresden 2. 10. 15, OLG. 33, 5. Die Vorlegung ist nicht geboten, wenn ein OLG. bei Anwendung des im § 161 Abs. 1 angezogenen § 129 auf das Güterrechtsregister diese Vorschrift anders auslegen will, als das RG. sie für das Handelsregister ausgelegt hat. Denn § 129 findet auf Eintragungen im Handelsregister nur entsprechende Anwendung.

3. KG. 1. 10. 15, KGJ. 48, 44 (46). Die Bindung des OLG. an die Auslegung des RG. betrifft nur reichsgesetzliche Vorschriften; keinesfalls findet sie Anwendung im PrFürsorgeerziehungsverfahren, in dem § 27 kraft Landesrechts überhaupt nur entsprechende Anwendung findet. Daher kann das KG., wenn das Beschwerdegericht im Fürsorgeerziehungsverfahren die Entscheidung ausgesetzt hat, die weitere Beschwerde gewähren, während das RG. in reichsgesetzlichen Angelegenheiten ihre Zulässigkeit verneint hat (oben 4 zu § 27).

§ 29.

Schrifttum: Josef, Sofortige weitere Beschwerde gegen Anweisungen des Beschwerdegerichts an das Amtsgericht, HessRspr. 17, 154.

1. Darmstadt 24. 3. 16, HessRspr. 17, 42. Hat das AG. den Antrag des Mündels, ihn für volljährig zu erklären, zurückgewiesen, das LG. aber diese Verfügung aufgehoben und das AG. angewiesen, dem Antrage zu entsprechen, so ist die weitere Beschwerde die einfache, nicht die sofortige: denn nach § 56 FGG. wird nur die Verfügung, durch die der Minderjährige für volljährig erklärt wird, erst mit der Rechtskraft wirksam, so daß sie nach § 60 Nr. 6 der sofortigen Beschwerde unterliegt. Da hier aber der angefochtene landgerichtliche Beschluß nicht die Volljährigkeitserklärung ausspricht, vielmehr das AG. nur anweist, sie auszusprechen, so handelt es sich um eine der einfachen Beschwerde unterliegende Entscheidung. — Dagegen

2. Josef, HessRspr. 17, 154. Ergeht die Entscheidung des Beschwerdegerichts dahin, daß das AG. angewiesen wird, eine Verfügung zu erlassen, gegen die an sich die sofortige Beschwerde stattfinden würde (z. B. eine Volljährigkeit auszusprechen, den Vormund zu entlassen, die Auseinandersetzung zu bestätigen), so findet gegen diese Entscheidung die sofortige weitere Beschwerde statt. Denn die demnächstige Verfügung des Amtsgerichts ist nur eine Ausführungsmaßregel, die das AG. ohne selbständige Prüfung zu treffen hat, aber nur treffen kann, wenn die Entscheidung des Beschwerdegerichts, die die Grundlage der Ausführungsverfügung (also der Volljährigkeitserklärung, Entlassung, Bestätigung) ist, rechtskräftig geworden ist. Es würde also das feste Rechtsverhältnis, dessen Herbeiführung die sofortige Beschwerde bezweckt, gar nicht erreicht werden können, wenn gegen die beschwerdegerichtliche Anweisung die unbefristete Beschwerde stattfände. Dagegen kann die Richtigkeit der beschwerdegerichtlichen Entscheidung nicht angefochten werden durch Beschwerde gegen die demnächstige Ausführungsverfügung des AG., da diese keine selbständige Entschließung des AG. darstellt. Innere Gründe nötigen also dazu, die beschwerdegerichtliche Anweisung gleichzustellen einer Beschwerdeentscheidung, die die vom Amtsgericht auszusprechende Rechtsfolge unmittelbar und selbst ausspricht.

3. BayObLG. 12. 11. 15, R. 16 Nr. 302. Die Formvorschrift gilt auch für Kriegsteilnehmer.

§ 30.

Schrifttum: Josef, Die Zuständigkeit des KfmG. als Beschwerdegericht, HoldheimsMSchr. 16, 137.

1. Dresden 3. 3. 14 (JDR. 14 unter 2), jetzt auch RJA. 14, 249, R. 16 Nr. 1005.

2. BayObLG. 12. 11. 15, BayRpflZ. 16, 72, OLG. 33, 3, RJA. 15, 44, ZBlFG. 16, 636. Auch die Bestellung eines Vorstandes für die Genossenschaft ist eine Handelssache, für Beschwerden danach die KfH. zuständig. Die Genossenschaften sind juristische Personen des Handelsrechts, ihre Angelegenheiten Handelssachen im Sinne des Art. 2 EGHGB., wonach die Vorschriften des BGB. insoweit zur Anwendung kommen, als nicht im HGB. oder im EG. etwas anderes bestimmt ist. Gleiches gilt von dem Verhältnisse des BGB. zum GenG.; denn dieses ist ein Teil des Handelsrechts, und es findet daher § 29 BGB. auf die juristischen Personen des Handelsrechts ergänzend Anwendung, so daß das AG. als Registergericht den Vorstand für die Genossenschaft zu bestellen hat. Danach erfolgt die Entscheidung über die Beschwerde gemäß § 30 Abs. 1 Satz 2 FGG. durch die KfH. Der Kreis der in Abschn. 7 unter der Überschrift „Handelssachen" behandelten Angelegenheiten ist nicht auf die unter Hinweis auf bestimmte Gesetzesstellen bezeichneten Fälle zu beschränken, sondern zu berücksichtigen, welche Angelegenheiten überhaupt geregelt werden sollten. Hier soll das Verfahren bei Bestellung, in dem richterliche Mitwirkung einzutreten hat, geregelt werden. In dem GenG. enthält nun allerdings nur § 83 Abs. 3, 4, der im § 148 FGG. angeführt ist, Bestimmungen über Ernennung und Abberufung von Liquidatoren durch das Gericht. Das Gesetz hat indes eine Lücke hinsichtlich anderer Fälle, in denen eine Bestellung von Vorständen und Liquidatoren notwendig wird, bei der § 29 BGB. ergänzend anzuwenden ist, und diese Tätigkeit des Gerichts ist danach gleichfalls als Handelssache anzusehen (vgl. Ziff. 1 zu § 29 BGB.).

3. KG. 24. 9. 15, KGJ. 48, 137, OLG. 33, 2, RJA. 14, 291, R. 16 Nr. 1004, ZBlFG. 17, 95. Die Führung des Seeschiffsregisters ist eine Handelssache im Sinne des § 30 FGG., soweit es sich nicht um Eintragung und Löschung von Schiffspfandrechten handelt. Unter Handelssachen im Sinne dieser Bestimmung sind nicht nur die im siebenten Abschnitte des FGG. behandelten Angelegenheiten, sondern auch diejenigen Angelegenheiten zu verstehen, die durch andere Gesetze den im FGG. gegebenen Vorschriften über Handelssachen unterstellt werden. Das Gesetz, betreffend das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe, v. 22. 6. 99 (RGBl. 319), auf dem die Einrichtung des Seeschiffsregisters beruht, bestimmt zwar im § 4 nur, daß diese Register bei den Amtsgerichten zu führen seien. Die auf Grund der im Art. 29 PrFGG. erteilten Ermächtigung vom preuß. Justizminister erlassene AVf. v. 11. 12. 99 über die Führung des Schiffsregisters ordnet aber im § 3 an, daß die Obliegenheiten des Richters und des Gerichtsschreibers bei der Führung des Schiffsregisters und bei den auf die Eintragungen bezüglichen Verhandlungen sowie in betreff der Vorlegung des Registers sich nach den für das Handelsregister geltenden Vorschriften bestimmen, soweit nicht durch RGes. oder durch Art. 29 Pr. FGG. besondere Anordnungen getroffen sind. Hieraus ergibt sich, daß das Verfahren in Schiffsregistersachen — vorbehaltlich der für Schiffspfandrechte bestehenden besonderen Bestimmungen in den §§ 100—124 FGG. — sich nach den jeweiligen Vorschriften über das Handelsregister richtet, und daß demgemäß der siebente Abschnitt des FGG., soweit er Handelsregistersachen betrifft, Anwendbarkeit auf die Führng des Schiffsregisters erlangt hat. Hieraus folgt weiter, daß die Führung des Schiffsregisters Handelssache im Sinne der §§ 30, 143 ist, soweit es sich nicht um die Eintragung oder Löschung von Schiffspfandrechten handelt. — Dagegen

4. Josef, HoldheimsMSchr. 16, 137. Da der § 29 BGB. bei richtiger Auslegung auch für die juristischen Personen des Handelsrechts (Genossensch., AG., GmbH.) die Bestellung von Vorstehern dem AG. überträgt, und da das FGG. die Bestellung von Liquidatoren für erstere als Handelssache bezeichnet und diese Verfügung der sofortigen Beschwerde unterwirft, so ist auch die Bestellung von Vorstehern im § 148 Abs. 1 FGG. als miteinbegriffen anzusehen, so daß auch diese Verfügung Handelssache ist, daher der sofortigen Beschwerde unterliegt und

über diese die KfH. entscheidet. Dies folgt aus der bruchstückartigen Gestaltung des FGG., das seinen Vorschriften nicht überall eine ausgeprägte Gestaltung und einen deutlichen Ausdruck verliehen, sondern oft nur die allgemeine Richtung seiner Absicht und auch diese zuweilen nur unvollständig angedeutet hat. Dagegen ist die Zuständigkeit der KfH. nicht auszudehnen auf alle Angelegenheiten, die nach ihrer allgemeinen Art sich mit Regelung und Förderung des Handels beschäftigen. Denn die Beantwortung der Frage, ob diese letztere Voraussetzung vorhanden ist, ist naturgemäß eine schwankende, und von ihrer Entscheidung kann folglich das Gesetz die Entscheidung über die Zuständigkeit nicht abhängig gemacht haben. Es bedarf vielmehr einer Verbindung der die Gerichtstätigkeit regelnden Vorschrift mit dem siebenten Abschnitte des FGG., so daß man jene Tätigkeit noch als in diesem Abschnitte mitaufgeführt erachten könnte. Diese Verbindung muß herbeigeführt sein durch eine reichsgesetzliche Vorschrift, so beim Muster- und beim Genossenschaftsregister, weil der Gesetzgeber deren Führung als einen Teil der gerichtlichen Handelsregisterführung angesehen hat, ebenso bei der GmbH. und den Privatversicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, für die nicht ein besonderes Register geführt wird, die vielmehr zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Dagegen ist jene Verbindung nicht vorhanden beim Seeschiffsregister und beim Binnenschiffsregister. Denn die Landesgesetzgebung ist zu einer Ergänzung der im siebenten Abschnitte des FGG. enthaltenen Aufzählung nicht etwa auf Grund des § 200 FGG. ermächtigt; durch landesgesetzliche Vorschriften, wonach auf die Führung beider Schiffsregister im wesentlichen die Vorschriften über die Handelsregisterführung Anwendung finden, kann folglich das FGG. nicht dahin ergänzt werden, daß auch die Führung der Schiffsregister Handelssache im Sinne des siebenten Abschnitts und bei Beschwerden betreffs des Eigentums des Schiffes nach § 30 FGG. die KfH. zuständig würde. Zudem würde hierdurch eine Zwiespältigkeit der Zuständigkeit der Beschwerdegerichte herbeigeführt werden; denn soweit die Beschwerde die Eintragung des (im sechsten Abschnitte geregelten) Schiffspfandrechts betrifft, ist die Zivilkammer zuständig. Und ferner könnte jene Befugnis der Landesgesetzgebung die Folge haben, daß die Führung der Schiffsregister in dem einen Bundesstaate Handelssache und für Beschwerden in dieser Angelegenheit die KfH. zuständig ist, während in anderen Bundesstaaten das Gegenteil gelten würde. Danach können Vorschriften der Landesgesetze bei der Entscheidung dieser Frage nicht in Betracht kommen.

§ 32.

1. Stern, GruchotsBeitr. 60, 582. Erklärt der für tot erklärte, aber zurückgekommene Vater dem Vormundschaftsgerichte seinen auf die Wiedererlangung der elterlichen Gewalt gerichteten Willen (§ 1679 Abs. 2), so erlangt er sie nur für die Zukunft wieder, zwischenzeitliche Verfügungen der Mutter oder des Vormundes bleiben nach § 32 unberührt, und es stehen ihm die zwischenzeitlichen Früchte des Kindesvermögens nicht zu.

2. Bettsak, AÖffR. 35, 47 (§ 11). Unter „Befugnis" ist im § 32 die Macht (Recht, Können) mitverstanden. Die „Fähigkeit" ist ein Können ohne Beziehung auf ein bestimmtes Rechtsobjekt (Person oder Sache), wogegen sich bei der Befugnis das Können nur auf ein bestimmtes Rechtssubjekt bezieht. — Der § 32 schützt die Rechtslage Dritter nicht um ihres guten Glaubens willen, sondern deshalb, weil der durch die staatliche Autorität geschaffene Rechtszustand für den Dritten schlechthin maßgebend war und die Vernichtung der vor seiner Aufhebung erworbenen Rechtsstellung ebenso ungerecht wie schädlich für die staatliche Autorität wäre (§ 19). Unwirksam ist die Handlung des Vertreters, wenn er seine Vertretungsmacht in arglistigem Einverständnisse mit dem Dritten zur Schädigung des Vertretenen mißbraucht hat, ebenso aber auch schon dann, wenn nur der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht kennt, z. B. weiß, daß der angebliche Mündel volljährig ist, und dennoch vom Vormunde mit gerichtlicher Genehmigung ein Haus kauft und aufgelassen erhält. Das Rechtsgeschäft ist hier nach § 138 BGB. nichtig, weil es gegen die guten Sitten verstößt; und diese Sittenwidrigkeit wird durch den Staatsakt der Genehmigung nicht geheilt, weil dieser nur ein Akzessorium des Privatrechtsgeschäfts ist, mit dessen Ungültigkeit auch er zusammenfällt (§ 14). — Ist die Handlung des bestellten Vertreters rechtswirksam, steht sie

aber in Widerspruch mit einer Handlung des Vertretenen selbst, so sind beide Handlungen nebeneinander wirksam, so als ob der Vertretene selbst mehrere miteiander in Widerspruch stehende Handlungen vorgenommen hätte (§ 13).

3. Josef, ZBlFG. 17, 291 (vgl. zu § 1 unter V 2 f). Durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erwächst dem Vormund erst die Vertretungsmacht; jene Verfügung fällt also unter § 32 FGG.; war nun die Genehmigungsverfügung aus irgendeinem Grunde zu Unrecht erlassen, so soll sie nach dem dem § 32 zugrunde liegenden Rechtsgedanken dennoch allgemein und nach allen Richtungen als rechtserzeugend wirken, so daß folglich auch dem Prozeßgerichte keine Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Verfügung zusteht. Diese Erwägung rechtfertigt den Schluß, daß eine nach Beendigung der Vormundschaft erlassene Genehmigungsverfügung wirksam ist, auch wenn dem Richter die Beendigung der Vormundschaft bekannt war oder fahrlässigerweise unbekannt geblieben ist.

§ 33.

Josef, Bekanntmachung von Anordnungen mit Fristenlauf und Strafandrohung sowie Erzwingung der Rückgabe der Bestallung, HessRspr. 17, 219. a) Erläßt das Gericht an jemand die Aufforderung zur Vornahme einer Handlung, so kann es ihm eine Ordnungsstrafe für den Fall des Ungehorsams androhen, auch wenn es eine Frist zur Vornahme der Handlung nicht bestimmt. In diesem Falle kann die Ordnungsstrafe aber erst festgesetzt werden, wenn seit der Bekanntmachung jener Verfügung soviel Zeit verflossen ist, daß inzwischen der Pflichtige die aufgegebene Handlung hätte erfüllen können. Auch die Androhung des Betrags oder Höchstbetrags der in Aussicht genommenen Ordnungsstrafe ist nicht vorgeschrieben. Nur wenn das Gericht mit der Androhung der Ordnungsstrafe (§ 33 FGG.) zugleich eine Frist zur Vornahme der Handlung bestimmt, ist die Verfügung durch Zustellung bekanntzumachen (§ 16 Abs. 2 Satz 1), und wenn dies nicht geschehen, die Straffestsetzung unzulässig, weil die die Verpflichtung zu der aufgegebenen Handlung begründende Verfügung nicht ordnungsmäßig erlassen, die Verpflichtung also nicht rechtswirksam begründet ist. b) Aus dem Wesen der Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts als einer rechtsgestaltenden Behörde ist zu folgern, daß ihm grundsätzlich die zwangsweise Durchführung seiner Anordnungen obliegt; folglich ist, da § 1893 Abs. 2 BGB. die materiellrechtliche Verpflichtung des Vormundes zur Rückgabe der Bestallung an das Vormundschaftsgericht festsetzt und dieses hiermit ermächtigt, vom Vormunde die Rückgabe zu verlangen, das Vormundschaftsgericht berechtigt, die Rückgabe durch Ordnungsstrafen und unmittelbaren Zwang durchzusetzen, dies um so mehr, als es sich um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des früheren Vormundes handelt, die jeder Verfügung des früheren Mündels entzogen ist. Nur in Ausnahmefällen ist dem Vormundschaftsgerichte die Befugnis zur zwangsweisen Durchführung seiner Anordnungen entzogen und diese den Beteiligten vor dem Prozeßgericht überlassen, so bei Festsetzung der Vergütung für den Vormund. Da die Verpflichtung des früheren Vormundes zur Rückgabe der Bestallung ihm nicht als eine privatrechtliche gegenüber dem früheren Mündel, sondern kraft öffentlichen Rechtes gegenüber dem Gericht obliegt, so geht sie nicht auf seine Erben über, gegen die sonach ein Zwang zur Rückgabe nicht stattfindet. Auch gegen den früheren Vormund selbst ist die Anwendung eines Zwanges zur Rückgabe durch Strafandrohung und Wegnahme nicht unbedingt geboten; das Gericht wird nach Ermessen oft davon absehen, da die Belassung der Bestallung dem Mündel Schaden nicht bringen kann.

§ 34.

Josef, Beschwerde des Eigentümers sowie Dritter wegen Gestattung der Einsicht von öffentlichen Büchern und Akten, BadRpr. 16, 45 (wie in FDR. 14 unter 3), gegen Karlsruhe 30. 3. 15, FDR. 14, 1025, zu § 11 GBO. unter 2.

Zweiter Abschnitt. Vormundschaftssachen.

§ 36.

Schrifttum: Josef, Begründung des Wohnsitzes für den Mündel durch den Vormund, AZivPr. 114, 406. — Paul Schmidt, Aus dem Alltage des Vormundschafts- und Nachlaßrichters, DRZ. 16, 525.

1. a) BayObLG. 9. 8. 16 R. 16, Nr. 1833. Vgl. oben Ziff. 2 b zu § 11 BGB.

b) BayObLG. 10. 4. 16, R. 16 Nr. 1061, ZBlFG. 17, 140. Nimmt ein volljähriger lediger Sohn nach Ableistung der Militärpflicht ohne Zutun seines Vaters eine Dauerstellung im landwirtschaftlichen Beruf (als Stallschweizer) an, so daß er nur noch zuweilen in das Elternhaus zu kurzem Besuche kommt, sich im übrigen aber von diesem endgültig losgelöst und nicht mehr die Absicht hat, dorthin zurückzukehren, sondern an den Orten, an denen er seine als Lebensberuf gewählte Tätigkeit als Schweizer ausübte, zu verbleiben, so verliert er hiermit den abgeleiteten Wohnsitz und begründet selbständig einen solchen (JDR. 3, 213 unter 8; 14 unter 1; 13 unter 3).

2. Schmidt, DRZ. 16, 525. Bei Einleitung der Vormundschaft über uneheliche Kinder scheint sich im Interesse der Sache immer mehr die Neigung herauszubilden, die Vormundschaft da einzuleiten, wo die Mutter, und damit meist auch das Kind, ihren Aufenthalt haben, indem man die spitzfindigen Erörterungen über den Wohnsitz der Mutter nach § 11 BGB., soweit er sich mit dem Aufenthalte nicht deckt, beiseite läßt. Dem ist entgegenzutreten. Die Eltern, die auf dem Dorfe oder in einer kleinen Stadt wohnen, erhalten von dem Fehltritt ihrer Tochter, der zu der unehelichen Niederkunft führte, vielfach erst durch die Einleitung der Vormundschaft Kenntnis, da ja der Großvater des Kindes als Vormund zunächst berufen ist. Dadurch werden die Eltern der Kindesmutter meist veranlaßt, sich ihres Enkels anzunehmen und auf ihre Tochter im Sinne der engeren Wiederanknüpfung des Familienzusammenhanges einzuwirken.

3. BayObLG. 9. 8. 16, R. 16 Nr. 1976. Ist ein Wohnsitz nicht zu ermitteln, so steht dies dem Fehlen eines solchen gleich (JDR. 13 unter 6).

4. Geisteskranke, Bestimmung des Wohnsitzes durch den Vormund (JDR. 9 zu § 73). a) Rostock 1. 6. 15, OLG. 32, 329. Vgl. Ziff. 1 b zu § 8 BGB.

b) Rostock 16. 6. 15, MecklZ. 34, 6. Das subjektive Moment, daß die ständige Niederlassung als Mittelpunkt der Lebensverhältnisse gewollt ist, ist bei einem Geschäftsunfähigen lediglich aus der Willensrichtung des gesetzlichen Vertreters zu beurteilen und muß, da eine ausdrückliche Erklärung, den Wohnsitz für den Vertretenen begründen zu wollen, nach der Natur der Sache kaum jemals vorkommen wird, aus den Umständen entnommen werden. Nun ist bei der rechtlichen Bedeutung des Wohnsitzes nicht anzunehmen, daß der Vormund den Mündel wohnsitzlos machen wollte. Unter diesen Umständen entspricht es der natürlichen Auffassung, daß auch nach dem Willen seines gesetzlichen Vertreters der Ort, wo dieser ihn zu dauernden Aufenthalt unterbrachte, den rechtlichen Mittelpunkt für die Gestaltung seiner ferneren Lebensverhältnisse bilden sollte. Der Umstand, daß der Vormund später sich damit einverstanden erklärt hat, daß der Mündel gegebenenfalls die eine Irrenanstalt mit der anderen vertausche, ist ohne Bedeutung; käme diese Übersiedlung zur Ausführung, so würde darin höchstens eine Verlegung des Wohnsitzes an den neuen Ort seines Aufenthalts erblickt werden können. — Dagegen

c) Josef, AZivPr. 114, 406. Vgl. Ziff. 1 a zu § 8 BGB.

5. Geschwistervormundschaft (JDR. 13 unter 7). a) Stuttgart 12. 5. 16, R. 16 Nr. 1367 u. 1368. Auch eheliche und uneheliche Kinder derselben Mutter sind Geschwister im Sinne des § 36 Abs. 1 Satz 2. Bestehen schon Vormundschaften bei verschiedenen Gerichten, so liegt nicht eine ausschließliche Zuständigkeit desjenigen Gerichts vor, das zuerst über eines der Geschwister die Vormundschaft angeordnet hat, vielmehr ist die Frage der Abgabe aller Vormundschaften an das erstbefaßte Gericht nach § 46 zu beurteilen. Im § 36 Abs. 1 Satz 2 ist ausdrücklich nur der Fall der Anordnung der Vormundschaft geregelt.

b) Stuttgart 12. 7. 16, R. 16 Nr. 1369. Die Vormundschaft über ein zweites un-

eheliches Kind ist von dem Gericht einzuleiten, das die Vormundschaft über das ältere Kind führt, auch wenn beide Kinder zusammen bei der Geburt des zweiten sich in einem Orte außerhalb des Bezirkes des Vormundschaftsgerichts aufhalten. Die Kindesmutter (Zigeunerin) hat keinen Wohnsitz und keinen ständigen Aufenthalt. Das AG. will mit Unrecht den § 36 Abs. 1 Satz 2 nicht Platz greifen lassen, weil jetzt beide Kinder bei der Mutter seien und der angeführte Satz 2 den Aufenthalt der Kinder in den Bezirken verschiedener Vormundschaftsgerichte voraussetze. Es kommt, wie die sinngemäße Berücksichtigung des Zusammenhanges mit Satz 1 daselbst ergibt, auf den Aufenthalt zu der Zeit an, zu der die Anordnung der Vormundschaft bei jedem Kinde erforderlich wurde; dies ist bei unehelichen Kindern der Zeitpunkt der Geburt.

c) KG. 14. 6. 16, R. 16 Nr. 1370. Befinden sich zu bevormundende deutsche Geschwister teils im Inlande, teils im Auslande, so ist zur Einleitung der Vormundschaft dasjenige inländische AG. zuständig, in dessen Bezirke der jüngste Mündel (§ 36 Abs. 1 Satz 2) seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes oder Aufenthalts (§ 36 Abs. 2 Satz 1 FGG.) seinen letzten inländischen Wohnsitz gehabt hat.

d) Hamburg 8. 5. 16, OLG. 33, 4, ZBlFG. 17, 145. Abs. 1 Satz 1 bezieht sich auch auf halbbürtige Geschwister (s. zu a).

§ 37.

KG. 23. 4. 15, JDR. 14, jetzt auch RJA. 14, 251, R. 16 Nr. 1006.

§ 41.

Schrifttum: Josef, Der Ort des hervortretenden Fürsorgebedürfnisses, HessRspr. 17, 58.

1. Dresden 30. 12. 14, JDR. 14 unter 2, jetzt auch OLG. 32, 27. — Dagegen

2. Josef, HessRspr. 17, 58. a) Wird durch das Vor- und Nacherbenverhältnis das Bedürfnis nach einer Pflegschaft (§ 1913 Satz 2) begründet, so ist für deren Anordnung nach § 41 FGG. zuständig das Gericht, in dessen Bezirke das Bedürfnis der Fürsorge hervortritt. Dieses Gericht ist das Nachlaßgericht; denn jenes Verhältnis entsteht durch den Erbfall, der also die Angelegenheit erzeugt, die die Fürsorge erforderlich macht. Dem Nachlaßgericht aber liegt nach der Absicht des Gesetzes die Mitwirkung bei Gestaltung aller durch das Erbrecht hervorgerufenen Angelegenheiten ob. Danach ist für die Anordnung der Nacherbenpflegschaft im Falle des § 73 Abs. 3 FGG., also wenn der Erblasser ein Ausländer ohne inländischen Wohnsitz und Aufenthalt ist, zuständig jedes Gericht, in dessen Bezirk sich Nachlaßgegenstände befinden. b) Auf diese Nacherbenpflegschaft findet der Art. 23 EGBGB. keine Anwendung, weil dieser nur von Pflegschaften handelt, die nach Auslandsrecht erforderlich sind, während die Nachlaßpflegschaft lediglich durch den inländischen Rechtsverkehr geboten ist. c) Ist ein dem Fürsorgeberechtigten zustehendes Recht gesichert durch Pfandgegenstände, die sich in den Bezirken verschiedener Gerichte befinden, oder ist das ihm zustehende Recht in öffentlichen Büchern verschiedener Gerichte eingetragen, so tritt das Fürsorgebedürfnis zwar in den Bezirken verschiedener Gerichte hervor. Da aber das zu schützende Recht ein einheitliches und auch die Fürsorgeberechtigten in den sämtlichen Bezirken dieselben sind, so genügt die Anordnung der Pflegschaft durch eines der mehreren Gerichte. d) Hat der Pfleger im Falle des § 1913 Satz 1 eine Erklärung abzugeben, so tritt das Bedürfnis der Fürsorge an dem Orte hervor, an dem diese Erklärung abzugeben ist, und nicht an dem Orte, an dem sich die Sache befindet, betreffs deren die Erklärung abzugeben ist.

§ 43.

BayObLG. 9. 6. 16, LeipzZ. 16, 1320, ZBlFG. 17, 310. Wohnsitz des Kindes nach der Scheidung der Ehe seiner Eltern. Das Kind teilt den Wohnsitz des Vaters, es erwirbt also auch, wenn der Vater seinen Wohnsitz aufgibt und einen neuen begründet, ohne weiteres den neuen Wohnsitz. Das gilt auch dann, wenn die Ehe aus alleinigem Verschulden des Vaters geschieden ist; in diesem Falle steht zwar die Sorge für die Person der Mutter zu; diese aber schließt nur das Recht zur Bestimmung des Aufenthalts in sich (§§ 1631, 1635).

Auch wenn sich sonach das Kind bei der Mutter befindet, ist das Gericht des Wohnsitzes des Vaters zuständig zur Feststellung, daß die elterliche Gewalt des Vaters ruhe (§ 1677 Abs. 1).

§ 46.

Schrifttum: Paul Schmidt, Aus dem Alltagsleben des Vormundschafts- und Nachlaßrichters, DRZ. 16, 525. — Josef, Das Prüfungsrecht des um Übernahme einer Vormundschaft angegangenen Vormundschaftsgerichts, WürttZ. 16, 129. — Bauer, Die Abgabe der Vormundschaft an ein anderes Gericht, R. 16, 90.

1. „Wichtige Gründe." Einzelfälle ohne wissenschaftliches und besonderes praktisches Interesse. a) BayObLG. 10. 4. 16, R. 16 Nr. 1372. Besteht die Tätigkeit des Pflegers lediglich in der Vereinnahmung und Verwendung einer Rente des in Anstaltspflege befindlichen Mündels, so kann der Auszahlungsort für die Übernahme der Pflegschaft als maßgebend angesehen werden.

b) BayObLG. 17. 4. 16, R. 16 Nr. 1375. Daß die Vormundschaft von dem die Übernahme ablehnenden AG. ebensogut geführt werden könnte, ist belanglos; desgleichen daß dieses AG. bei nunmehriger Einleitung von vornherein zuständig wäre. Auch der Aufenthalt der Mutter ist bei einem unehelichen Kinde in Anstaltsverwahrung nicht maßgebend.

c) BayObLG. 18. 7. 16, R. 16 Nr. 1622, ZBlFG. 17, 313. Bedarf der Mündel erfahrungsgemäß infolge lockeren Lebenswandels einer strengeren Überwachung und ist deshalb ein fortwährender Verkehr zwischen Vormund und Vormundschaftsgericht notwendig, der in zweckmäßiger Weise nur stattfinden kann, wenn sich beide am gleichen Orte oder doch nicht zu entfernt voneinander befinden, so ist die Abgabe der Vormundschaft an das AG. des jetzigen Aufenthalts gerechtfertigt. Hierbei kommt es auch nicht darauf an, ob sicher ist, daß der Mündel dauernd im Bezirke des zur Übernahme aufgeforderten Gerichts wohnen bleiben werde; es kommt nur auf die jetzige, nicht auf die künftig mögliche Lage der Dinge an.

2. BayObLG. 10. 4. 16, R. 16 Nr. 1371. Auch wenn nur ein Antrag aus § 5 FGG. gestellt ist, kann beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auf Abgabe der Vormundschaft nach § 46 Abs. 1, 3 FGG. erkannt werden.

3. BayObLG. 10. 4. 16, R. 16 Nr. 1373. Auch die Rückübernahme aus Zweckmäßigkeitsgründen regelt sich nach § 46 FGG.

4. BayObLG. 24. 2. 16, R. 16 Nr. 1007, ZBlFG. 17, 38. Solange die Vormundschaft nicht bereits angeordnet ist, sondern noch Erhebungen gepflogen werden, kann eine Übernahme nicht in Frage kommen.

5. Bauer, R. 16, 90. Die Abgabe der Vormundschaft und die Anrufung des oberen Gerichts zur Entscheidung hierüber ist auch dann zulässig, wenn die beiden Gerichte sich nicht einigen und der Vormund nicht zustimmt (FDR. 14 unter 6).

6. Jena 28. 5. 15, OLG. 33, 5, ZBlFG. 17, 146. Der Vormund kann sich über das bisher zuständige Vormundschaftsgericht beschweren, wenn es sich weigert, seiner Anregung zu entsprechen und mit dem anderen Gericht über die Abgabe der Vormundschaft zu verhandeln. Hat es aber um ihre Übernahme erfolglos nachgesucht, so liegt ein Streit zwischen den beiden Gerichten vor; dieser ist vom oberen Gerichte kurz abzutun, eine Beschwerde des Vormundes über eines der Gerichte danach unzulässig (FDR. 14 unter 7; 11 unter II 2 c β).

7. Schmidt, DRZ. 16, 525. Es muß hier zwischen der Versuchung, eine arbeitverursachende, umfängliche Sache durch Ersuchen um Übernahme auf ein anderes Gericht auf gute Art abzuschieben, und einer Überleitung, die sich im Interesse des Mündels empfiehlt, unterschieden und ein billiger Ausgleich gefunden werden; stets muß das sachliche Bedürfnis den Ausschlag geben. Bei umfänglichen und verwickelten Vormundschaften, in denen sich auch durch ein längeres Aktenstudium schwer ein Überblick gewinnen läßt, wird es meist im Interesse der Sache liegen, wenn sie der Vormundschaftsrichter, der sie jahrelang bearbeitet hat, in der Hand behält, und eine Überleitung nach § 46 allein aus dem Grunde, daß der Mündel dauernd nach einem anderen Orte verzogen ist, sich nicht empfehlen, auch wenn der bisherige Vormund aus diesem Anlaß um seine Entlassung bittet und die Überleitung beantragt.

8. Prüfungsrecht des um Übernahme angegangenen Vormundschaftsgerichts (JDR. 14 unter 8). Josef, WürttZ. 16, 129. Hat das Vormundschaftsgericht bei Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft gesetzliche Vorschriften verletzt, so ist die Vormundschaft nur dann rechtsunwirksam, wenn entweder die Anordnung aus einem Grunde erfolgt ist, der kein gesetzlicher ist, oder wenn das Gericht zur Anordnung nicht sachlich zuständig war, oder wenn die verletzte Vorschrift eine so wesentliche ist, daß nach der erkennbaren Absicht des Gesetzes beim Fehlen dieser Voraussetzung der Anordnung die Eigenschaft einer Amtshandlung abgeht. In solchen Fällen ist die scheinbar angeordnete Vormundschaft (Pflegschaft) nichtig, so z. B. wenn die Pflegschaft für eine juristische Person angeordnet oder der bestellte Vormund ein Entmündigter oder wenn der Mündel ein Ausländer ist und die Voraussetzungen des Art. 23 EGBGB. nicht vorliegen. Folglich hat, wenn das Vormundschaftsgericht um Übernahme der so angeordneten Vormundschaft ein anderes Gericht ersucht, dieses die Übernahme abzulehnen; denn eine nur scheinbar vorliegende Vormundschaft kann von einem anderen Gerichte nicht übernommen werden. In allen sonstigen Fällen kann das ersuchte Gericht die Übernahme nicht deshalb ablehnen, weil bei der Vormundschaftsanordnung gesetzliche Vorschriften verletzt sind, insbesondere z. B. nicht deshalb, weil dem abgabebereiten Gerichte die örtliche Zuständigkeit zur Anordnung der Vormundschaft gefehlt hat.

§ 48.

Haftung des Staates für das Versehen eines Standesbeamten. Vgl. Ziff. V 11 g zu § 839 BGB.

§ 50.

Stern, GruchotsBeitr. 60, 582. Bei der Todeserklärung Kriegsverschollener gemäß BRVO. v. 18. 4. 16 hat das Aufgebotsgericht das zuständige Vormundsschaftsgericht vom Erlasse des Todeserklärungsurteils zu benachrichtigen.

§ 53.

Josef, WürttRpflZ. 16, 84. Nach § 53 tritt eine Verfügung, durch die die Zustimmung eines anderen zu einem Rechtsgeschäft ersetzt wird, erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit; hierher gehört auch die Entscheidung bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen mehreren Vertretern derselben Person. Allerdings läßt sich diese Entscheidung sprachlich wie begrifflich nur gezwungen unter der „Ersetzung der Zustimmung" mitbegreifen, aber unmöglich ist dies auch nicht. Die Denkschrift 59 spricht dies ausdrücklich aus, und der so ersichtliche Wille des Gesetzes ist im § 82 Abs. 2 FGG. zur Not noch zum Ausdrucke gekommen. Danach darf das Vormundschaftsgericht den vom Vormunde geschlossenen Dienstvertrag, wenn zwischen diesem und dem von der Mutter verlangten zu entscheiden ist, erst nach der Rechtskraft der über die Meinungsverschiedenheit erlassenen Entscheidung genehmigen (§ 1822 Nr. 6, 7).

§ 55.

1. BayObLG. 12. 7. 16, BayRpflZ. 16, 358, ZBlFG. 17, 314. Ist durch eine dem Gesetz entsprechende Mitteilung die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dem Geschäftsgegner des Minderjährigen gegenüber wirksam geworden und kann die genehmigte Verfügung deshalb nicht mehr abgeändert werden (§ 55 FGG.), so wird, wenn die Genehmigung vom Vormundschaftsgerichte gleichwohl zurückgenommen wird, nicht bloß ein wirtschaftliches Interesse, sondern ein Recht des Geschäftsgegners beeinträchtigt, und es steht diesem daher gegen die Rücknahme die Beschwerde zu.

2. Cohn, BuschsZ. 46, 189. Der Abs. 2 hat den § 53 Abs. 2 im Auge und will die Abänderung der Verfügung in der Beschwerdeinstanz ausschließen, wenn die Ehelichkeitserklärung auf Grund der vorzeitig für wirksam erklärten Verfügung der ersten Instanz erfolgt ist. Ferner gilt § 55 Abs. 2 für den Fall, daß die formell rechtskräftige Verfügung mittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angefochten wird oder die Ehelichkeitserklärung irrtümlich vor Eintritt der formellen Rechtskraft ohne die Voraussetzung des § 53 Abs. 2 erfolgt ist.

3. Josef, ZBlFG. 17, 292. Dem § 55 liegt der Rechtsgedanke zugrunde: hat der Vormund einem Dritten von der Genehmigungsverfügung Kenntnis gegeben, so soll die rechtliche Zulässigkeit der Verfügung jeder Anzweiflung entrückt sein, so daß auch das Prozeßgericht sie als rechtmäßig und unabänderlich anzusehen hat. Vgl. zu § 1 unter V 2 f und zu § 32 unter 4.

§ 56.

1. Anweisung des Beschwerdegerichts an das Vormundschaftsgericht, die Volljährigkeit auszusprechen. Darmstadt 24. 3. 16, HessRspr. 17, 42, und Josef, ebenda 154, s. zu § 29 unter 1, 2.

2. Darmstadt 24. 3. 16, OLG. 32, 328. Der Vormund mag kein eigenes Recht auf die Fortdauer der Vormundschaft haben; wohl aber kann er die Beschwerde im Interesse des Mündels verfolgen, weil er davon ausgeht, daß die Volljährigkeitserklärung das Beste des Mündels nicht fördere. Dies Beschwerderecht des Vormundes wird durch das selbständige des Mündels aus § 59 nicht ausgeschlossen. Die Beschwerde steht sonach dem Vormund im Interesse des Mündels zu. — Vgl. zu § 25 unter 2 d.

§ 57.

Schrifttum: Josef, Entziehung der Vermögenssorge und Wegfall der Personensorge in ihrer Einwirkung auf das Beschwerderecht des Vaters, HessRspr. 16, 223.

Zu Nr. 3. a) KG. 8. 10. 15, KGJ. 48, 20, RJA. 15, 26 (s. zu § 20 unter II 6). Das Nachlaßgericht hat kein rechtliches Interesse an der Bestellung von Deszendenzpflegern; denn auf die rechtlich geordneten Beziehungen des Nachlaßgerichts ist die Ablehnung der Pflegschaft in keiner Weise einzuwirken imstande, und sie berührt dessen Rechte in keiner Weise.

b) Wedermann, BayRpflZ. 16, 338, s. zu § 20 unter III 1 (Aufhebung der Erbteilspflegschaft).

Zu Nr. 7. Hamburg 3. 7. 16, JW. 16, 1550. Die Beschwerde gegen die Bewilligung der Vergütung ist auch nach Beendigung der Vormundschaft zulässig.

Zu Nr. 8. KG. 24. 9. 15 (Aussetzung der Entscheidung) s. zu § 20 unter II 4.

Zu Nr. 9. 1. Entziehung des Sorgerechts (JDR. 14 unter 7). a) BayObLG. 11. 2. 15, R. 16 Nr. 1002, ZBlFG. 17, 37. Ist dem Vater die Verwaltung des Kindesvermögens durch letztwillige Verfügung entzogen, so hat er kein Beschwerderecht gegen die Auswahl des Pflegers; denn es handelt sich um eine reine Vermögensverwaltung (JDR. 13 Nr. 9 unter 2; 14 unter 1).

b) Josef, HessRspr. 16, 223. Ist bei der Ehescheidung der Vater für den allein schuldigen Teil erklärt und steht ihm also kraft Gesetzes die Personensorge nicht zu (§ 1635 Abs. 1 Satz 1), oder hat das Vormundschaftsgericht sie gemäß Satz 2 ebenda der Mutter übertragen, so hat der Vater dennoch, zumal sein Recht zur Vertretung des Kindes unberührt bleibt (Abs. 2 ebenda), einen schutzwürdigen Anlaß, die Angelegenheiten des Kindes wahrzunehmen, und es steht dem Vater folglich gegen die im § 57 Nr. 9 FGG. bezeichneten Verfügungen die Beschwerde zu. Dasselbe gilt auch, wenn das Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1666 dem Vater das Sorgerecht entzogen hat oder wenn er die elterliche Gewalt verwirkt hat (§ 1680). Denn trotz dieser Ereignisse dauern die Wirkungen der Blutsverwandtschaft fort, und aus dieser ergibt sich für den Vater ein schutzwürdiger Anlaß zur Wahrung der Kindesinteressen, also auch das Recht, vom Beschwerdegericht allgemein die Nachprüfung der vorbezeichneten Verfügungen zu verlangen.

2. KG. 24. 9. 15, RJA. 15, 2, R. 16 Nr. 1979, ZBlFG. 17, 218. Der Ehefrau des Mündels steht bei Ablehnung ihres Antrags, den Vormund zur Erfüllung der dem Mündel obliegenden Unterhaltspflichten gegen sie und die gemeinsamen Kinder anzuweisen, das Beschwerderecht zu. Jene hat allerdings kein Recht im Sinne des § 20 darauf, daß das Vormundschaftsgericht dem Vormund in ihrem Sinne eine Anweisung erteile; sie mag die ihr gegen den Mündel zustehenden Ansprüche im Rechtswege verfolgen. Wohl aber steht ihr die Beschwerde aus § 57 Nr. 9 zu. Im vorliegenden Falle handelt es sich allerdings nicht,

was das Verhältnis des Mündels zu der Beschwerdeführerin betrifft, um Ansprüche, sondern um Pflichten des Mündels, insbesondere solche zur Tragung des ehelichen Aufwandes und Leistung des Unterhalts für die Kinder. Aber auch die Erfüllung solcher Verpflichtungen ist geeignet und bestimmt, der Sorge für die Person des Mündels Genüge zu leisten, besonders bei einem bevormundeten Volljährigen, denn es handelt sich dabei um die Erfüllung von Verbindlichkeiten, die auch auf sittlichem Gebiete liegen und den nächsten Angehörigen gegenüber bestehen, deren Verabsäumung also geeignet wäre, das persönliche Verhältnis des Mündels zu seiner Frau und seinen Kindern zu trüben und auf diese Weise der Person des Mündels selbst nachteilig zu sein. Deshalb ist an erster Stelle das Beschwerderecht aus § 57 Nr. 9 insoweit zu bejahen, als die Beschwerdeführerin rügt, daß das Vormundschaftsgericht und der Vormund sich weigerten, ihr und ihren Kindern den ferneren Unterhalt zu gewähren. Aber auch soweit die Beschwerdeführerin rügt, daß die Verfolgung einzelner zum gütergemeinschaftlichen Vermögen gehöriger Ansprüche zu Unrecht unterbleibt, ist im Zusammenhange mit dem sonstigen Anliegen ihr Beschwerderecht aus § 57 Nr. 9 zu bejahen, da sie mit der Vervollständigung des gütergemeinschaftlichen Vermögens zugleich eine Erleichterung in der Erfüllung der Verpflichtungen ihres Ehemanns bezweckt.

3. Josef, WürttRpflZ. 16, 84. Hat das Vormundschaftsgericht den Dienst- oder Arbeitsvertrag genehmigt, so findet die Beschwerde aus Nr. 9 statt. Freilich betrifft der Arbeits- oder Dienstvertrag nicht bloß die Person (die Erziehung), sondern auch das Vermögen, d. h. Förderung des persönlichen Wohles und der wirtschaftlichen Umstände; das entzieht aber die Verfügung nicht dem Beschwerderechte. Ein anderer hierher gehöriger Fall ist etwa folgender: Der Vormund schließt mit einer Verpflegungsanstalt einen Vertrag dahin, daß in dieser der Mündel gegen einen jährlichen Entgelt länger als ein Jahr nach der Volljährigkeit aufgenommen werden soll (§ 1822 Nr. 5); hier findet gegen Erteilung oder Versagung der Genehmigung das allgemeine Beschwerderecht aus Nr. 9 statt, so daß es insbesondere auch der unehelichen Mutter zusteht (JDR. 7 unter 3 c).

4. a) Josef, MecklZ. 34, 406 (oben zu § 7 unter 3). Voraussetzung der Nr. 9 ist, daß der Beschwerdeführer lediglich zum Besten des Kindes tätig wird, nicht aber lediglich eigene Interessen verfolgt, wie dies bei der Mutter zutrifft, die die Unzuständigkeit des Vormundschaftsgerichts deshalb rügt, weil sie — entgegen der Ansicht des Vormundschaftsrichters — sich zur Auseinandersetzung mit dem Kinde überhaupt nicht für verpflichtet hält.

b) KG. 24. 9. 15 s. zu § 20 unter II 4 (Interesse des Kindes).

5. Hamburg 17. 4. 16, OLG. 33, 1, ZBlFG. 17, 140. Beschwerderecht Verwandter gegen Auswahl des Vormundes.

6. BayObLG. 19. 11. 15, R. 16 Nr. 305. Der Stiefvater ist in persönlichen Angelegenheiten des Stiefsohns beschwerdeberechtigt; daß er lediglich eigene Interessen verfolgt, ist nicht zu vermuten.

7. KG. 7. 5. 15, KGJ. 48, 11, ZBlFG. 17, 33. Hat der Vormund für den Mündel den Austritt aus der Kirche erklärt, so kann das Pfarramt im Wege der Beschwerde verlangen, daß die Entgegennahme der Austrittserklärung und die darüber erteilte Bescheinigung für unwirksam erklärt werde. Denn wenn jener Austritt im engeren Sinne auch nur bürgerlich-rechtliche Wirkung äußert, so ist er doch in weiterem Sinne eine Angelegenheit, die die Sorge für die Person des Mündels betrifft.

8. Josef, WürttRpflZ. 16, 87 (gegen BayObLG., JDR. 3 unter 13). Hat der Entmündigte den die Entmündigung aussprechenden Beschluß gemäß § 684 ZPO. angefochten und beantragt, daß seinem Rechtsanwalte vom Vormund ein Vorschuß gezahlt werde, lehnt aber das Vormundschaftsgericht es ab, den Vormund hierzu anzuweisen, so steht dem Anwalte hiergegen die Beschwerde nicht zu, da die Verfügung nicht die Sorge für die Person, sondern lediglich das Vermögen des Mündels betrifft. Zudem ist Voraussetzung dieses Beschwerderechts, daß der Beschwerdeführer lediglich zum Besten des Mündels tätig wird, während der Anwalt hier, wie anzunehmen, in seinem eigenen Interesse die Beschwerde einlegt.

§ 59.

Schrifttum: Josef, Meinungsverschiedenheit zwischen der unehelichen Mutter und dem Vormunde, sowie das selbständige Beschwerderecht des Mündels, WürttRpflZ. 16, 83.

1. Josef, WürttRpflZ. 16, 83. Der bloße Umstand, daß eine das Vermögen des Mündels betreffende Angelegenheit zugleich irgendwie mittelbar auch dessen Person betrifft, begründet nicht das selbständige Beschwerderecht des Mündels aus § 59 gegen die in dieser Angelegenheit ergehende Verfügung, die inhaltlich nur mit dem Vermögen des Mündels sich befaßt. — Andererseits gibt es Angelegenheiten, die untrennbar und einheitlich sowohl die Person als auch das Vermögen des Mündels betreffen, so daß dieses auch von der eine solche Angelegenheit regelnden Verfügung gilt. Während z. B. die Verfügung, durch die das Vormundschaftsgericht den vom Vormund über den Unterhalt des Mündels geschlossenen Vergleich genehmigt, sich nur mit dem Vermögen des Mündels befaßt und lediglich mittelbar auf dessen Person Einfluß hat, betrifft z. B. die Verfügung, durch die das Vormundschaftsgericht über die zwischen der unehelichen Mutter und dem Vormunde betreffs eines abzuschließenden Dienstvertrags bestehende Meinungsverschiedenheit entscheidet (§ 1629) oder durch die es den Abschluß eines Dienstvertrags genehmigt (§ 1822 Nr. 7), einheitlich und untrennbar sowohl die Person als auch das Vermögen des Mündels, so daß ihm gegen diese Verfügungen das selbständige Beschwerderecht aus § 59 zusteht.

2. BayObLG. 2. 6. 16, OLG. 33, 11, R. 16 Nr. 1623—1625, ZBlFG. 17, 144 u. 311. Soweit einem Bevormundeten gesetzlich die Geschäftsfähigkeit zusteht, kann er auch selbständig Beschwerde nach Maßgabe des FGG. einlegen, so wenn er eine Verletzung des eigenen unbeschränkten Verfügungsrechts nach § 110 BGB. behauptet, nicht dagegen, wenn sein Antrag, den Vormund zur Zahlung eines Unterhaltszuschusses behufs Aufbewahrung von Möbeln anzuweisen, abgelehnt ist.

3. Bettsak, AÖffR. 35, 62. Der Mündel kann die Anordnung der Vormundschaft als ungesetzlich erfolgt anfechten; ist sie gegen einen nicht entmündigten Volljährigen angeordnet, so steht ihm das ordentliche Beschwerderecht aus § 20 wahlweise mit dem außerordentlichen Beschwerderecht aus § 59 zu.

4. Darmstadt 24. 3. 16, HessRspr. 7, 42, ZBlFG. 17, 39. Das selbständige Beschwerderecht des Mündels schließt Recht und Pflicht des Vormundes, für den Mündel Beschwerde einzulegen, nicht aus.

5. Josef, WürttRpflZ. 16, 88. Findet gegen eine unter § 59 fallende Verfügung die sofortige Beschwerde statt, so muß, da das Gesetz offenbar beabsichtigt, den Mündel betreffs der Ausübung der Beschwerdebefugnis auch tatsächlich unabhängig vom Willen des Vormundes zu stellen, die Beschwerdefrist für den Mündel besonders von der Bekanntmachung laufen, so daß also, um die gänzliche Unanfechtbarkeit der Verfügung herbeizuführen, sie neben dem Vormund auch dem Mündel zuzustellen ist.

§ 62.

KG. 26. 11. 15, OLG. 33, 370, RJA. 15, 7, ZBlFG. 17, 221. Maßgebend für die Abänderbarkeit der Genehmigungsverfügung ist der Zeitpunkt der Wirksamkeit des genehmigten Vertrags. Es ist also von dem infolge einer Beschwerde an die Stelle des AG. getretenen LG. zu prüfen, ob zur Zeit seiner Entscheidung, nicht zur Zeit der Beschwerdeeinlegung, der Vertrag bereits wirksam geworden ist. Die Mitteilung der Genehmigung an den Vertragsgegner kann auch durch stillschweigende Willenserklärung des Vormundes erfolgen. (Das LG. hatte auf Grund der Vernehmung des Vormundes festgestellt, daß dieser nach der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung dem Käufer das Land zur Bestellung überlassen, die Verwertung des Zubehörs gestattet und zwei Anzahlungen auf den Kaufpreis angenommen hatte. Durch dieses Verhalten des Vormundes ist sein Wille, von der ihm gegenüber erklärten Genehmigung Gebrauch zu machen, deutlich in die Erscheinung getreten, so daß eine ausdrückliche Mitteilung von der Genehmigung an den Käufer nur eine Form gewesen wäre.)

§ 63.

Hamburg 17. 4. 16, OLG. 33, 1. Weitere Beschwerde auf Grund des § 57 Nr. 9.

Dritter Abschnitt. Annahme an Kindes Statt.

§ 66.

KG. 5. 11. 15, R. 16 Nr. 78, ZBlFG. 16, 632. Bei Bestimmung des Gerichts, das nach § 2 AVf. v. 24. 8. 15 (JMBl. 193) für die Erteilung der Befreiung von dem für die Annahme an Kindes Statt erforderlichen Alter zuständig sein soll, ist § 66 FGG. nur entsprechend anzuwenden. Die Bestimmung des § 2 kann nur bedeuten, daß dasjenige AG. zuständig sein soll, in dessen Bezirke der Annehmende seinen Wohnsitz oder in Ermanglung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat, und zwar zu dem Zeitpunkt, in dem er den Antrag auf Befreiung gemäß § 1745 BGB. gestellt hat.

Vierter Abschnitt. Personenstand.

§ 69.

Josef, HoldheimsMSchr. 16, 58. Wenn das Gericht, bevor es die Berichtigung einer Eintragung im Standesregister anordnet, gemäß § 66 Abs. 2 PStG. v. 6. 2. 75 den Antragsteller auf den Prozeßweg verweist, ist das Urteil für das Registergericht bindend (JDR. 11 zu § 12 unter VIII 3 a).

Fünfter Abschnitt. Nachlaß- und Teilungssachen.

§ 73.

1. Fraeb, Der Erbschaftsvergleich als Verwirklichung des letzten Willens, Eine richterliche Kriegsbetrachtung, RuW. 4, 287 ff. Die heutige Tätigkeit des Nachlaßgerichts ist wenig geeignet, den Richter zu befriedigen. Die begonnene Arbeit muß er weglegen, gerade wenn sich Schwierigkeiten zu türmen beginnen. Es liegt nahe, daß der Richter die Beteiligten über die Anerkennung des Testaments zu gerichtlicher Urkunde hört. Entsteht Streit, so müßte er zu gerichtlichem Erbschaftsvergleiche schreiten. Diese Tätigkeit müßte durch die aus der Testamentseröffnung erwachsene Gerichtsgebühr mitabgegolten gelten. Viele Rechtsstreitigkeiten, fehlerhafte Rechtshandlungen, viel Arbeit und Geld könnten so gespart werden.

2. KG. 28. 10. 15, KGJ. 48, 74. Die Vorschrift, daß Militärpersonen ihren Wohnsitz am Garnisonorte haben, findet auf Kriegsfreiwillige keine Anwendung.

3. KG. 7. 12. 16, JW. 16, 1594. Nach dem Rechte der Vereinigten Staaten von Nordamerika richtet sich die Vererbung von Grundeigentum eines Amerikaners nach dem Rechte des Staates, in dem das Grundstück liegt. Folglich hat das deutsche Nachlaßgericht, in dessen Bezirke das Grundstück des Amerikaners liegt (§ 73 Abs. 3), dessen Testament zu eröffnen. Denn die deutschen Rechtsvorschriften sind stets anzuwenden, wenn auch nur für einen Teil des Nachlasses ein Erbgang nach deutschem Rechte stattfindet (JDR. 14 unter 5; 13 unter 5; 11 unter 5).

4. Zweibrücken 26. 7. 16, BadNotV. 14, 128. Örtlich zuständig für die Verrichtungen des Nachlaßgerichts beim Tode einer Ehefrau ist nicht der Ort, an dem sie getrennt von ihrem Manne wohnte, sondern der Wohnsitz des Mannes, den sie nach § 10 teilt. Das gilt auch, wenn sie berechtigt war, vom Manne getrennt zu leben (§ 1354 Abs. 1).

§ 75.

Wedermann, BayRpflZ. 16, 338. Die Abgabe der Pflegschaft ist gerechtfertigt, wenn Grundbesitz zum Nachlasse gehört und dieser im Bezirk eines anderen Nachlaßgerichts liegt.

§§ 86 ff.

Schrifttum: Paul Schmidt, Aus dem Alltage des Vormundschafts- und Nachlaßrichters, DRZ. 16, 525. — Josef, Geltendmachung des Auseinandersetzungsanspruchs im Verfahren der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit, WürttZ. 16, 309. — Derselbe, Ver-

zeichnung zur Sicherung und zur bloßen Klarstellung des Nachlasses; Zwangsbefugnisse des Nachlaßgerichts zum Schutze Dritter hierbei, HessRspr. 17, 123. — Derselbe, Rechtshilfe bei Auseinandersetzungen, BayNotV. 16, 241.

I. Vorbereitung der Auseinandersetzung durch Nachlaßverzeichnung. Josef, HessRspr. 17, 123. Indem das Gesetz dem Nachlaßgerichte die amtswegige Pflicht auferlegt, zur Sicherung des Nachlasses durch Aufnahme eines Verzeichnisses einzuschreiten, räumt es ihm zugleich die Befugnis ein, dritten Personen die Verpflichtung aufzuerlegen, die in der Sterbewohnung befindlichen Sachen dem Beamten vorzulegen und erforderlichenfalls herauszugeben. Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann das Nachlaßgericht daher erzwingen. Befindet sich dagegen der Nachlaß im Besitz eines der Erben und beantragt ein anderer Erbe beim Nachlaßgerichte die Aufnahme eines Verzeichnisses (etwa zwecks Vorbereitung oder Durchführung der Auseinandersetzung), so liegt dem Nachlaßgerichte nur die Klarstellung des Nachlaßbestandes durch Schaffung einer Urkunde ob, in der der Beamte berichtet, was er auf Grund seiner Wahrnehmungen und der Mitteilungen Dritter als Nachlaß ermittelt hat. Für diesen Fall ist, wenn der Nachlaßbesitzer die Vorlegung des Nachlasses an den mit der Verzeichnung beauftragten Beamten verweigert, dem Nachlaßgerichte nicht die Befugnis eingeräumt, die Vorlegung gegen den Besitzer zu erzwingen; vielmehr hat der Antragsteller sein Recht auf Klarstellung des Nachlasses vor dem Prozeßgerichte durchzuführen. Hierfür spricht auch der dem § 95 FGG. zugrunde liegende Rechtsgedanke.

II. Allgemein. Paul Schmidt, DRZ. 16, 525. Ich habe trotz mehr als zehnjähriger Beschäftigung als Nachlaßrichter noch niemals eine Erbteilung unter Beobachtung der Formvorschriften der §§ 86 ff. FGG. mit ihren Versäumnisfolgen und dem Bestätigungsbeschlusse durchzuführen Gelegenheit gehabt und Akten, worin dies geschehen wäre, nur vereinzelt zu Gesicht bekommen. Insbesondere bei sächsischen Gerichten scheint sich das Verfahren keiner Beliebtheit zu erfreuen. Ich habe den Eindruck, als wenn es sich niemals recht einbürgern wird und vielleicht durch Nichtanwendung außer Gebrauch kommt. Der Grund liegt wohl darin, daß es für die Regelfälle (Auseinandersetzung des überlebenden Ehegatten mit den Kindern infolge seiner Wiederverheiratung, Erbteilung unter bevormundeten Geschwistern usw.) mit seinen formellen Ladungen zu umständlich ist und, wenn die Beteiligten unter einen Hut zu bringen sind, völlig gegenstandslos wird, weil dann meist in einem Termine, wozu sie freiwillig erscheinen, die Erbteilung gerichtlich beurkundet und dadurch das Verfahren bindend zum Abschlusse gebracht wird. Kann eine gütliche Einigung nicht erzielt werden, so sind sie ohnehin auf den Prozeßweg zu verweisen. Ist die Erbschaft sehr zersplittert und sind zahlreiche Erben vorhanden, so wird vom Gericht ein Teilungsplan aufgestellt und den Beteiligten durch Ersuchen der Gerichte ihres Wohnorts zum Beitritte vorgelegt; ist dieser beurkundet, so pflegt man sich den Bestätigungsbeschluß der §§ 91, 96 FGG., der doch nur für die kaum jemals in Betracht kommende Zwangsvollstreckung von Wichtigkeit ist, meist zu schenken. Es wäre anregend zu wissen, welche Erfahrungen von Kollegen in anderen Bundesstaaten mit der gerichtlichen Vermittlung nach §§ 86 ff. FGG. gemacht worden sind. Es wird hierbei mit den Ladungsfristen, den Beurkundungen über vorbereitende Maßregeln usw. doch für die Regelfälle mit Kanonen nach Spatzen geschossen, wie so vielfach in der gesamten streitigen und freiwilligen Rechtspflege; als Kern bleibt die vertragsmäßige Beurkundung der Auseinandersetzung, die mit einfacheren Mitteln zu erreichen ist.

III. Geltendmachung des Auseinandersetzungsanspruchs im Verfahren der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Erbrechtsfeststellungsklagen während des schwebenden Auseinandersetzungsverfahrens; Rechtshängigkeit; Veräußerlichkeit der Erbteile während des Verfahrens; Eintritt des Erwerbers in das Verfahren; Rücknahme des Antrags; Streit zwischen Pfandgläubiger und Pfändungsgläubiger (FDR. 13 unter II 4). 1. Josef, WürttZ. 16, 309. a) Hat ein Beteiligter das Auseinandersetzungsverfahren beantragt und ist im

Verhandlungstermine vor dem Nachlaßgerichte niemand erschienen, so kann der Antragsteller, ohne das beim Nachlaßgericht anhängige Verfahren zurückzunehmen, gegen die Miterben beim Prozeßgericht auf Feststellung seines Teilnahmerechts Klage erheben. Denn die Anhängigkeit im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit begründet keine Rechtshängigkeit des eingeklagten Anspruchs. Und ebensowenig werden durch das Schweben eines Rechtsstreits über das Erbrecht die Parteien gehindert, den Auseinandersetzungsanspruch durch Antrag beim Nachlaßgerichte zu verfolgen; doch kann dieses gemäß § 87 Abs. 2 FGG. dem Antragsteller als Unterlage seines Anspruchs die Beibringung des Urteils aufgeben, durch das der Widerspruch gegen sein Recht beseitigt wird. b) Im Auseinandersetzungsverfahren können sowohl der Antragsteller als auch die belangten Miterben beliebig ihre Erbanteile veräußern; hiermit erlischt ihre Befugnis, im Verfahren vor dem Nachlaßgerichte rechtsgestaltend teilzunehmen, und es tritt schlechthin der Erwerber des Erbanteils an ihre Stelle; er muß die Rechtslage des Veräußerers so, wie sie durch dessen Verhalten (z. B. durch Versäumnis) sich gestaltet hat, hinnehmen. Nimmt der Veräußerer unter Verheimlichung der erfolgten Veräußerung am ferneren Verfahren teil und kommt unter seiner Mitwirkung die Auseinandersetzung zustande, so ist diese, auch wenn sie gerichtlich bestätigt ist, für den Erwerber des Erbteils nicht bindend; er kann vielmehr sein Recht gegen die Miterben im Prozesse durchführen, auch eine neue Auseinandersetzung beantragen. c) Hat das Nachlaßgericht die Auseinandersetzung einmal beurkundet, so liegt ihm die amtswegige Pflicht zur Bestätigung ob; auf diese hat danach jeder Beteiligte ein Recht; danach fällt diese Pflicht des Gerichts nur weg, wenn sämtliche Beteiligte den Auseinandersetzungsantrag zurücknehmen oder auf die Bestätigung verzichten, nicht also schon bei Rücknahme oder Verzicht desjenigen Beteiligten allein, der die Auseinandersetzung beantragt hat. Die Rücknahme (der Verzicht) sämtlicher Beteiligter ist zu beachten bis zur Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses, also auch, wenn das Nachlaßgericht ihn bereits den Beteiligten bekanntgemacht hat. d) Hat der Erwerber eines Erbanteils den Antrag auf Auseinandersetzung gestellt und ordnet sodann auf Antrag eines dem Erwerber im Range nachstehenden Pfändungsgläubigers das Vollstreckungsgericht die Versteigerung des Erbanteils an, so steht dem ersteren gegen den letzteren der Anspruch auf Einstellung der Zwangsvollstreckung zu. Denn mit der durch den Auseinandersetzungsantrag geschaffenen Rechtslage wäre unvereinbar die Rechtslage, die durch die Anordnung der Versteigerung herbeigeführt ist, da diese das Auseinandersetzungsverfahren gegenstandslos machen könnte.

2. KG. 16. 9. 15, KGJ. 48, 161, ZBlFG. 17, 84. Ein Gläubiger, der den Erbteil seines Schuldners als Miterben hat pfänden lassen, kann nicht an Stelle des Schuldners einen Auseinandersetzungsvertrag betreffs des Nachlasses selbständig abschließen. Er ist indes selbständig zum Antrag auf Vermittlung der Auseinandersetzung, die unter Zuziehung des Schuldners als Beteiligten zu erfolgen hat, befugt.

3. (Kosten.) LG. München 18. 5. 16, BayRpflZ. 12, 298, ZBlFG. 17, 306. Nach Art. 131 Abs. 1 Satz 2 BayAGBGB. sind die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit von dem zu tragen, in dessen Angelegenheit die amtliche Verrichtung stattfindet. Dieser hat die einem anderen Beteiligten entstandenen Kosten zu erstatten, soweit die Aufwendungen zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren. Diese Bestimmung trifft zu, wo die Mitwirkung einer für unbekannte, voraussichtlich nie zur Existenz gelangende Nacherben eingesetzten Pflegschaft für die Auseinandersetzung des Nachlasses hauptsächlich im Interesse des Vorerben in Anspruch genommen wird (§ 1836 BGB.).

IV. Begriff und Voraussetzungen des Nachlasses und der Auseinandersetzung, Nachtragsauseinandersetzung (FDR. 11 unter II). 1. Josef, BayNotV. 16, 253, wie ZBlFG. 12, 104 (FDR. 11 unter II 2).

2. KG. 24. 3. 16, R. 16 Nr. 1376, ZBlFG. 17, 149. Haben die Eheleute die fortgesetzte Gütergemeinschaft dadurch ausgeschlossen, daß sie in einem gemeinschaftlichen Testamente sich gegenseitig zu befreiten Vorerben und die Kinder zu Nacherben eingesetzt haben,

so enthält eine Vereinbarung des überlebenden Ehegatten mit seinen Kindern über die Teilung des früheren gütergemeinschaftlichen Vermögens (z. B. durch Überlassung des Grundstücks an ein Kind unter Aussetzung eines Altenteils) keine Auseinandersetzung im Sinne des § 86 und des PrGKG.

3. BayObLG. 19. 6. 16, R. 16 Nr. 1734, ZBlFG. 17, 317. Die gemeinschaftliche Bestimmung der sämtlichen Miterben, daß die Miterbengemeinschaft hinsichtlich eines bestimmten Gegenstandes aufgehoben sein solle, entscheidet wirksam über das Ausscheiden dieses Gegenstandes aus dem Vermögen der Erbengemeinschaft. In welcher Form die Erben den ausgeschiedenen Vermögenswert unter sich teilen und für ihre Ansprüche auf ihn befriedigt werden, ist ohne Bedeutung für die Frage der Fortdauer der Erbengemeinschaft in Ansehung dieses Gegenstandes. Damit, daß die Erben durch Vertrag die Erbengemeinschaft hinsichtlich des vom Erblasser geführten Geschäfts aufgehoben und bestimmt haben, daß sie dieses Geschäft nunmehr als „Miteigentümer" besitzen, hat das Geschäft aufgehört, Bestandteil des erbengemeinschaftlichen Vermögens zu sein. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Miterben das Geschäft mit den Vorräten in eine von ihnen begründete offene Handelsgesellschaft einlegen und damit wiederum eine Gesamthandgemeinschaft begründen.

4. Dresden 23. 10. 15, OLG. 32, 416, ZBlFG. 17, 148. Ein neues Erbauseinandersetzungsverfahren ist zulässig, wenn das durchgeführte Verfahren nach dem Willen der Beteiligten nicht den ganzen Nachlaß umfaßte, also eine bloße Teilauseinandersetzung war. Bleiben also nach der Bestimmung des Teilungsplans gewisse Forderungen des Nachlasses und gegen den Nachlaß unberücksichtigt, so ist eine weitere Auseinandersetzung geboten. Die Verweisung auf den Rechtsweg ist erst zulässig, wenn in dem neu eingeleiteten Verfahren keine Einigung zustande kommt. In dem neuen Verfahren sind auch neu aufgefundene Erbschaftssachen und Verbindlichkeiten zu berücksichtigen.

§ 87.

1. Josef, WürttZ. 16, 309; s. zu § 86 unter III 1 a (Erbrechtsfeststellungsurteil).

2. Josef, HoldheimsMSchr. 16, 58 (FDR. 11 zu § 12 unter VIII 3 a). Ist die Auseinandersetzung beantragt und bestreitet ein Dritter deren Zulässigkeit, so kann das Nachlaßgericht gemäß § 87 Abs. 2 dem Antragsteller die Beseitigung dieses Widerspruchs, also die Beibringung eines prozeßgerichtlichen Urteils aufgeben. Macht das Nachlaßgericht von diesem Rechte Gebrauch, lehnt es also die selbständige Entscheidung über diesen Widerspruch und hiermit die Anberaumung des Verhandlungstermins ab, so ist das so vom Antragsteller auf das Verlangen des Nachlaßgerichts erwirkte Urteil für dieses bindend.

§ 88.

Colmar 15. 12. 15, OLG. 32, 26. Bestellung eines Abwesenheitspflegers für einen im Okkupationsgebiete befindlichen feindlichen Staatsangehörigen ist nicht angemessen.

§ 89.

Josef, BayNotV. 16, 241, a) Rechtshilfe zur Abhaltung des Verhandlungstermins; s. zu § 2 unter III (FDR. 14 unter 1), b) Bemerkungen zum Bayerischen Landesrecht.

§ 91.

1. Darmstadt 28. 5. 15, DJZ. 16, 999. Der § 91 bezieht sich nicht auf die Auseinandersetzung selbst, sondern nur auf vorbereitende Maßregeln. Enthält die in dem auf Grund des § 91 anberaumten Termine getroffene Vereinbarung eine endgültige Regelung der Teilung selbst, so kann die hierzu fehlende Zustimmung Beteiligter nicht im Versäumnisverfahren ersetzt und die Vereinbarung nicht bestätigt werden.

2. Josef, BayNotV. 16, 241. Die nachträgliche Zustimmung eines Beteiligten zu der von den im Verhandlungstermin erschienenen Beteiligten vereinbarten Auseinandersetzung (§ 91 Abs. 2) wirkt infolge des § 184 BGB. auf den Zeitpunkt der im Verhandlungstermin erklärten Auseinandersetzung zurück; infolge der dem nachträglichen Beitritte beigelegten rückwirkenden Kraft wird also die Rechtslage so beurteilt, als ob der Beitretende bereits im Verhandlungstermine seine Erklärungen abgegeben hätte.

§ 93.

Josef, WürttZ. 16, 309. Rücknahme des Antrags, Verzicht auf Bestätigung, s. zu § 86 unter III 1 c.

§ 95.

1. Josef, HessRspr. 17, 123. Streitigkeiten wegen der Verzeichnungspflicht, s. zu § 86 unter I.

2. AG. Stuttgart 24. 8. 15, RheinNotZ. 60, 238, ZBlFG. 16, 629. Ein vor Beginn des Erbauseinandersetzungsverfahrens erhobener Widerspruch eines Beteiligten gibt dem Nachlaßgerichte nicht das Recht, die Einleitung des Verfahrens abzulehnen. Freilich ist das Nachlaßgericht, wie anerkannten Rechtens, nicht dazu berufen, streitige Fragen unter den Beteiligten zu entscheiden; wohl aber hat es seine Vermittlertätigkeit in den Dienst der Aufgabe zu stellen, zwischen den uneinigen Beteiligten eine Einigung herbeizuführen. (Dagegen KGJ. 32, 114, JDR. 5 unter II.)

Sechster Abschnitt. Schiffspfandrecht.

Schrifttum: Josef, Rechtsmittel gegen Eintragungen ins Schiffsregister; Rechtsbegründende und kundbarmachende Eintragungen, HoldheimsMSchr. 16, 143. — Derselbe, Übernahme eines eingetragenen Schiffes als Hilfskriegsschiff in ihrer Einwirkung auf das Register, ebenda 145.

§§ 100 ff.

Josef, HoldheimsMSchr. 16, 143. Die Eintragungen im Schiffsregister sind von zweierlei Art. Die einen betreffen Schiffspfandrechte; hier wirkt die Eintragung rechtsbegründend, ganz wie bei der Hypothek: nach § 1260 BGB. ist zur Bestellung des Schiffspfandrechts Einigung des Schiffseigentümers und des Gläubigers sowie Eintragung erforderlich. Die anderen betreffen das Schiff selbst, also die Eintragung des Eigentums oder die Löschung des Schiffes im Register. Hier ist die Eintragung nur kundmachender Natur: der Eigentumserwerb an dem Schiffe im Falle der Veräußerung erfolgt durch Übergabe, die auch durch die bloße auf sofortigen Eigentumsübergang gerichtete Vereinbarung der Vertragschließenden ersetzt wird; Art. 474 HGB., § 929 BGB. Der Erwerb ist also an die Eintragung des Erwerbers nicht geknüpft. Dieser ist aber bei Vermeidung von Ordnungsstrafen verpflichtet, den Erwerb zum Register anzumelden. Ob eine Eintragung rechtsbegründenden Inhalts, also von Schiffspfandrechten erfolgen soll, hat allein der Richter als der alleinige Vertreter des Registergerichts zu bestimmen; folglich hat das Gesetz, wenn es in §§ 1260ff. BGB., 100ff. FGG. von Eintragungen im Schiffsregister spricht, nur Eintragungen im Auge, die der Richter als der gesetzliche Vertreter des Registergerichts angeordnet hat. Das muß angenommen werden, solange sich nicht aus dem Gesetze zwingend die entgegengesetzte Folgerung rechtfertigt; daraus folgt, daß die gedachten Gesetze eine Eintragung voraussetzen, die auf Anordnung des Richters erfolgt ist. Liegt eine solche Anordnung vor und bewirkt der Gerichtsschreiber die Eintragung versehentlich abweichend von der Anordnung, so liegt immerhin eine Eintragung im Sinne des Gesetzes vor. Dagegen ist eine Einschreibung, die der Gerichtsschreiber (oder gar sonst ein unbefugter Dritter) vornimmt, ohne daß überhaupt eine Anordnung des Amtsrichters vorliegt, oder die er in bewußter Abweichung von der Anordnung, also vorsätzlich fälschlich bewirkt, keine Eintragung im Sinne der gedachten Gesetze, sie gilt folglich als rechtlich nicht vorhanden. — Während nun Eintragungen von Schiffspfandrechten rechtsbegründend sind, indem sie das dingliche Recht zur Entstehung bringen, ist die Eintragung des Eigentums am Schiffe und der Löschung des Schiffes im Register von lediglich kundmachender Wirkung; sie dient dazu, gewisse verkehrserhebliche Rechtsverhältnisse kundzumachen und ist wirkungslos, wenn das beurkundete Rechtsverhältnis in Wahrheit nicht besteht. Bei diesem Zwecke solcher Eintragungen, Dritten die Kenntnis von einem Sachverhalte beizubringen, genügt die bloße Tatsache der erfolgten Eintragung, mag sie auch ohne Anordnung des Registerrichters erfolgt sein.

§ 104.

Josef, HoldheimsMSchr. 16, 144. Der Kreis der zulässigen Eintragungen ist gesetzlich beschränkt auf Eigentum und Schiffspfandrecht. Es kann daher ein Nießbrauch am Schiffe ebensowenig eingetragen werden wie Reallasten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten. Wohl aber kann bei den zum Nachlasse gehörigen Schiffspfandrechten eingetragen werden, daß jemandem an der gesicherten Forderung der Nießbrauch zusteht. Denn der § 104 trifft Bestimmungen für den Fall, daß eine „Belastung" der Forderung, für die ein Schiffspfandrecht besteht, eingetragen werden soll; als Belastung aber kommt das Pfandrecht und der Nießbrauch in Betracht.

§ 119.

1. KG. 24. 9. 15. Vgl. oben S. 679.

2. Josef, HoldheimsMSchr. 16, 143. Ein Widerspruch kann nach der Sondervorschrift des § 119 im Schiffsregister nur eingetragen werden, sofern die Eintragung eines Schiffspfandrechts auf Verletzung gesetzlicher Vorschriften beruht, nicht dagegen, wenn diese Verletzung vorgekommen ist bei sonstigen Eintragungen, so betreffs des Eigentums am Schiffe oder Löschung im Register.

§ 122.

1. KG. 24. 9. 15, KGJ. 48, 137, RJA. 14, 291, ZBlFG. 17, 95. Die Beschwerde gegen die Eintragung der Löschung des Schiffes im Schiffsregister ist unzulässig, weil Eintragungen nicht Verfügungen im Sinne des § 19 sind (JDR. 13 zu § 19 unter 8). Dagegen

2. Josef, HoldheimsMSchr. 16, 143. Der Umstand, daß § 122 die Beschwerde gegen eine Eintragung betreffs des Schiffspfandrechts für unzulässig erklärt, also für diesen Fall besondere Bestimmungen trifft, läßt darauf schließen, daß nach der Absicht des Gesetzes betreffs sonstiger Eintragungen im Schiffsregister, also betreffs der Eintragung des Eigentums am Schiffe oder dessen Löschung im Register, keine Besonderheit gilt. Nun ist aber die Entschließung des Registergerichts, durch die es behufs Kundbarmachung eines Rechtsverhältnisses eine Eintragung in das Schiffsregister bewirkt, eine Verfügung, durch die das Recht des Eingetragenen oder Dritter schon aus dem Grunde beeinträchtigt sein kann, weil jede Eintragung eine Vermutung für die Richtigkeit des eingetragenen Verhältnisses erzeugt. Daher steht gegen die Eintragung (und sogar schon gegen die Eintragungsanordnung) dem Beeinträchtigten die Beschwerde zu.

Siebenter Abschnitt. Handelssachen.

§ 127.

Josef, HoldheimsMSchr. 16, 54. a) Die rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeit der dem Registergericht obliegenden Entscheidung berechtigt nach der aus § 127 ersichtlichen Absicht des Gesetzes das Registergericht, die Verfügung bis zur Entscheidung des Prozeßgerichts auszusetzen, also die Befassung mit dem Parteistreit abzulehnen, weil es behufs Erlangung einer zutreffenden Entscheidung sachgemäßer ist, daß sie in solchem Falle durch das Prozeßgericht erfolge. Das gilt folglich auch dann, wenn das Interesse der Beteiligten eine schleunige Entscheidung verlangt; denn auch in diesem Falle erfordert die Entscheidung jene eingehende Befassung mit der Streitfrage, die nach der Absicht des Gesetzes das Registergericht von sich soll abwälzen können, weil sie sachgemäßer vom Prozeßgerichte getroffen werden kann und das Registergericht sich zu ihr nicht berufen fühlt. Macht das Registergericht Gebrauch von der ihm hiernach zustehenden Berechtigung, die selbsttätige Entscheidung des Streites abzulehnen, und ist dieser noch nicht rechtshängig, so muß das Registergericht demjenigen Beteiligten, den es als materiell beweispflichtig erachtet, eine Frist zur Erhebung der Klage bestimmen. Nun liegt zwar dem Registergerichte die Überwachung der Richtigkeit des Handelsregisters ob; daraus folgt aber nicht seine Pflicht, bei jeder Möglichkeit einer Unrichtigkeit Ermittlungen anzustellen und Entscheidungen zu treffen, obwohl die Unrichtigkeit Umstände betrifft, an deren Richtigstellung nur bestimmte Beteiligte ein Interesse haben. Betätigen sie dieses nicht durch Erhebung der ihnen aufgetragenen Klage,

so darf das Registergericht die Registereintragung als richtig ansehen. b) Zeigt jemand dem Registergerichte den Tod eines Firmeninhabers an und beantragt er seine Eintragung auf Grund Testaments, weiß aber das Registergericht, daß das Testament auf Grund der §§ 2078, 2079 durch Erklärung vor dem Nachlaßgericht angefochten oder auch nur anfechtbar ist, so kann das Registergericht (wie das Grundbuchamt, KGJ. 29, 160) die Vorlegung des Erbscheins verlangen. — Weiß das Registergericht, daß das Nachlaßgericht den Erbschein wegen Unrichtigkeit zurückverlangt hat oder auch nur über die Richtigkeit Ermittlungen anstellt, so kann es nach dem allgemeinen Grundsatze des § 12 das Eintragungsverfahren aussetzen, bis das Nachlaßgericht sich über die Einziehung schlüssig gemacht hat. — Weiß das Registergericht, daß die Rechtsgültigkeit des Testaments oder die Richtigkeit des Erbscheins bestritten, aber der Rechtsstreit noch nicht anhängig oder das Nachlaßgericht noch keine Schritte getan hat, so kann es dem Gegenbeteiligten nach § 127 Satz 2 die Klagefrist bestimmen; bei deren fruchtlosem Ablauf erfolgt dann die Eintragung. c) Bringen die Beteiligten die rechtskräftige Entscheidung des Prozeßgerichts bei, so ist sie für das Registergericht bindend. Denn indem dieses die Beteiligten auf den Prozeßweg verweist, lehnt es die selbständige Entscheidung des streitigen Sachverhalts ab; hiermit erklärt es: es solle die vom Beteiligten zu erwirkende Entscheidung des Prozeßgerichts maßgebend sein, und es übernimmt hiermit die Verpflichtung, diese Entscheidung ohne eigene Prüfung demnächst seiner Entscheidung über die Berichtigung zugrunde zu legen. Mit dem Wesen dieser den Beteiligten gemachten Auflage wäre eine Nachprüfung des Urteils durch das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit unvereinbar (JDR. 11 unter VIII zu § 12). d) Die infolge des Konkurses eintretende Entziehung der Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners hat zur Folge, daß Klagen, die dieser nach der Konkurseröffnung in den die Masse betreffenden Prozessen erhebt, als unzulässig abzuweisen sind. Dagegen hat das Registergericht, dem im Falle des § 127 der Nachweis der Klagerhebung zu führen ist, die Klage auch dann als rechtswirksam erhoben anzusehen, wenn sie vom Gemeinschuldner erhoben ist; denn diesem Gerichte steht eine Prüfung der Begründetheit des erhobenen Anspruchs, also auch der Frage, ob der Gemeinschuldner zu ihrer Erhebung befugt ist, nicht zu. Noch weniger steht dem Registergericht in diesem Falle eine Prüfung der Richtigkeit des erstrittenen Urteils, also gleichfalls der Frage zu, ob der Gemeinschuldner oder ob der Konkursverwalter zur Erhebung der Klage legitimiert war (JDR. 9).

§ 129.

Dresden 2. 10. 15, RJA. 15, 37, LeipzZ. 16, 188, OLG. 33, 5, R. 16 Nr. 1980, ZBlFG. 17, 243 (JDR. 11 unter 4). Zur Anwendung dieser Vorschrift ist nicht erforderlich, daß der Notar auch die Anmeldung der beschlossenen Rechtsänderung zur Eintragung in das Handelsregister beurkundet oder beglaubigt hat; doch muß bei Anmeldung der Änderung des Gesellschaftsvertrags einer GmbH. der Notar die Geschäftsführer benennen, in deren Auftrag er die Anmeldung bewirkt. Hat der Notar außer der Erklärung, auf der die einzutragende Rechtsänderung beruht, auch die Anmeldung der Rechtsänderung zur Eintragung im Handelsregister durch den zur Anmeldung Verpflichteten beurkundet oder beglaubigt, so ist nicht noch ein Antrag des Notars erforderlich, sondern es genügt die Einreichung der von dem Notare beurkundeten oder beglaubigten Anmeldung. Unter der zu einer Eintragung erforderlichen Erklärung im Sinne des § 129 ist daher lediglich die Erklärung zu verstehen, durch die die einzutragende Rechtsänderung herbeigeführt wird. Die „Gesellschaft" ist zur Anmeldung nicht verpflichtet, sondern deren Geschäftsführer, die sonach der Notar als Vollmachtgeber zu benennen hat. Vgl. zu § 28 unter 2.

§ 130.

KG. 15. 10. 15, OLG. 31, 301, ZBlFG. 16, 379. Auch beglaubigte Abschriften öffentlicher Urkunden sind, wenn die Beglaubigung durch eine öffentliche Behörde erfolgt, öffentliche Urkunden. Dies gilt auch von beglaubigten Abschriften, die von einer beglaubigten Abschrift einer öffentlichen Urkunde erteilt sind. Eintragungsbenachrichtigungen auf Grund

des § 130 Abs. 2, die der Gerichtsschreiber im Rahmen seiner Zuständigkeit erteilt (§ 13 AVf. v. 7. 11. 99), sind öffentliche Urkunden im Sinne des § 29 GBO. und für die mitgeteilte Eintragung im Handelsregister beweiskräftig.

§ 132.

Schrifttum: Josef, Ordnungsstrafverfahren wegen Firmenmißbrauch; Form des Einspruchs; Widerruf von Geständnissen; Aussetzung des Verfahrens; Konkurs des Belangten, HoldheimsMSchr. 16, 54.

Josef, HoldheimsMSchr. 16, 54. a) Das Gesetz enthält keine Vorschrift, daß der Einspruch im Ordnungsstrafverfahren die Unterschrift des Belangten tragen müsse. Die Übertragung der für den Zivilprozeß geltenden Vorschriften auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist unzulässig, weil in diesem die Grundsätze des Vorgehens von Amts wegen, der Formlosigkeit und möglichster Rücksicht auf die Interessen der Beteiligten gelten. Hier genügt es danach, daß das Schriftstück die äußerlichen Kennzeichen einer abgeschlossenen, von einer bestimmten Person an das Gericht gerichteten Willensäußerung an sich trägt; diese Kennzeichen können auch beim Mangel einer Unterschrift oder wenn das Schriftstück nicht mit dem richtigen dem Belangten zustehenden Namen unterzeichnet ist, vorhanden sein, so wenn das Schriftstück verläßlich beglaubigte Handzeichen oder die Unterstempelung einer Behörde oder sonst deren Bezeichnung oder den früheren Namen des Beteiligten enthält und nicht etwa besondere Umstände Zweifel erregen an dem Willen des Urhebers, die Schrift an das Gericht gelangen zu lassen. Bestehen trotz des Vorhandenseins solcher Anhaltspunkte für den Urheber und für diesen Willen doch Zweifel, so ist das Registergericht in dieser nur von der Willkür der Beteiligten abhängenden Verfahrensvorfrage zu Ermittlungen von Amts wegen nicht verpflichtet; es wird nur ex nobili officio dem vermutlichen Absender mitteilen, daß das unterschriftslose Schriftstück mangels genügender Kennzeichen nach Lage des Falles nicht als ein Einspruch gelten könne. Bringt sodann der vermutliche Absender durch weitere Erklärungen dem Registergerichte die Überzeugung bei, daß das Schriftstück von ihm ausgegangen sei, so entsteht erst damit für das Gericht die Pflicht, auf den Einspruch sachlich zu entscheiden; er ist als verspätet zurückzuweisen, wenn die ergänzenden Erklärungen des Belangten erst nach dem Ablaufe der Einspruchsfrist eingehen. b) Die Verpflichtung des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, von Amts wegen den wahren Sachverhalt zu ermitteln, hat zur Folge, daß das Gericht die im Verfahren abgegebenen Erklärungen des Beteiligten auch dann berücksichtigen muß, wenn sie im Widerspruche stehen mit seinen früheren Erklärungen; dem Beteiligten liegt also nicht der Nachweis ob, daß letztere durch Irrtum veranlaßt waren. Daher hat das Registergericht, wenn der Anmeldungspflichtige und demnächst im Ordnungsstrafverfahren wegen Firmenmißbrauchs Belangte eine früher von ihm angemeldete Tatsache nachträglich als unrichtig bezeichnet, festzustellen, ob die später oder die früher angemeldete Tatsache der Wahrheit entspricht.

§§ 133, 139.

KG. 1. 10. 15, KGJ. 48, 117, RJA. 15, 33, OLG. 33, 8, R. 16 Nr. 1981, ZBlFG. 17, 240. Der die Ordnungsstrafe festsetzende Beschluß ist vom Beschwerdegericht aufzuheben, wenn bei Erlaß der Beschwerdeentscheidung die Strafe schon bezahlt und die Handlung schon vorgenommen war. Die Strafen sind nicht als Sühne für bewiesenen Ungehorsam, sondern als Zwangsmittel zur Beugung des Willens der Beteiligten gedacht. Kommen die Beteiligten der gerichtlichen Anordnung nach, so ist der Zweck des Verfahrens erreicht und für die Festsetzung der angedrohten Strafe kein Raum mehr. Da nun, wie gleichfalls anerkannt, das Beschwerdegericht vollständig an die Stelle der ersten Instanz tritt und daher das gesamte zur Zeit seiner Entscheidung vorhandene Tatsachenmaterial neu zu würdigen hat, so hat es seine Entscheidung darauf abzustellen, ob die straffestsetzende Verfügung sich auch noch in dem Augenblick als gerechtfertigt erweist, in welchem die Entscheidung auf die Beschwerde ergeht. Ist der gerichtlichen Anordnung vor diesem Zeitpunkte Genüge geleistet, so ist deshalb von Zwangsmaßnahmen abzusehen. An der Anwendbarkeit dieser Grundsätze wird auch dadurch

nichts geändert, daß die Ordnungsstrafe vor Beendigung der zweiten Instanz bezahlt worden ist. Der in KGJ. 41, 34 (JDR. 11 zu § 33 unter 2) vertretene abweichende Standpunkt kann nicht aufrechterhalten werden. Die Zahlung, der die Beitreibung insofern gleichsteht, ist eine Kassenverwaltungsangelegenheit und als solche ohne Einfluß auf die für die Entscheidung des LG. allein maßgebende Frage, ob zur Zeit seiner Beschlußfassung noch die Notwendigkeit eines Beugezwanges vorhanden ist. Die Rechtslage ist nicht anders, als wenn die Beteiligten nach der Androhung, aber vor der Festsetzung der Strafe durch das AG., der Auflage genügt und die angedrohte Strafe gezahlt hätten. Ebensowenig wie das AG. in solchem Falle noch die Straffestsetzung aussprechen könnte, kann das LG. dies tun, das nach den obigen Ausführungen die gesamte Rechtslage von den gleichen Gesichtspunkten wie das AG. unter Abstellung auf den Zeitpunkt der eigenen Entscheidung erneut zu prüfen hat.

§ 140.

1. BayObLG. 11. 2. 16, BayRpflZ. 16, 203, R. 16 Nr. 1008, ZBlFG. 17, 49. Verstößt eine Firmenführung lediglich gegen einen Vertrag, so kann deswegen das Registergericht vom Verletzten nicht angerufen werden, so z. B. nicht, wenn der Erwerber eines Handelsgeschäfts nicht nur ermächtigt, sondern vertraglich verpflichtet wurde, die bisherige Firma fortzuführen, und er beabsichtigt, diese Firma aufzugeben und das Geschäft unter seiner eigenen Firma fortzubetreiben. Hier bleibt dem Veräußerer nur der Klageweg offen; denn ein Verstoß gegen firmenrechtliche Vorschriften liegt nicht vor, und das Registergericht kann nur in diesem letzteren Falle einschreiten.

2. Josef, HoldheimsMSchr. 16, 54 (JDR. 9 unter 7). Das Ordnungsstrafverfahren wegen Firmenmißbrauchs hat nicht zur Voraussetzung, daß der Belangte ein Kaufmann ist oder daß der Firmenmißbrauch im Interesse eines bestimmten Rechtssubjekts erfolgt oder gerade bei der Anhängigmachung des Verfahrens vorliegt. Da es vielmehr schlechthin genügt, daß ein anderer die Firma unbefugt gebraucht, so ist, wenn der Mißbrauchende in Konkurs fällt, das Ordnungsstrafverfahren sowohl gegen den Gemeinschuldner als auch gegen den Konkursverwalter, der das Geschäft unter der von jenem unbefugt geführten Firma fortführt, zulässig. Fällt der die Firma Mißbrauchende in Konkurs, nachdem das Ordnungsstrafverfahren gegen ihn eingeleitet ist, so ist folglich die Konkurseröffnung für das Verfahren einflußlos; das Gericht wird nur das Verfahren auch auf den Konkursverwalter ausdehnen.

§ 141.

Dresden 10. 10. 14, OLG. 33, 7, DNotV. 16, 585, ZBlFG. 17, 320. Die Einleitung des Verfahrens setzt voraus, daß dem Registergerichte das Erlöschen der Firma glaubhaft bekannt geworden ist. Die endgültige Einstellung des Geschäftsbetriebs bringt für sich allein nur beim Einzelkaufmanne das Erlöschen der Firma mit sich. Bei einer Handelsgesellschaft erlischt die Firma erst mit der völligen Beendigung des Gesellschafterverhältnisses. Bei der GmbH. gehört dazu die Auflösung der Gesellschaft und deren Liquidation; nach Durchführung der gesetzlich erforderlichen Liquidation ist das Erlöschen der Firma von den Liquidatoren anzumelden.

§ 142.

1. KG. 1. 10. 15, KGJ. 48, 115, ZBlFG. 17, 49. Nur wenn rechtsbegründende Eintragungen unter Verletzung prozessualer Vorschriften erfolgt sind, findet amtswegige Löschung statt; bei rechtsfeststellenden Eintragungen rechtfertigt der Mangel einer rein prozessualen Voraussetzung die Löschung dann nicht, wenn die Eintragung sachlich richtig ist, z. B. die Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft und die Bestellung eines bestimmten Liquidators beschlossen haben, die Eintragung aber dem § 148 Satz 1 HGB. zuwider nur von einem der Gesellschafter angemeldet ist. Hier war die Bestellung des Liquidators durch den Gesellschafterbeschluß wirksam vollzogen, der Formfehler bei der Anmeldung rechtfertigt nicht die Löschung (JDR. 13 unter 7).

2. KG. 19. 11. 15, RJA. 15, 47, R. 16 Nr. 1997, ZBlFG. 17, 250. Die Verpfändung der Geschäftsanteile mit dem Stimmrechte macht den Gläubiger nicht zum Gesellschafter;

vielmehr besteht das Recht der Gesellschafter (Schuldner) auf Teilnahme an den Generalversammlungen, in denen die Abberufung und Bestellung von Geschäftsführern beschlossen wird, fort. Auch wenn sämtliche Gesellschafter ihre Anteile demselben Gläubiger verpfändet haben, sind die von diesem abgegebenen Erklärungen einer Gesellschafterversammlung nicht gleich zu achten. Ist auf Grund dieser Erklärungen eine Eintragung erfolgt, so ist sie gemäß § 142 zu löschen; denn jene versucht es nicht einmal, sich äußerlich als Gesellschafterbeschluß hinzustellen. Sie ist vielmehr nichts als eine formlos gefaßte Entschließung des Pfandgläubigers, der irrtümlich der Meinung war, alle Rechte der Gesellschafter in seiner Person zu vereinigen. Die §§ 48 Abs. 2, 51 Abs. 3 GmbHG. heilen den Mangel nicht, da es an der nach dem Gesagten nicht entbehrlichen Zustimmung der Gesellschafter selbst fehlt. Da sonach kein Beschluß einer Gesellschafterversammlung vorliegt und da die Entschließung des Pfandgläubigers einem solchen Beschluß auch nicht gleichsteht, so sind die Voraussetzungen des § 144 Abs. 2 FGG. nicht gegeben.

§ 144.

S. zu § 142 unter 2 („Beschluß der Generalversammlung").

§ 145.

Schrifttum: Josef, Zwangsvollziehung in Handelssachen gegen Kriegsteilnehmer, HoldheimsMSchr. 16, 61. — Derselbe, Kostentragungspflicht bei Streitigkeiten aus § 145 FGG., ebenda 103.

1. Josef, HoldheimsMSchr. 16, 61. Der § 5 KrTSchG., wonach für die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen Kriegsteilnehmer gewisse Beschränkungen vorgeschrieben, über den Offenbarungseid aber keine Bestimmung getroffen wird, will einerseits dem Gläubiger, dessen Anspruch vollstreckbar festgestellt ist, insoweit eine Sicherheit gewähren, als dem Schuldner noch kein endgültiger Schaden gebracht wird, andererseits die Gefahren bekämpfen, die einem Schuldner aus der Behinderung in der persönlichen Rechtswahrnehmung erwachsen könnten. Dieser Gesichtspunkt trifft gerade bei dem Offenbarungseidsverfahren, auch bei dem der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen zu; der Schuldner, der z. B. Geschäftspapiere vorzulegen hat (§§ 166, 338 HGB. mit § 145 FGG.), kann der Verhaftung (§§ 883 Abs. 2, 901 ZPO., Art. 17 PrFGG.) nur dadurch entgehen, daß er die Papiere vorlegt. Danach ist in analoger Anwendung der Bestimmung des § 5 auch die Durchführung des Offenbarungseidsverfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen gegenüber einem Kriegsteilnehmer für unzulässig zu halten und dieses Verfahren demzufolge durch die Kriegsteilnehmerschaft des Schuldners unterbrochen anzusehen.

2. Josef, HoldheimsMSchr. 16, 103. Die Kostentragungspflicht ist im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Art. 9 PrFGG. geknüpft an das Vorliegen gewisser Tatbestände (insbesondere unsachgemäßes Verhalten) und auch hier nur nach billigem Ermessen des Gerichts. Der rechtspolitische Grund, der den Gesetzgeber zu dieser Regelung veranlaßt hat, kann zutreffen, auch wenn eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergeht, diese vielmehr durch Rücknahme des Antrags, Vergleich oder Tod eines Beteiligten erledigt ist. Daher ist auch in diesem Falle die Verurteilung eines Beteiligten zur Kostentragung zulässig. Der Antrag auf diese muß aber, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache überhaupt erfolgt, gestellt sein, noch bevor diese Entscheidung erlassen ist; war der Antrag rechtzeitig gestellt und ist er nur versehentlich vom Gerichte nicht berücksichtigt, so ist die nachträgliche Verurteilung zur bloßen Kostentragung gleichfalls zulässig.

§ 146.

Josef, Arglistige Erschleichung der Bestellung als Liquidator, HoldheimsMSchr. 16, 97, s. zu § 18 unter II 3.

§ 147.

KG. 23. 7. 14, DNotV. 15, 816, ZBlFG. 16, 637. Auf das Offiziallöschungsverfahren von Eintragungen der Generalversammlungsbeschlüsse von Genossenschaften findet nur § 147 FGG., nicht auch §§ 142, 143 FGG. Anwendung. § 147 regelt die Voraussetzungen für

die Zulässigkeit der Amtslöschung von Genossenschaften und deren Generalversammlungsbeschlüssen ausschließlich als Sondervorschrift, so daß daneben die allgemeinen Grundsätze nicht anwendbar sind.

§ 148.

KG. 1. 5. 14, OLG. 32, 143. Abberufenen Liquidatoren darf das Registergericht nicht die Herausgabe der Geschäftsbücher usw. aufgeben (JDR. 13 zu § 145 unter 2).

Achter Abschnitt. Vereinssachen, Güterrechtsregister.

§ 159.

PrOVG. 11. 3. 15; 69, 323, OLG. 33, 7 (Anm.). Ist ein Verein in das Vereinsregister eingetragen worden, obwohl sein satzungsmäßiger Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet war, so findet das Verfahren nicht aus § 43 Abs. 2 BGB., sondern aus §§ 142, 143, 159 FGG. statt. War er jedoch nach seiner Satzung eintragungsfähig, so beteiligte er sich am wirtschaftlichen Geschäftsleben nicht schon dadurch, daß er Maßnahmen, die auf eine solche Beteiligung abzielen, erörtert und ablehnende Beschlüsse faßt. Auch begründet nicht jeder Übergriff auf das wirtschaftliche Geschäftsgebiet die Entziehung der Rechtsfähigkeit; diese ist vielmehr erst dann zulässig, wenn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zur Hauptsache wird.

§ 161.

Vgl. zu § 28 unter 2 und zu § 129 (Vollmacht des Notars).

Zehnter Abschnitt. Gerichtliche und notarielle Urkunden.

§§ 167, 168.

1. Rostock 24. 8. 15, RJA. 14, 319, R. 16 Nr. 967, ZBlFG. 17, 115 (JDR. 13 unter III). In Mecklenburg kann die Auflassung auch im prozeßgerichtlichen Vergleich erfolgen. Indem die Reichsgesetzgebung mit dem im Interesse der Sicherheit im Grundstücksverkehr aufgestellten Grundsatze, daß das für das Grundstück zuständige Grundbuchamt mitzuwirken habe, brach und die Erklärung auch vor anderen landesrechtlich bestimmten Behörden und Beamten zuließ, änderte sie insoweit den Charakter ihrer ursprünglichen Bestimmung völlig. Bei der allgemein gehaltenen Fassung des Art. 143 muß vielmehr der Sinn jener Bestimmung dahin aufgefaßt werden, daß die Reichsgesetzgebung es dem Landesrechte hat völlig überlassen wollen, welche anderen Behörden neben dem Grundbuchamte zur Entgegennahme der Auflassungserklärungen berufen sein sollten und welche Bedeutung das Landesrecht der Mitwirkung dieser Behörden beimessen wollte, ob insbesondere diese Mitwirkung eine besondere Zuständigkeitsnorm oder nur den Charakter einer behördlichen Beurkundungsform enthalten sollte. Hiernach muß angenommen werden, daß jedenfalls nach dem für Mecklenburg geltenden Landesrechte die Bestimmungen über die Mitwirkung gewisser Behörden bei der Entgegennahme der Auflassungserklärungen keine besonderen Zuständigkeitsnormen enthalten. Die Mitwirkung dieser Behörden stellt sich vielmehr nur als eine besondere Vertragsform dar.

2. KG. 7. 5. 15, KGJ. 48, 11. Einziehung der Bescheinigung über eine unwirksame Beurkundung; s. zu § 19 unter VI.

3. Josef, HessRspr. 17, 123. Dem um Aufnahme des Nachlaßverzeichnisses ersuchten Nachlaßgerichte liegt nur die Klarstellung des Nachlaßbestandes durch Schaffung einer Urkunde ob, in der der Beamte berichtet, was er auf Grund seiner Wahrnehmungen und der Mitteilungen Dritter als Nachlaß ermittelt hat.

4. Rechtswesen der notariellen Beurkundung (JDR. 15 unter 3). **RG.** 12. 5. 16, JW. 16, 1116. Der um die Beurkundung eines Vertrags ersuchte Notar ist kraft seines Amtes verpflichtet, dem Vertrage die für seine Rechtsgültigkeit und Wirksamkeit erforderliche Fassung zu geben, mag er auch schon vor der Beurkundung von der einen Partei mit dem Entwurfe des von ihm zu beurkundenden Vertrags beauftragt sein. Die dem Beklagten vorgeworfene mangelhafte Abfassung des Vertrags stellt daher eine Amtspflichtverletzung

des Notars dar, und da die Erfüllung einer Amtspflicht des Notars nicht Gegenstand vertraglicher Bindung sein kann (vgl. **RG.** 85, 409, JW. 15, 1007, 1193, GruchotsBeitr. 59, 1055, WarnE. 9, 128 Nr. 81), scheidet hier der Gesichtspunkt der Vertragshaftung aus und kommt nur der der Haftung aus § 839 in Betracht.

§§ 169, 178, 179.

Rasch, Das Verhandeln vor Gericht mit blinden, stummen, tauben und sprachfremden Personen, R. 15, 593; 16, 13. Zusammenstellung der hierüber geltenden Vorschriften.

§ 171.

1. BayObLG. 29. 10. 15, OLG. 32, 22, DJZ. 16, 445. Der Notar, der im Auftrage des Pflegers des minderjährigen Erben die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts entgegennimmt, den Vertragsgegner davon verständigt und diese Mitteilung für den letzteren in dessen Auftrag empfängt, handelt nicht in Ausübung seines Amtes, sondern als Bevollmächtigter der Vertragschließenden. Er muß sich mithin nach allen diesen Richtungen durch Vollmacht ausweisen und kann außerdem nach § 181 BGB. die Mitteilung für den Pfleger an sich selbst als Vertreter des anderen Teiles nur machen, wenn ihm dies gestattet ist. Insbesondere bedarf er auch zur Mitteilung der Genehmigung an den Vertragsgegner einer eigenen Vollmacht. Der Notar ist aber in jedem Falle durch § 171 Nr. 1 gehindert, die Vollmacht auf sich selbst zu beurkunden (JDR. 11 unter 1).

2. **RG.** 4. 3. 16; 88, 147, R. 16 Nr. 851, ZBlFG. 17, 29. Der Ausdruck „Verfügung" bedeutet in Nr. 1 jede rechtsgeschäftliche Willenserklärung; das Gesetz macht die Ausschließung aber davon abhängig, daß die Urkundsperson durch die Erklärungen rechtlich besser gestellt ist, und zwar als unmittelbare Folge des beurkundeten Rechtsgeschäfts. Der Erfolg der rechtlichen Besserstellung muß also durch die in der Urkunde niedergelegte Erklärung eintreten; es genügt nicht, daß er erst als deren Folge eintritt oder gar erst eintreten kann. Vorteile wirtschaftlicher Art, die dem Urkundsbeamten durch die von ihm beurkundete Einwilligung zur Verschiebung der Fluchtlinie in seiner Eigenschaft als Anlieger entstehen, fallen nicht unter die Vorschrift.

§ 174.

S. zu § 177 unter 5.

§ 176.

1. KG. 30. 6. 16, JW. 16, 1140, OLG. 33, 390, R. 16, 551 Nr. 1153, ZBlFG. 17, 306. Zur Bezeichnung des Ortes genügt das abgekürzte Ortsdatum „D. Stq." bei Beurkundungen im Felde. Mit der Abkürzung: „D. Stq." soll eine Ortsbezeichnung zum Ausdrucke gebracht werden und das Divisionsstabsquartier gemeint sein. Die Zulässigkeit solcher Abkürzungen, wenn ihr Sinn aus dem sonstigen Inhalte der Urkunde zu ermitteln oder allgemein bekannt ist, wird in der Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannt. Im vorliegenden Falle ist am Kopfe der Urkunde links als das mit der Beurkundung befaßte Gericht das Gericht der ... Inf. Division aufgeführt; im Zusammenhange damit läßt die neben der Zeitangabe stehende, an sich unverständliche Abkürzung „D. Stq." die allein mögliche Deutung zu, daß damit das Quartier des Divisionsstabs gemeint ist. Es liegt also nach dem Zusammenhange der Urkunde eine Ortsbezeichnung vor, und als Ortsangabe ist nicht ein Ausdruck wesentlich, der jeden Zweifel über die Frage ausschließt, welcher Ort unter dem angegebenen zu verstehen sei, vielmehr auf die Verkehrsüblichkeit Rücksicht zu nehmen. Unerheblich ist, daß der gemeinte Ort sich nicht nach der Landkarte bestimmen läßt; vielmehr muß es dem Zwecke der Ortsangabe entsprechen, wenn überhaupt eine Örtlichkeit angegeben ist, die soweit bestimmt ist, daß sie an der Zuständigkeit der Urkundsperson, die Beurkundung im einzelnen Falle aufzunehmen, keinen Zweifel läßt, wobei in weitgehendem Maße auf die Verkehrsüblichkeit Rücksicht zu nehmen ist. Bei Beurkundungen der Kriegsgerichtsräte „im Felde" nach Maßgabe des G. v. 28. 5. 01 kommen örtliche Zuständigkeiten nicht in Frage, wenigstens nicht, soweit es sich um den hier allein in Betracht kommenden Fall des § 5 Nr. 1 EGMilStGO. handelt. Denn wenn hiernach den Kriegsgerichtsräten die Zuständigkeit zu Beurkundungen

„für die Dauer des mobilen Zustandes des Heeres, der Marine oder einzelner Teile des Heeres oder der Marine" eingeräumt ist, so ist eine an einen bestimmten Amtsbezirk geknüpfte Zuständigkeit nicht vorgesehen, vielmehr ist jeder Kriegsgerichtsrat für zuständig erklärt, der als solcher die Beurkundung in amtlicher Eigenschaft („beim Heere") aufzunehmen in der Lage ist. Deshalb muß es auch genügen, wenn die Urkunde ergibt, daß der Kriegsgerichtsrat als solcher bei ihrer Errichtung mitgewirkt hat (§ 176 Abs. 1 Nr. 2 FGG.), im übrigen aber (§ 176 Abs. 1 Nr. 1 FGG.) eine Angabe enthält, die den Ort der Verhandlung so genau, als es nach Lage der Sache möglich und verkehrsüblich ist, angibt. In dieser Beziehung ist es allgemein bekannt, daß die Kriegsgerichtsräte aus militärischen Gründen eine genauere Bezeichnung der Örtlichkeit, als es hier der Fall ist, in die Urkunde nicht aufnehmen dürfen, daß aber darüber hinaus auch allen Kriegsteilnehmern entsprechende Beschränkungen auferlegt sind. Damit hat auch der rechtsgeschäftliche Verkehr zu rechnen, und es würde eine „Überspannung der Formvorschriften" bedeuten, eine genauere Bezeichnung des Ortes der Verhandlung zu verlangen, als der Zweck der Beurkundung es fordert. Die Urkunde ergibt, daß der Kriegsgerichtsrat sie in amtlicher Eigenschaft an einem Orte aufgenommen hat, an dem sich zur Zeit der Beurkundung das Quartier des Divisionsstabs befand. Damit ist der Anforderung des § 2 G. v. 28. 5. 01 genügt, insbesondere ist der Ort nicht derart unbestimmt angegeben, daß, wenn es darauf ankäme, seine Lage nicht näher zu bestimmen wäre.

2. Josef, ElsLothNotZ. 16, 214. Der § 176, wonach das Protokoll u. a. die Erklärung der Beteiligten enthalten muß, gibt keine Vorschriften darüber, wie der Urkundsbeamte bei der Niederschrift dieser Erklärungen zu verfahren hat. Aus seiner Stellung als Beamter der freiwilligen Gerichtsbarkeit und landesgesetzlichen Vorschriften folgt aber seine Verpflichtung, hierbei die Beteiligten zu belehren, danach dahin zu wirken, daß der von ihnen mit der Beurkundung beabsichtigte Zweck erreicht werde. Insoweit hat er sogar Tatsachen, die ihm bekannt, den Beteiligten aber unbekannt sind, zu offenbaren, um so mehr also ihnen Belehrung über die Rechtsfolgen ihrer Erklärungen zu geben. Soweit indes diese Rechtsfolgen auch dem minder Gebildeten und dem minder Geschäftskundigen als naheliegend erscheinen müssen (z. B. daß die vom Verkäufer übernommene Verpflichtung zur Wegschaffung einer Hypothek noch keine Enthaftung des Grundstücks bewirkt, oder daß der Rechtserwerb noch nicht vollständig ist, wenn im Kaufvertrage die Auflassung für eine spätere Zeit vorbehalten ist), liegt die Belehrungspflicht dem Urkundsbeamten nur ob, wenn eine besonders hohe geistige Unbeholfenheit und Geschäftsunerfahrenheit des Beteiligten für den Urkundsbeamten erkennbar hervortritt. Da nach dem Grundbuchrechte ferner der Rechtserwerb durch eine Tätigkeit der Buchbehörde bedingt ist, so ist im grundbücherlichen Verkehr ein gewisses Vertrauen der Beteiligten zueinander erforderlich und üblich, so daß z. B. der Käufer den Kaufpreis noch vor der Eintragung seines Eigentums zahlt, der Eigentümer, noch bevor ihm der Gläubiger das Darlehen auszahlt, die Aushändigung des Hypothekenbriefs an den Gläubiger bewilligt, und umgekehrt der Gläubiger das Darlehen auszahlt, noch bevor ihm der Brief behändigt wird, also im Anschluß an die notarielle Hypothekenbestellung. Da eine derartige Abwicklung der Rechtsbeziehungen überaus häufig ist, so kann grundsätzlich und wenn man von den oben bezeichneten Ausnahmefällen absieht, darin, daß der Urkundsbeamte den Beteiligten nicht auf die sich aus solcher Erledigung ergebende Möglichkeit einer Gefährdung hinweist, ein Verschulden des Urkundsbeamten nicht gefunden werden. (Vgl. jetzt BRVO. v. 8. 3. 17 [(RGBl. 219], wonach es für alle seit dem 1. August 1914 im Felde errichteten oder aufgenommenen Urkunden der Ortsangabe nicht bedarf.)

§ 177.

1. Stuttgart 27. 4. 16, R. 16 Nr. 1192, ZBlFG. 17, 140. In einem Versteigerungstermine können die in jedem Termine sich wiederholenden formellen Vorgänge zusammengefaßt vorausgestellt werden derart, daß nur die in jedem Termin abgegebenen neuen Erklärungen besonders aufgenommen werden. Nach der Fassung des Protokolls, insbesondere nach dem Sammeldatum „Verhandelt an den unten beigesetzten Tagen" stellen die auf S. 3

vorgedruckten Beurkundungen und die auf S. 5 eingetragenen Ergebnisse der jeweiligen Versteigerungstermine ein einheitliches Protokoll über die an den jeweiligen Terminen abgehaltenen Verhandlungen dar. Es sind ebensoviel Protokolle als es Versteigerungstermine waren. Die Unterschriften auf S. 5 ff. beziehen sich nach der Anordnung des Protokolls nicht bloß auf die Einzelergebnisse der jeweiligen Versteigerungstermine, sondern auch auf die S. 3 von dem Versteigerungsbeamten beurkundeten Vorgänegen, so daß auch dieser Teil des Protokolls von den Beteiligten unterschriftlich anerkannt ist (JDR. 13 unter 4).

2. **RG.** v. 24. 5. 16, JW. 16, 1113, R. 16 Nr. 1678 (JDR. 11 zu § 174). Wird eine bei Beurkundung eines Vertrags von dem Notar ohne Zutun der Beteligten aufgenommene Bestimmung von ener Partei bei dem Verlesen überhört, so wird sie nicht Vertragsbestandteil. Gegenüber der Beurkundung, daß das notarielle Protokoll den Beteiligten vorgelesen, vo n ihnen genehmigt und unterschrieben worden, ist gemäß § 415 Abs. 2 ZPO. der Gegenbeweis in der Richtung zulässig, daß einer der Vertragschließenden eine vom Notar in die Vertragsurkunde aufgenommene Vertragsbestimmung, über die vorher keine ausdrücklichen Erklärungen von den Vertragschließenden abgegeben worden sind, bei dem Verlesen des Protokolls überhört habe und es ist, falls dieser Beweis geführt wird, die in Frage stehende Bestimmung nicht zum Vertragsinhalt geworden. Dazu

3. Oberneck, JW. 16, 1113. Es ist vielfach üblich, nach Vordrucken, in welchen bei Verträgen und einseitigen Rechtsakten, wie z. B. bei Grunstückskaufverträgen und Hypothekenschuldverschreibungen, die im Geschäftsverkehre üblichen Bestimmungen enthalten sind, Urkundsakte aufzunehmen. Diese Vordrucke werden häufig vom Bureauvorsteher des Notars oder bei gerichtlichen Urkunden von Referendaren oder Gerichtsschreibern zur Vorbereitung der Urkundsverhandlung ausgefüllt. Diese Art der Vorbereitung verführt leicht den Urkundsbeamten dazu, von einer eingehenderen Verhandlung über die einzelnen Bestimmungen des zu beurkundenden Aktes abzusehen und sich mit der Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift zu begnügen in der Annahme, daß der Beteiligte gegen eine seinem Willen nicht entsprechende Erklärung Widerspruch erheben sowie Genehmigung und Unterschrift verweigern werde. Vor dieser Art der Beurkundung kann nicht genug gewarnt werden. Das Urteil des RG. ist ein Menetekel für die Urkundsbeamten, eine Warnung, das Protokoll nicht vor eingehender Verhandlung mit den Beteiligten über alle darin aufgenommenen Bestimmungen zu verlesen. Erst wenn durch diese Verhandlung der Wille der Urkundsbeteiligten und die Übereinstimmung des bereits Vorgedruckten oder sonst Niedergeschriebenen mit deren Willen festgestellt worden ist, darf das Protokoll durch Verlesung, Genehmigungsvermerk und Unterschriften abgeschlossen werden. Der Urkunde denjenigen Inhalt zu geben, der dem Willen der Beteiligten genau entspricht, ist eine durch das Amt des Notars oder des sonstigen Urkundsbeamten gebotene Pflicht, die in der Vorschrift der Verhandlung mit den Beteiligten ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden hat (§ 176 FGG., vgl. JW. 13, 490 Nr. 12, 1152 Nr. 8; 14, 194 Nr. 10; 354 Nr. 6; **RG.** 85, 409 ff. Nr. 91 — JW. 15, 92). Wird in dieser Weise mit den Beteiligten verhandelt, dadurch aber der sachgemäße Inhalt der Urkunde gestaltet und dann der Urkundsakt formgerecht aufgenommen, so wird der Einwand, daß eine in der Urkunde enthaltene Erklärung nicht abgegeben worden sei, nicht leicht Erfolg haben.

4. „Eigenhändig." KG. 30. 12. 14, KGJ. 48, 82. Bei fremder Hilfeleistung liegt eigenhändige Unterschrift nur vor, wenn die Hand des Beteiligten bei der mechanischen Herstellung der Unterschrift trotz Unterstützung oder Mitwirkung des Fremden in der vom Beteiligten gewollten Bewegung frei gewesen ist (Testament).

5. Josef, BayNotV. 16, 445. Die Möglichkeit, daß streitig werden könnte, ob der Notar (oder die Zeugen) das Protokoll unterschrieben haben, ist eine so entfernte, daß der Gesetzgeber keinen Anlaß hatte, dieser Gefahr durch besondere Vorschrift vorzubeugen. Wenn also § 174 bestimmt, daß die Mitwirkenden „bei der Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift" zugegen sein müssen, so verfolgt diese Vorschrift nicht den Zweck, daß jeder Mitwirkende die Mitunterzeichnung durch die anderen Mitwirkenden mitbezeuge. Vielmehr weist der Anschluß der Fassung des § 174 an den

Abs. 1 des § 177, wo diese drei zusammenhängenden die Beteiligten betreffenden Handlungen aufgeführt werden, daraufhin, daß auch § 174 die Anwesenheit der Mitwirkenden nur bei der Unterschrift der Beteiligten erfordert, nicht aber die Gültigkeit der Urkunde davon abhängig machen will, daß jeder Mitwirkende in Gegenwart der anderen Mitwirkenden unterzeichne.

§ 179.

Rasch, R. 16, 9. Zwar genügt die einfache Erklärung eines Beteiligten, mag sie wahr sein oder nicht, um die Zuziehung eines Dolmetschers nötig zu machen. Stellt sie sich jedoch als offenbarer Mißbrauch dar, so muß der Richter für befugt gehalten werden, die Aufnahme der Urkunde unter Zuziehung eines Dolmetschers zu verweigern, da er sich zu einem solchen Mißbrauche nicht herzugeben braucht.

§ 182.

KG. 30. 6. 16, JW. 16, 1140, ZBlFG. 17, 306. Die Erteilung der Ausfertigung eines nach Ansicht des Gerichts formungültigen gerichtlichen Protokolls ist für unzulässig zu erachten. Denn da die Ausfertigungen gerichtlicher (oder notarieller) Verhandlungen dazu bestimmt sind, die Urschriften im gerichtlichen Verkehre zu vertreten, so hat das Gericht (oder der Notar), in dessen Verwahrung sich die Urschrift befindet (Art. 43 PrFGG.), die Erteilung einer Ausfertigung (Art. 51 Abs. 1 PrFGG.) abzulehnen, wenn die Beurkundung, sei es wegen Formmangels, sei es ihrem Inhalte nach, offenbar ungültig ist (FDR. 9)

§ 183.

Schrifttum: Josef, Kenntnis des Notars vom Inhalt der Urkunde in ihrer Einwirkung auf die Zulässigkeit der Unterschriftsbeglaubigung, BadNotV. 14, 81.

1. KG. 30. 6. 16, JW. 16, 1140. Legt der Ehemann der Mutter im Felde dem Kinde seinen Namen bei, und ist diese Beurkundung des Kriegsgerichtsrats unwirksam, so kommt in Frage, ob nicht eine öffentlich beglaubigte Erklärung im Sinne des § 129 BGB. vorliegt, die zum Nachweise der Erteilung des Familiennamens ausreichen würde. In der Bescheinigung des Kriegsgerichtsrats, daß der vor ihm Erschienene das Protokoll unterschrieben habe, kann sehr wohl eine Beglaubigung der unter der vorangegangenen Erklärung gefertigten Unterschrift gefunden werden. Ein solcher Beglaubigungsvermerk soll zwar nach § 183 FGG. gleichfalls den Ort (und den Tag) der Ausstellung angeben, doch wird nach § 4 Bek. des Reichskanzlers v. 14. 1. 15 (RGBl. 18) die Gültigkeit einer im Felde erfolgten öffentlichen Beglaubigung einer Unterschrift nicht dadurch berührt, daß der Beglaubigungsvermerk den Vorschriften des § 183 Abs. 2 FGG. nicht entspricht. Ob von einer in dieser Weise zustande gekommenen Urkunde in entsprechender Anwendung des Art. 61 PrFGG. eine Ausfertigung erteilt werden könnte, oder ob die Urkunde in Urschrift herauszugeben wäre unter Fertigung des im § 42 Nr. 18 GeschäftsO. für die Gerichtsschreibereien der AG. v. 18. 2. 14 vorgeschriebenen Vermerkes, kann zweifelhaft sein, jedenfalls würde es nicht der Aufgabe des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechen, schlechthin den Antragsteller abzuweisen, sondern es müßte ihm Gelegenheit gegeben werden, seinen Antrag entsprechend zu ändern.

2. Entsch. EGH. f. Rechtsanwälte 10. 2. 12; 16, 181. Vorlegung einer vom Rechtsanwalte (Prozeßbevollmächtigten) selbst in seiner Eigenschaft als Notar beglaubigten Vollmacht gemäß dem auf § 80 ZPO. gestützten Verlangen der Gegenpartei. Die Frage nach der Gültigkeit der Beglaubigung wurde unentschieden gelassen, da der Gegner die etwaige Ungültigkeit vor dem Prozeßgerichte hätte rügen müssen.

3. KG. 16. 12. 15, KGJ. 48, 177. Die in einer beglaubigten Urkunde enthaltene Eintragungsbewilligung kann auf eine Anlage, in der das einzutragende Recht näher bezeichnet ist, verweisen; eine körperliche Verbindung der in Bezug genommenen Urkunde mit dem beglaubigten Schriftstück ist nicht erforderlich, wofern nur die Nämlichkeit der bezugnahmten Urkunde feststeht.

4. **RG.** 8. 10. 15; 87, 232, JW. 16, 40, R. 16 Nr. 65. Der preußische Notar ist ohne Zustimmung der Beteiligten nicht befugt, vom Inhalte der Urkunde Kenntnis zu nehmen; hat

er diese aber mit Zustimmung jener erlangt, so weiß er, zu welch einem Geschäfte seine Mitwirkung durch Beglaubigung der Unterschrift begehrt wird, und dann kann der Amtspflichtenkreis des Notars von dieser rechtmäßig erworbenen Kenntnis nicht unberührt bleiben. Unmöglich darf der Notar berechtigt sein, eine Urkunde öffentlich zu beglaubigen, obwohl er aus deren Inhalte weiß, daß sie eine Straftat ist oder einer Straftat dient, oder daß sie ein offenbar ungültiges Geschäft enthält. Aus dem Begriffe des öffentlichen Amtes folgt vielmehr, daß er nicht zur Hebung der Beweiskraft einer solchen Urkunde durch öffentliche Beglaubigung mitwirken darf. Folglich hat der Notar, wenn er mit Zustimmung der Beteiligten von dem Inhalte der von ihm zu beglaubigenden Urkunde Kenntnis nimmt und so die offenbare Strafbarkeit oder offenbare Ungültigkeit des Inhalts ersieht, die von ihm begehrte Beglaubigung abzulehnen. Gegen diese Ablehnungspflicht ist auch nicht einzuwenden, daß die nur öffentlich beglaubigte Urkunde immer eine Privaturkunde bleibt; denn die öffentliche Beglaubigung schweigt lediglich darüber, ob der Notar vorher von dem Urkundeninhalte Kenntnis hatte, läßt also die Möglichkeit einer solchen Kenntnis offen. Daher verletzt der Notar durch die bloße Vornahme der Beglaubigung eine Amtspflicht und und macht sich schadensersatzpflichtig.

5. Josef, BadNotZ. 14, 81. Ist dem um die Unterschriftsbeglaubigung angegangenen Notare durch Landesgesetz verboten, vom Inhalte der Urkunde ohne Zustimmung der Beteiligten Kenntnis zu nehmen, so kommt für ihn mangels erteilter Zustimmung der Inhalt der Erklärung gar nicht in Betracht, und er darf in diesem Falle die Beglaubigung unter keinen Umständen ablehnen, also auch dann nicht, wenn er infolge rechtwidrig erfolgter Kenntnisnahme die offenbare Ungültigkeit oder gar Strafbarkeit des Geschäfts ersieht. Auch verpflichtet die Zustimmung der Beteiligten zur Kenntnisnahme den Notar nicht ohne weiteres, sie auf Mängel der Urkunde aufmerksam zu machen, so besonders nicht, wenn ihm die Einsichtnahme nur behufs Feststellung der Kosten oder Stempel gestattet wird. Ersuchen dagegen die Beteiligten den Notar um Rat über den Inhalt der Urkunde und kommt er diesem Ersuchen nach, so liegt hierin ein stillschweigender Vertrag über (unentgeltliche) Gewährung eines Rates, so daß der Notar für jede schuldhafte Belehrung nach § 276 BGB. seinem Vertragsgenossen ersatzpflichtig ist. Diesem Ersuchen der Beteiligten liegt die stillschweigende Behauptung zugrunde, daß die Urkunde eine rechtsgeschäftliche, also zur Hervorbringung rechtlicher Folgen geeignete Erklärung enthalte. Ersieht nun der Notar aber aus der Urkunde, daß der in ihr enthaltenen Erklärung diese Eigenschaft abgehe, die Erklärung sich nur scheinbar als rechtsgeschäftliche darstelle, während sie offenbar ungültig oder gar strafbar ist, so hat er die Beglaubigung abzulehnen nach dem die ganze freiwillige Gerichtsbarkeit beherrschenden Grundsatze, daß eine Amtshandlung überall abzulehnen ist, wo das Nichtbestehen eines Rechtes oder die Unmöglichkeit, das von den Beteilgten beabsichtigte Recht zu begründen, offensichtlich klar liegt. Bewirkt demzuwider der Notar die Beglaubigung, so ist er jedem durch die Vornahme dieser Amtshandlung Geschädigten ersatzpflichtig.

6. Josef, BadNotZ. 14, 81 (gegen Schlegelberger, JDR. 13 unter 2 c). Der § 168 bringt durch die Worte „im Sinne der §§ 169—182" zum Ausdrucke, daß die Bedeutung des Wortes „Beteiligter" in den sonstigen gesetzlichen Vorschriften, also auch bei der Unterschriftsbeglaubigung (§ 183), eine andere ist als bei rechtsgeschäftlichen Beurkundungen. Ist sonach § 168 Satz 2 eine Sondervorschrift, eine Ausnahmevorschrift, so ist nicht anzunehmen, daß der badische und preußische Gesetzgeber den Beteiligungsbegriff bei der Unterschriftsbeglaubigung ebenso haben regeln wollen wie bei förmlichen Beurkundungen; dazu hätte es vielmehr einer positiven, ausdrücklichen Bestimmung bedurft. Ferner widerspricht es entschieden dem Rechtsgefühle, daß der Notar auch nur durch Ausstellung eines Zeugnisses über die Unterschrift tätig wird in seinen eigenen oder seiner Angehörigen Rechtsangelegenheiten. Freilich ist nach den einzelnen Landesgesetzen der § 6 FGG. auf die Unterschriftsbeglaubigung nur „entsprechend" anwendbar; auch dies kann aber nicht zu einer Auslegung führen, die die Folge hätte, daß auch bei der Unterschriftsbeglaubigung die Ausschließung nicht durch den (das materielle Interesse an der Angelegenheit hervorhebenden) § 6 geregelt würde, sondern durch § 168 Satz 2,

der die Ausschließung nach dem formellen Beteiligtsein regelt, sich dabei aber auch ausdrücklich als eine Sondervorschrift für rechtsgeschäftliche Beurkundungen bezeichnet. Nach der gegnerischen Ansicht würde auch bei der Unterschriftsbeglaubigung nur der Unterschreibende Beteiligter sein, obwohl § 6 Nr. 1 hier durch Erwähnung der Mitberechtigten und Mitverpflichteten des Beteiligten auf das materielle Beteiligtsein hinweist. Einen solchen Erfolg kann aber die „entsprechende" Anwendung nicht zur Folge haben. Übrigens würde die Möglichkeit entsprechender Anwendung auch wegfallen gegenüber dem Art. 15 BayG., der nicht die entsprechende Anwendung des § 6 vorschreibt, überhaupt keine Verweisung auf § 6 enthält, sondern durch Wiedergabe der Bestimmung des § 6 die Ausschließung selbständig regelt.

7. Beglaubigung im Felde (FDR. 14 unter 3). a) Marcus, Die BRVO. v. 14. 1. 15 über die freiwillige Gerichtsbarkeit in Heer und Marine, ZBlFG. 16, 658 (FDR. 14 unter 2).

b) Delius, Im Felde errichtete Urkunden, R. 16, 368.

c) Rasch, Beurkundungen mit Gebrechlichen und Sprachfremden im Felde und auf Schiffen, R. 15, 599 und 16, 10.

d) KG. 23. 3. 16, JW. 16, 683, RJA. 15, 85, R. 16, 354 Nr. 605, 606, ZBlFG. 17, 276. Militärische Disziplinarvorgesetzte immobiler Truppenteile sind zur öffentlichen Beglaubigung von Unterschriften nicht zuständig. Dagegen sind bloße Abweichungen des Beglaubigungsvermerkes vom amtlichen Muster unschädlich. Wortlaut und Begründung des § 5 EGMilStGO. ergeben, daß die Feldvorschriften des Beurkundungsrechts dann anzuwenden sind, wenn der Truppenteil, dem der Beteiligte angehört, zufolge der Anordnung des Kaisers, daß das deutsche Heer nach Maßgabe des Mobilmachungsplans kriegsbereit aufzustellen sei (Art. 63 Abs. 4 RV., Sonderausg. DRAnz. v. 1. 8. 14), als mobiler Truppenteil anzusehen ist. Ist diese Voraussetzung vorhanden, so genügt es, daß aus dem Gesamtbilde der Urkunde zu entnehmen ist, daß die Unterschrift zu öffentlichem Glauben bestätigt wird.

e) VO. über die Beglaubigung von Unterschriften und die Legalisation von Urkunden in den besetzten Gebieten v. 20. 1. 16 (RGBl. 48) u. Bek. des Reichskanzlers v. 6. 5., 31. 7. und 25. 11. 16 (RGBl. 364, 874, 1299); vgl. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 2, 53; 3, 41 ff.

f) Marcus, ZBlFG. 16, 660. Die BRVO. v. 14. 1. 15 beruht auf dem § 3 RGes. v. 4. 8. 14, der den Bundesrat ermächtigt hat, „während der Zeit des Krieges diejenigen gesetzlichen Maßnahmen anzuordnen, welche sich zur Abhilfe wirtschaftlicher Schädigungen als notwendig erweisen". Es sind nun Zweifel geäußert worden, ob diese Voraussetzungen hier zuträfen. Die BRVO. habe mit „wirtschaftlichen Maßnahmen" nichts zu tun, sondern regele in Ergänzung und Abänderung des HeerFGG. sowie der §§ 183, 184 FGG. die Form gewisser Beurkundungen (Josef, R. 15, 213). Der Sinn der Worte „wirtschaftliche Maßnahmen" und „Abhilfe wirtschaftlicher Schäden" gehe doch wohl nur auf Fälle der allgemeinen Volkswirtschaft, nicht auf bloße Verfügungen über privatwirtschaftliche Individualwerte (Wehl, ZBlFG. 15, 498 Anm. 10). Diese Bedenken gehen zu weit. Der § 3 des erwähnten RGes. beruht auf der Erwägung, daß es „in den gegenwärtigen ernsten Zeiten erforderlich sei, über den Rahmen der Vorschriften in den §§ 1 und 2 (Verlängerung der Fristen des Wechsel- und Scheckrechts) hinaus die Möglichkeit zu schaffen, etwaigen wirtschaftlichen Schädigungen gegenüber unverzüglich entsprechende gesetzliche Maßnahmen ergreifen zu können" — mit der ausdrücklichen Einschränkung, daß Änderungen der sozialpolitischen und der Arbeiterschutzgesetze nicht in Betracht kommen. Abgesehen hiervon reicht also die Ermächtigung soweit, als eben Maßnahmen zur Abhilfe wirtschaftlicher Schädigungen in Frage kommen, und zwar gleichviel, ob diese Maßnahmen materielles oder formelles Recht betreffen. Daß ferner die bisherige Rechtslage sowie die frühere Beschränkung der für die Beglaubigung von Unterschriften der im Felde befindlichen Personen des Heeres und der Marine zuständigen Beamten wirtschaftliche Schädigungen nicht bloß für diese Personen, sondern auch für den allgemeinen Verkehr im Deutschen Reiche selbst zur Folge hatten, kann um so weniger bezweifelt werden, als seit dem Erlasse des erwähnten Reichsgesetzes immer mehr Männer aus allen Kreisen des

Handels, der Industrie, des Handwerkes und sonstiger Gewerbe ins Feld rückten, denen im Interesse der allgemeinen Volkswirtschaft wie auch zu ihrem eigenen Nutzen die Möglichkeit verschafft werden mußte, in leichter und zuverlässiger Weise gerichtliche Urkunden errichten und ihre Unterschriften öffentlich beglaubigen zu lassen.

§ 198.

RG. 4. 3. 16; 88, 149. Diese Vorschrift findet Anwendung nur auf die vom Richter in den Fällen des § 169 an Stelle des Gerichtsschreibers zugezogenen Urkundspersonen nicht dagegen auf eine Urkundsperson, deren Zuziehung die Landesgesetzgebung (z. B. Art. 12 § 2 PrAGBGB.) auf Grund des Art. 142 EGBGB. an Stelle des Richters oder Notars bestimmt.

§ 199.

S. zu § 5 unter 5 (BayObLG.).

§ 200.

Josef, HoldheimsMSchr. 16, 141. Die im § 200 Abs. 1 der Landesgesetzgebung allgemein eingeräumte Ergänzungsbefugnis setzt voraus, daß die Regelung, die ein Stoff im FGG. gefunden hat, nach dem Sinne und Zusammenhange der Vorschriften nicht als erschöpfend anzusehen ist. Daß aber das FGG. der Landesgesetzgebung die Befugnis zur Ergänzung des siebenten Abschnitts (Handelssachen) hat einräumen wollen, ist gar nicht anzunehmen, ebensowenig daß die preußische Landesgesetzgebung, als sie im Art. 29 PrFGG. dem Justizminister die näheren Bestimmungen über das Schiffsregister übertrug, eine Ergänzung des siebenten Abschnitts des FGG. in Aussicht genommen hat. Bei der entgegengesetzten Ansicht könnte es kommen, daß die Führung des Schiffsregisters in dem einen Bundesstaate Handelssache ist, die Beschwerde also durch die KfH. zu entscheiden ist, in dem anderen Bundesstaate dagegen nicht, ein Zustand, den das Gesetz offenbar nicht beabsichtigt. Vgl. oben zu § 30 unter 3, 4.

Personenstandsgesetz.

Vorbemerkung: Besonders hingewiesen wird auf RG. 18. 5. 16 (zu § 55 PStG.), wonach ein Randvermerk der Ehescheidung im Heiratsregister auch auf Grund eines ausländischen Scheidungsurteils eingetragen werden darf. Damit ist KGJ. 26, A 194 überholt.

Schrifttum: Reimann-Vigelius, Handbuch für Standesbeamte mit einem Kommentare des Personenstandsgesetzes und mit Musterformularen. Freiburg i. Br. 1915.

§ 4.

PrOVerwG. 30. 3. 16, PrVerwBl. 37, 716, Standesa. 16, 154, StB. 16, 218. Die nach § 4 PStG. bestellten Standesbeamten sind, soweit der § 12 KommBG. v. 30. 7. 1899 Geltung hat, pensionsberechtigt, sofern nicht vor Eintritt der Dienstunfähigkeit ein Widerruf der zu ihrer Bestellung erforderlichen Genehmigung erfolgt ist. Einkünfte für die Wahrnehmung solcher Nebenämter, die mit dem Hauptamte nicht organisch verbunden sind, sind an sich nicht pensionsberechtigt.

§ 12.

Auf Grund des § 4 BRVO. über die Erneuerung vernichteter Standesregister v. 25. 11. 15 (RGBl. 779), vgl. JDR. 14 Ziff. 1 zu § 12, hat der Reichskanzler laut Bek. v. 12. 4. 16 (RGBl. 289) die erforderlichen Ausführungsbestimmungen erlassen (vgl. Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch 3, 804 ff.).

§ 15.

1. **RG.** (Straff.) 8. 11. 15, R. 16 Nr. 148, LeipzZ. 16, 330. Mit der Aussetzung eines Kindes, das seine Familienbeziehungen nicht kennt und nicht geltend zu machen vermag, ist häufig ein Zustand der Verdunkelung der Familienzugehörigkeit, sonach eine Unterdrückung des Personenstandes (§ 169 StGB.) verbunden. Dann trifft das Vergehen aus § 169 mit dem aus § 221 StGB. zusammen. Die Unterdrückung

des Personenstandes muß auf eine bestimmte Dauer berechnet sein; das ist aber weder dann ausgeschlossen, wenn der Täter die Aufdeckung des Personenstandes sich für unbestimmte Zeit vorbehält, noch dann, wenn von dritter Seite baldige Aufklärung erfolgte.

2. **RG.** JW. 3. 2. 16, R. 16 Nr. 777. Zum Personenstande des unehelichen Kindes gehören auch die Beziehungen zu seinem Erzeuger. Falsche Angaben der Mutter über die Person des Erzeugers, namentlich solche vor dem Vormundschaftsgerichte, können deshalb Unterdrückung oder Veränderung des Personenstandes bewirken (**RG.** Straff. 41, 301; 34, 437). Der Personenstand einer Person bleibt auch nach deren Tode gegen Veränderung und Unterdrückung geschützt (**RG.** Straff. 35, 188, anders für Totgeborene, **RG.** Straff. 43, 402). Der Täter muß jedoch mit dem Bewußtsein handeln, daß durch seine Handlung das Hervortreten des Personenstandes in bürgerlich- oder öffentlich-rechtlicher Hinsicht gehemmt wird. Dies kann z. B. fehlen, wenn das Kind inzwischen verstorben ist.

§ 17.

KG. 9. 7. 15, OLG. 33, 385. Zur Eintragung eines Geburtsfalls, der sich nicht in dem Bezirke eines deutschen Standesamts ereignet hat, ist, von besonderen Ausnahmefällen (§§ 62, 71 PStG.) abgesehen, ein deutscher Standesbeamter nicht zuständig.

§ 20.

LG. Essen 28. 8. 12, Standesa. 16, 80, will als „öffentliche Krankenanstalten" im Sinne des § 20 nur solche ansehen, die vom Staate, einem Kommunalverband oder einer Gemeinde unterhalten und verwaltet werden, nicht solche der Kirchengemeinden, die nicht jedermann, sondern nur nach dem Ermessen der Verwaltung zugänglich sind. Vgl. dagegen PrMJ. 20. 1. 75.

§ 22.

1. KG. 17. 9. 15, Standesa. 16, 14, StB. 16, 25. Die Eintragung des Vornamens „Boleslaw" statt „Boleslaus" verstößt nicht gegen das Gesetz. „Boleslaw" bedeutet soviel wie „der durch Schmerz Berühmte" und ist daher nicht gleichbedeutend mit „Gottlob".

2. KG. 26. 5. 16, OLG. 33, 350. Wird der Name des Vaters eines Beteiligten durch Eintragung in den Personenstandsregistern berichtigt, so ist diese Berichtigung nicht ohne weiteres für die Führung des Namens seiner Kinder maßgebend, vielmehr ist bei jedem einzelnen Beteiligten selbständig festzustellen, welcher sein richtiger Name sei (RJA. 13, 192).

3. **RG.** 18. 2. 15, FrankfRundsch. 49, 111 (in Bestätigung von Frankfurt 25. 5. 14, FrankfRundsch. 49, 144). Im Herzogtume Sachsen-Meiningen hat sich, entgegen der bis etwa um die Mitte des 19. Jahrhunderts auch dort gültig gewesenen l. un. Cod. de mat. nominis 9, 25, allmählich ein Gewohnheitsrecht entwickelt, das die Änderung des Namens der Parteiwillkür entzogen und von landesherrlicher Genehmigung abhängig gemacht hat. Eine stillschweigende Genehmigung einer Namensänderung kommt nur in Frage, wenn die zuständige Stelle von der Namensänderung Kenntnis erhält und den Willen erkennen läßt, die Namensänderung zu genehmigen.

4. Über BayObLG. 11. 2. 16 vgl. oben I 1 zu § 12 BGB.

5. Sommerzeit. BRVO. v. 6. 4. 16 (RGBl. 243): „Für die Zeit vom 1. 5. bis 30. 9. 16 ist die gesetzliche Zeit in Deutschland die mittlere Sonnenzeit des 30. Längengrads östlich von Greenwich. — Der 1. 5. 16 beginnt am 30. 4. 16 nachmittags 11 Uhr nach der gegenwärtigen Zeitrechnung. — Der 30. September 1916 endet eine Stunde nach Mitternacht im Sinne dieser Verordnung." Vgl. dazu Goldmann, DJZ. 16, 889.

§ 25.

1. Moos, DNotV. 16, 351 (Unheilbar falsche Einträge in das Standesregister) wendet sich gegen OLG. 32, 40 (KG.) — JDR. 14 Ziff. 3 zu § 25 —, worin im Anschluß an **RG.** 68, 60 ausgesprochen ist, daß, wenn im Geburtsregister die Tatsache der Vaterschaftsanerkennung beurkundet ist, ein Randvermerk, daß die Vaterschaftsanerkennung unrichtig sei, auch dann nicht beigefügt werden könne, wenn die Unrichtigkeit der Vaterschaftsanerkennung

durch ein Urteil rechtskräftig festgestellt sei. Verf. hält die Eintragung eines Berichtigungsvermerkes dahin für zulässig, daß die dadurch begründete Vermutung der Vaterschaft des Anerkennenden durch den Inhalt des Feststellungsurteils widerlegt sei.

2. SächsMJ. v. 6. 12. 15, StB. 16, 161. Das sächsische Landesrecht hatte schon vor 1900 die Beurkundungsbefugnis der Standesbeamten erweitert (§ 10 Abs. 1 AusfVO. z. PStG. v. 6. 11. 1875). War hiernach schon vor 1900 die Beurkundung des Anerkenntnisses der Vaterschaft außerhalb des Standesregisters zulässig, so durfte dies auch bei einer Aufgebotsverhandlung in dem darüber aufgenommenen Protokolle geschehen.

§ 26.

1. KG. 12. 2. 15, KGJ. 48, 64. Bei Feststellung der Unehelichkeit eines im Geburtsregister als ehelich eingetragenen Kindes handelt es sich nicht um einen Fall der Berichtigung des Geburtsregisters, sondern um den Fall der Eintragung einer neuen Tatsache, die im gegebenen Falle gemäß § 26 PStG. durch Vorlegung eines die Unehelichkeit des Kindes feststellenden Urteils nachzuweisen ist.

2. KG. 22. 9. 16, Standesa. 16, 201. Erkennt der als Vater eines unehelichen Kindes auf Gewährung des Unterhalts Verklagte vor dem Prozeßgerichte den Klaganspruch an, so verstößt eine Auslegung dieses Anerkenntnisses dahin, daß es sich nur auf den Unterhaltsanspruch beziehen solle, nicht gegen § 133 BGB., auch wenn in der Klageschrift selbst behauptet ist, daß der Beklagte der Vater des Kindes sei. Das Anerkenntnisurteil selbst ist nicht geeignet, die Feststellung der Vaterschaft zu begründen (KGJ. 26, A 39).

3. Stuttgart 16. 6. 16, WürttZ. 16, 320. Als Beweis der Abstammung durch gerichtliches Urteil genügt nur eine dem Vater gegenüber zu seinen Lebzeiten rechtzeitig getroffene und infolgedessen (§§ 643, 640 ZPO.) für und gegen alle wirkende Feststellung des Kindesverhältnisses.

4. Freymuth, ZBlFG. 17, 20, erörtert, wie der Nachweis der durch nachfolgende Ehe bewirkten Legitimation eines unehelichen Kindes geführt werden könne, wenn der Vater des Kindes bei Lebzeiten ein förmliches Anerkenntnis der Vaterschaft nicht abgegeben hat, und glaubt, eine auf Grund des § 1883 Abs. 2 BGB. zu erlassende Verfügung des Vormundschaftsgerichts als eine der Anforderung des § 26 PStG. entsprechende öffentliche Urkunde, die die Legitimation des Kindes erweise, ansehen zu dürfen. ➠ Vgl. die inzwischen veröffentlichte BRVO. v. 18. 1. 17, RGBl. 57. (Red.) ⟵

§ 45.

Wegen der Beseitigung des distriktspolizeilichen Verehelichungszeugnisses in Bayern s. oben Ziff. II zu § 1315 BGB.

§ 55.

a) **RG.** 18. 5. 16; 88, 244, JW. 16, 1280, LeipzZ. 16, 1122, RJA. 15, 9, R. 16 Nr. 2005, Standesa. 16, 185, StB. 16, 255. Wird dem Standesbeamten ein ausländisches Scheidungsurteil vorgelegt, so hat er selbständig zu prüfen, nicht nur, ob das Urteil nach ausländischem Rechte rechtskräftig ist, sondern auch, ob es den Erfordernissen des § 328 ZPO. oder des Art. 7 HaagEhescheidAbk. entspricht (a. M. KGJ. 26, A 194). Der Beibringung eines Vollstreckungsurteils nach § 722 bedarf es nicht, da § 722 nur Anwendung findet, wenn eine Zwangsvollstreckung i. e. S. vorgenommen werden soll, nicht aber (a. M. Dresden, OLG. 6, 18), wenn auf Grund des rechtskräftigen ausländischen Urteils sonstige staatliche Handlungen, die einen Zwang gegen den Schuldner nicht enthalten, z. B. Eintragungen in öffentliche Register, zu vollziehen sind.

b) Im Anschlusse hieran hat preuß. MJ. seinen Erl. v. 19. 3. 14, (MBliV. 129) aufgehoben (Standesa. 16, 194).

§ 65.

1. BayObLG. 6. 3. 14, KGJ. 48, 237, RJA. 14, 124. Eine im Standesregister enthaltene Eintragung kann auch in der Weise berichtigt werden, daß der vom Standes-

beamten ohne gerichtliche Anordnung eingetragene Vermerk, dessen Inhalt dem Gericht als sachlich zutreffend erscheint, vom Gerichte nachträglich genehmigt und die nachträgliche Genehmigung am Rande der Urkunde beigeschrieben wird.

2. Hamburg 22. 3. 16, HansGZ. 16 Beibl. 168, OLG. 32, 415, Standesa. 16, 178. Eine Unrichtigkeit der Eintragung im Standesregister liegt vor, wenn festgestellt ist, daß der darin angegebene Familienname Kraußz von alters her, sobald man sich der lateinischen Schrift bediente, „Krauss" geschrieben worden ist.

§ 66.

1. Karlsruhe 6. 11. 14, FDR. 14 Ziff. III 2 zu § 66 (Unzuständigkeit des StB. zur Herbeiführung des Berichtigung eines anderen Registers), auch KGJ. 48, 240.

2. Jena 16. 8. 16, OLG. 33, 384. Ist ein Sterbefall in den Registern zweier Standesämter eingetragen, so ist die Aufsichtsbehörde des einen Standesamts nicht berechtigt, die Berichtigung der Eintragung in dem Register des anderen Standesamts zu beantragen, da ihr Rechtskreis durch diese Eintragung nicht berührt wird.

§ 71.

1. a) Die Kais. VO. v. 20. 2. 06 (RGBl. 359) hat im § 3 Nr. 1 Abs. 3 durch die Kais. VO. v. 18. 5. 16 (RGBl. 405) einen Zusatz erhalten, der dem Zusatz entspricht, den die Kais. VO. v. 20. 1. 1879 (RGBl. 5) durch die Kais. VO. v. 7. 9. 15 (RGBl. 583) — vgl. FDR. 14 Ziff. 1 a zu § 71 — erfahren hat, nämlich dahin: „Ist der Verstorbene auch nicht im Inland geboren, so bestimmt der Reichskanzler den zuständigen Standesbeamten." Ferner haben beide Kais. VO. durch die VO. v. 18. 5. 16 folgenden Zusatz erhalten: „Die Beweiskraft des Sterberegisters (§ 15 PStG.) wird nicht dadurch berührt, daß die Beurkundung der Sterbefälle durch einen unzuständigen Standesbeamten erfolgt ist."

b) Entsprechend der ihm erteilten Ermächtigung hat der RK. durch Bek. v. 23. 5. 16 (RGBl. 406) bestimmt: „Für die Beurkundung der Sterbefälle 1. solcher Militärpersonen der Kais. Marine, welche ihr Standquartier nach eingetretener Mobilmachung verlassen haben, sowie 2. aller Militärpersonen, welche sich auf in Dienst gestellten Schiffen oder anderen Fahrzeugen der Kais. Marine befinden, ist, wenn der Verstorbene im Inlande weder einen Wohnsitz gehabt hat noch dort geboren ist, der Standesbeamte des Kgl. preuß. Standesamts I in Berlin zuständig."

2. Preuß. MJ. v. 4. 12. 15, Standesa. 16, 1, hat angeordnet, daß Anfragen der Standesbeamten über die Zuständigkeit zur Beurkundung von Kriegssterbefällen nicht mehr an das Kgl. Kriegsministerium (Zentralnachweisbureau), sondern an die vorgesetzte Aufsichtsbehörde zu richten sind.

3. AG. C. (ohne Datum), Standesa. 16, 196. Ist ein unsicherer Heerespflichtiger in Frankreich ergriffen und, ohne einem Heeresteile zugeteilt zu sein, bei einem Fluchtversuch erschossen worden, so ist zur Beurkundung des Sterbefalls ein deutsches Standesamt nicht zuständig, da die Allerh. VO. v. 20. Juni 1879, insbes. dessen § 2, keine Anwendung findet. Die Worte im § 2: „oder sonst sich bei demselben (dem Heere) aufhalten oder ihm folgen", setzen begrifflich, wie auch aus dem Gegensatze zu dem folgenden Worte „Kriegsgefangenen" zu schließen, die körperliche Freiheit voraus.

4. KG. 14. 7. 15 (Berichtigung der irrtümlichen Eintragung des Todes eines Kriegsteilnehmers im Sterberegister) auch KGJ. 48, 68.

§ 73.

Roth, DNotV. 16, 61 (Behandlung der alten bei den Gerichten aufbewahrten Zivilstandsregister für Dissidenten und Juden) — Kgl. VO. v. 30. 3. 1847 (GS. 125), G. v. 23. 8. 1847. Nach den Instruktionen v. 10. 5. 1847 und 29. 7. 1847 (JMBl. 135, 233) waren die Ausfertigungen aus diesen Registern von dem Richter zu erteilen; seit dem 1. Jan. 1900 ist hierzu auch der Gerichtsschreiber zuständig (Artt. 35, 139 Abs. 3 PrFGG.). Im übrigen sind die im Art. 1 PrFGG. aufgeführten Bestimmungen anwendbar, doch wird § 6

FGG. in Verb. mit Art. 2 PrFGG. nicht Platz greifen, da § 27 AusfBest. in dieser Beziehung an das Personenstandsrecht geringere Anforderungen stellt. Für § 14 FGG. gibt es die besondere Vorschrift des § 80 PrGKG. Nach dem anwendbaren § 34 FGG. können auch einfache Abschriften (vgl. dagegen §§ 15, 16 PStG.) erteilt werden, und zwar auch ohne besondere richterliche Anordnung. Auf das Berichtigungsverfahren werden die §§ 65, 66 PStG. für anwendbar erachtet.

Grundbuchordnung.

Vorbemerkung: Im Vordergrunde des Interesses steht im Berichtsjahre die Frage nach Art und Umfang der grundbuchrichterlichen Prüfungspflicht, insbesondere danach, welcher Auskunfts- und Beweismittel sich der Grundbuchrichter bei der Grundbuchberichtigung in den Fällen der §§ 22, 54 GBO. bedienen darf. Neben der zu § 22 Ziff. 3 genannten Entscheidung ist vor allem auf die Rechtslehre und Rechtsprechung zu § 54 und insbesondere auf den Beschluß des **RG.** v. 9. 2. 16 über den Begriff der inhaltlichen Unzulässigkeit zu verweisen. — Die Prüfungspflicht des Grundbuchrichters wird weiter erörtert zu § 13 (grundbuchlicher Antrag); RG. und Obergerichte legen hier dem Grundbuchrichter sowohl bezüglich der Frage, ob überhaupt ein Grundbuchantrag vorliegt, wie hinsichtlich des Inhalts der Anträge eine ziemlich weitgehende Prüfungspflicht auf. — Zu § 19 ist eine interessante, die Unterscheidung zwischen Legalitäts- und Konsensprinzip betonende Entscheidung des OLG. Frankfurt hervorzuheben. Zu § 22 sind die Abhandlungen von Weidemann und Meikel zu nennen zur Streitfrage, ob bei bestehender Gütergemeinschaft der Mann ohne Zustimmung der Frau die Eintragung eines von ihm erworbenen Grundstücks als Gesamtgut beantragen darf; beide Schriftsteller bejahen die Frage in Übereinstimmung mit dem RG., dem BayObLG. und der neuen Rechtsprechung des KG. Zu § 37 (nachlaßgerichtliches Zeugnis) hat das KG. eine praktisch wichtige Entscheidung getroffen: Das Zeugnis ist auch auf Grund der Erklärung des zur Auseinandersetzung befugten Testamentsvollstreckers zu erteilen. Wichtige Entscheidungen liegen zu §§ 40 u. 41 (Vorabeintragung des Berechtigten) vor. Eine umfangreiche Entscheidung des RG. (zu §§ 40, 41) gibt einen belehrenden Überblick über die Fälle, wann die Regel des § 40, wann die Ausnahmevorschrift des § 41 Platz greift. Diese Ausnahmevorschrift, nach welcher bei gewissen Eintragungen die Vorabeintragung des Berechtigten sich für den Fall erbrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge erübrigt, wird in **RG.** 87, 284 (in Übereinstimmung mit KGJ. 41, 213) ausgedehnt auf andere Fälle von Gesamtrechtsnachfolge (Eingemeindung) und gestützt auf die praktische Notwendigkeit, das Grundbuch von unnützen Formaleintragungen zu entlasten, einen Grundsatz, den das RG. auch sonst erfreulicherweise betont hat (vgl. **RG.** 18. 9. 15, oben Ziff. 2 zu § 1144 BGB.). Zu der alten Frage der Zustimmung der Nacherben liegt eine Entscheidung des BayObLG. (zu § 41 Ziff. 3) vor, die sich in den Bahnen des RG. hält. Eine eigenartige entsprechende Ausdehnung des § 52 findet sich in der dort wiedergegebenen Entscheidung des KG. Zu § 71 Abs. 2 (keine Beschwerde gegen Eintragungen) findet sich ein Zwiespalt zwischen RG. und KG. Der Standpunkt des KG. geht dahin, daß die Beschwerde gegen Ablehnung eines auf den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs gestützten Berichtigungsantrags aus § 22 GBO., als gegen § 71 Abs. 2 verstoßend, unzulässig ist (ebenso Güthe). Diesen Standpunkt bezeichnet das RG. als mit seiner Rechtsprechung nicht im Einklange stehend. ➾ Das KG. hat jedoch an seiner Auffassung festgehalten. ⇽
Schrifttum: Du Chesne, Die Untersuchungsmaxime im § 54 GBO., ZBlFG. 17, 117 ff., 170 ff. — Derselbe, Die Glaubhaftmachung im Grundbuchverfahren, RheinZ. 16, 294 ff.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 5.

Dresden 10. 4. 15, ZBlFG. 16, 679. Ein Grundstück kann nur auf einem Blatte zugeschrieben werden, auf dem der Erwerber als Eigentümer eingetragen ist, da auf einem und demselben Grundbuchblatt immer nur der Grundbesitz einer einzelnen — natürlichen oder juristischen — Person oder einer durch das gleiche Gemeinschaftsverhältnis verbundenen Personenmehrheit (§ 48 GBO.) gebucht werden kann.

§ 11.

1. Du Chesne, RheinZ. 8, 294 ff., bes. 306 (vgl. II zu § 54). Das Ziel der Darlegung im Sinne des § 11 GBO. ist die Überzeugung des Grundbuchrichters — von dem

Bestehen des berechtigten Interesses —, die er aber auf die bloße Behauptung des Antragstellers gründen kann, sofern diese nicht infolge anderer Umstände verdächtig ist.

2. Über die Zulässigkeit der Beschwerde s. Ziff. II 3 zu § 71.

Zweiter Abschnitt. Eintragungen in das Grundbuch.

§§ 13 ff.

1. Bourier, Überbauungen, BayNotZ. 16, 41, erörtert die möglichen Fälle von Überbauungen und ihre Buchung im Anschluß an bayerische landesrechtliche Vorschriften.

2. Oberneck, GoldschmidtsZ. 78, 565, teilt bei Besprechung von Güthes GBO. (3) dessen freie Stellungnahme (Vorbem. 78 zum 2. Abschn. GBO.) in Ansehung der Verfügungen von Vorerben über Nachlaßhypotheken, wonach die löschungsfähige Quittung oder eine beglaubigte Erklärung über den Empfang des Abtretungsentgelts genügt, falls nicht dem Grundbuchrichter Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit dieser Erklärung bekannt sind (gegen KG., KGJ. 30 A 261, und insbesondere **RG.** 61, 228; 65 214; 70, 332).

§ 13.

Prüfungspflicht des Grundbuchrichters bezüglich der gestellten Anträge.

1. Formelle. **RG.** 20. 9. 16, WarnE. 16, 459. Daß das Grundbuchamt alle ihm übergebenen Urkunden durchzusehen und daraufhin zu prüfen habe, ob durch sie eine Tätigkeit in irgendeiner Beziehung in Anspruch genommen wird, behauptet auch die Revision nicht. Diese Prüfungspflicht wird vielmehr durch den Zweck bestimmt und begrenzt, zu dem die Urkunden dem Grundbuchamt erkennbar übergeben sind, und wenn mit dem Berufungsgericht anzunehmen ist, daß der Grundbuchrichter Urkunden, die beim Grundbuchamt ohne Begleitschreiben eingehen, aus dem der Zweck der Einreichung erkennbar ist, durchzusehen hat, so ist ihm andererseits doch auch zuzugeben, daß diese Durchsichtspflicht da entfällt, wo, wie nach dem Gesagten hier, aus dem Begleitschreiben ein Zweck der Einreichung zu ersehen ist, der die Durchsicht nicht erforderlich macht. — Der Antrag im Sinne der §§ 13, 15 GBO. ist ein an das Grundbuchamt gerichtetes Begehren (Mot. zum I. Entw. der GBO. 52 unter 3) und als solche eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die erst Bedeutung erhält, wenn sie dem Grundbuchamte zugeht. Da im vorliegenden Falle der Antrag der nach dem § 13 Abs. 2 Antragsberechtigten, wie bemerkt, im notariellen Kaufvertrage vom 2. 2. 07 enthalten war, so war für einen eigentlichen Antrag des Notars auf Grund des § 15 kein Raum, und kommt seiner Eingabe vom 30. 3. 07 samt der Einreichung der beigefügten Urkunden nur die Bedeutung einer Botentätigkeit, nämlich die Bedeutung einer Übermittlung einer Willenserklärung eines anderen, zu. Danach kommt es darauf an, ob der in dem Kaufvertrag enthaltene Eintragungsantrag dem Grundbuchamte durch die erörterte Tätigkeit des Notars zugegangen ist, und diese Frage ist zu verneinen, weil der Inhalt der Eingabe vom 30. 3. 07 nach der erwähnten, nicht zu beanstandenden Feststellung beider Vordergerichte ergibt, daß die in ihr und in der Überreichung der ihr beigefügten Urkunden beschlossene Tätigkeit des Notars sich nur auf die Eintragung der Eigentumsänderung bezog und beziehen sollte. Allerdings kann der Notar nach der in der Rechtslehre und Rechtsprechung herrschenden Meinung (vgl. KG., KGJ. 22, A 295, 296; 25 A 301) auch bei seiner lediglich übermittelnden Tätigkeit von den zu übermittelnden Eintragungsanträgen nicht in der Weise abweichen, daß er von den mehreren in derselben Urkunde enthaltenen, miteinander zusammenhängenden Urkunden nur den einen oder den anderen übermittelt. Im gegebenen Falle aber ist vom LG. mit Recht darauf Gewicht gelegt, daß der Antrag auf Eintragung der Eigentumsänderung und der Antrag auf Eintragung der Grunddienstbarkeit in verschiedenen Urkunden zu verschiedenen Zeiten gestellt, und daß die Beteiligten hier und da auch nicht dieselben Personen waren.

2. Materielle. a) Du Chesne, Bedingter Nießbrauch, MecklZ. 34, 315, bekämpft Hamburg 3. 9. 15, HansGZ. 15 Beibl. 267 (JDR. 14, 1026). Er hält die Eintragung eines aufschiebend bedingten Nießbrauchs für nicht zulässig, weil sie kein bestehendes Recht bedeute,

sondern nur ein zukünftig mögliches, ein solches aber im Grundbuch nur als Verfügungsbeschränkung zur Erscheinung kommen könne, und weil ohne eine auf ein gegenwärtiges Recht lautende Eintragung weder durch nachträglichen Eintritt eines bedingenden Umstandes noch durch nachträgliche stillschweigende Einigung ein gegenwärtiger Nießbrauch entstehen könne. Der bedingte Nießbrauch würde eine Zwischenstufe sein zwischen der Vormerkung des bedingten schuldrechtlichen Anspruchs und der Eintragung des gegenwärtigen dinglichen Rechtes. Für diese Zwischenstufe besteht kein Bedürfnis.

b) Darmstadt 7. 10. 15, BadRpr. 16, 8. Das sogenannte Grundgeschäft unterliegt der Prüfung des Grundbuchrichters überhaupt nicht, und er ist zur Ablehnung einer im übrigen begründeten Eintragung nur berechtigt — in diesem Falle auch verpflichtet —, wenn sich mit unbedingter Sicherheit unter Ausschluß jeder gegenteiligen Möglichkeit ein solcher Mangel des Rechtsgeschäfts ergibt, daß zugleich mit der Nichtigkeit des Grundgeschäfts die durch die Eintragung vollzogene Rechtsänderung nichtig wäre.

3. Auslegung grundbuchlicher Anträge. Colmar 15. 5. 16, ElsLothNotZ. 16, 224 ff. Erwirbt eine dem Buchungszwange nicht unterliegende Gemeinde ein bisher gebuchtes Grundstück, so liegt im Antrag auf Ausbuchung zugleich der Antrag auf Eintragung der Eigentumsveränderung. Lassen sich zwei Eigentümer, deren einer dem Buchungszwange nicht unterliegt, gegenseitig Teile ihrer Grundstücke auf und beantragen gemeinsam die Vereinigung und Nummeränderung gemäß dem neuen Eigentumsstande, so ist dieser Antrag als nur für den buchungspflichtigen Grundbesitz gestellt anzusehen.

4. Über das Antragsrecht des zum Testamentsvollstrecker ernannten Vormundes, KG. 2. 12. 15, vgl. Ziff. 4 zu § 2218 BGB.

§ 14.

KG. 14. 10. 15, R. 16 Nr. 1983, RJA. 15, 83. Ist bei der Zwangsversteigerung wegen Nichtberichtigung des Bargebots zugunsten unbekannter Berechtigter eine Sicherungshypothek eingetragen (§§ 126, 128 ZVG.), so kann die Eintragung des wirklich Berechtigten an Stelle des eingetragenen unbekannten Berechtigten nicht auf Grund des des § 14 GBO. im Wege einer beim Grundbuchamt erfolgten Berichtigung erfolgen, vielmehr steht die Entscheidung darüber, ob der Berechtigte ermittelt ist, lediglich dem Vollstreckungsgerichte zu. Dieses hat dann die Eintragung des wirklich Berechtigten beim Grundbuchamte zu beantragen.

§ 15.

BayObLG. 29. 12. 15, R. 16 Nr. 308. Aus § 15 läßt sich eine Vollmacht des Notars zur Entgegennahme der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des beurkundeten Grundstücksverkaufs namens des Pflegers ebensowenig folgern wie eine Vollmacht zur Verständigung des Gegners und zur Entgegennahme dieser Verständigung namens des letzteren.

§ 18.

1. KG. 16. 9. 15, R. 16 Nr. 1984, RJA. 15, 70. Das LG. hat mit Unrecht die angefochtene Verfügung des AG. als eine den Vorschriften des § 18 entsprechende Zwischenverfügung angesehen. Nach § 18 hat der Grundbuchrichter, wenn einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht, falls er den Antrag nicht zurückweist, dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen. Die Frist muß dem Antragsteller mitgeteilt werden und demgemäß in der ihm zugehenden Zwischenverfügung enthalten sein.

2. KG. 20. 5. 15, SchlHolstAnz. 16, 6. Im Falle der Nichtbeobachtung des § 18 ist eine Zwischenverfügung zu erlassen.

§ 19.

1. Legalitäts- und Konsensprinzip. Frankfurt 16. 3. 16, FrankfRundsch. 50, 57 ff., bes. 69. Hat der Grundbuchrichter aus dem Grundbuche, den Grundakten, oder aus sonstiger amtlicher Kenntnis die Überzeugung gewonnen, daß der Bucheintrag der wahren Rechtslage widerspricht, so ist er verpflichtet, die Beibringung der Bewilligungserklärung

der wirklich Berechtigten oder Mitberechtigten zu verlangen. Denn die Bewilligung muß von demjenigen ausgehen, welcher materiell und formell durch die begehrte Buchung in seinen Rechten berührt wird. Bei einem Löschungsantrage hat der Grundbuchrichter vermöge des formellen Konsensprinzips die Einwilligung des Buchberechtigten zu fordern; nach dem Grundsatze des Legalitätsprinzips, nach welchem er bei Kenntnis der wirklichen mit dem Grundbuchsinhalt in Widerspruch stehenden Rechtslage seine Mitwirkung zu versagen hat, darf er aber keinen der wahren Rechtslage widersprechenden Bucheintrag herbeiführen und muß daher den Antrag ablehnen, wenn nicht die Bewilligungserklärung des wirklich Berechtigten beigebracht wird (RJA. 3, 39; 8, 236, 237; Güthe, GBO. (3) § 19 Note 33). Es fragt sich also, ob ein materiellrechtlich bestehender und berechtigter Anspruch dem Verfügungsrechte des Buchberechtigten entgegensteht, da nur soweit das Legalitätsprinzip Platz greifen kann (RJA. 8, 237).

2. Auslegung und Inhalt der Eintragungsbewilligung. a) KG. 12. 5. 15, KGJ. 48, 190 (vgl. auch § 883 BGB. Ziff. 2). Die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung muß außer der Angabe des Gegenstandes des zu sichernden Anspruchs auch die Angabe des Grundes dieses Anspruchs enthalten, da sonst nicht erkennbar ist, welcher von mehreren auf das gleiche Ziel gerichteten Ansprüchen des Gläubigers durch die Vormerkung gesichert werden soll (vgl. KGJ. 32, A 215; 37, A 280, Güthe, GBO. [3] § 25 A 16 Abs. 5).

b) Colmar 15. 5. 16, ElsLothNotZ. 16, 224. Die Auflassungserklärung enthält unter allen Umständen die Eintragungsbewilligung; diese braucht daneben nicht nochmals ausgesprochen zu werden.

3. Wer ist bewilligungsberechtigt? a) Karlsruhe 3. 5. 15, RJA. 14, 304. Der vom Vormundschaftsgerichte für ein herrenloses Grundstück nach § 1913 BGB. bestellte Pfleger ist nicht befugt, grundbuchliche Eintragungsbewilligungen zu erteilen. Eine solche Pflegschaft ist unzulässig, da § 1913 nur eine Personen-, keine Sachpflegschaft gestattet, unbekannte Personen, in deren Interesse die Pflegschaft angeordnet werden könnte, aber bei herrenlosen Grundstücken nicht denkbar sind. Grundbuchanträge eines solchen Pflegers hat das Grundbuchamt abzulehnen.

b) KG. 13. 4. 16, PosMSchr. 16, 66. Im Grundbuche steht für M. eine Hypothek eingetragen. M. hat — ohne grundbuchliche Umschreibung — die Hypothek der Bank N. abgetreten. Gelegentlich der Grundbuchberichtigung nach einer Zwangsversteigerung hat auf das Ersuchen des Vollstreckungsgerichts das Grundbuchamt in Buch und Brief eingetragen, daß laut Vereinbarung mit dem Ersteher M. die Hypothek der Bank N. bestehen bleibe, es hat den eingereichten Brief versehentlich aber nicht der Gläubigerin N., sondern dem Ersteher und Buchgläubiger M. zurückgesandt. Dieser hat unter Übergabe des Briefes die Hypothek, die er als Eigentümergrundschuld bezeichnete, der Bank W. abgetreten. Der Eintragungsantrag der Bank W. wurde in drei Instanzen zurückgewiesen. Unhaltbar erscheint der Entscheidungsgrund der Vorinstanzen, daß die Antragstellerin deshalb für bösgläubig anzusehen sei, weil sie aus dem Vermerke des Briefes von der Vereinbarung des Bestehenbleibens der Hypothek hätte ersehen müssen, daß Ersteher und Gläubiger nicht dieselbe Person seien. Kennenmüssen genügt aber nicht zur Widerlegung der Fiktion des § 892, sondern nur wirkliche Kenntnis. Allein nicht die materiellrechtlichen Gesichtspunkte sind hier maßgebend, sondern die formellrechtlichen; sie führen zur Zurückweisung der weiteren Beschwerde. Vom Standpunkte des formellen Grundbuchrechts ist der Antrag auf Eintragung einer außerhalb des Grundbuchs übertragenen Hypothek ein Berichtigungsantrag. Diese kann — was hier nicht in Frage kommt — auf Grund des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 22) oder auf Grund einer Berichtigungsbewilligung (§ 19) erfolgen. Eine solche ist aber von demjenigen zu erklären, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird. Hier wird zunächst das Buchrecht des noch eingetragenen M. betroffen, für den die Vermutung des § 891 spricht. Aber diese Vermutung ist hier widerlegt. Das Grundbuchamt weiß, daß durch die erste Abtretung die Post von M. auf die Bank N. wirksam übergegangen war. Die Berichtigungsbewilligung muß deshalb von dieser erklärt werden; denn ihr

materielles Recht wird von der Berichtigung betroffen. Ob dieses materielle Recht inzwischen durch einen entgegenstehenden gutgläubigen Erwerb seitens der Beschwerdeführerin wieder beseitigt ist, kann das Grundbuchamt nicht wissen. Aus diesen Gründen konnte dem Umschreibungsantrage nicht stattgegeben werden.

§ 22.

1. BayObLG. 13. 2. 14 (JDR. 14 Ziff. II 2) auch ElsLothNotZ. 16, 165.

2. Über KG. 8. 4. 15 vgl. Ziff. 2 zu § 1438 BGB.

3. Selbständige Prüfungspflicht des Grundbuchrichters. KG. 6. 1. 16, KGJ. 48, 186. Wird der Berichtigungsantrag unter Beibringung einer Berichtigungsbewilligung gestellt, so ist zwar nicht daneben der Nachweis der Unrichtigkeit erforderlich; der Grundbuchrichter hat aber den Antrag abzulehnen, wenn er weiß, daß die Angaben der Beteiligten nicht den Tatsachen entsprechen (Güthe, GBO. [3] § 22 Anm. 9 a. E.). Andererseits rechtfertigen bloße Zweifel darüber, ob die Angaben der Beteiligten den Tatsachen entsprechen, die Ablehnung des Berichtigungsanspruchs noch nicht (KGJ. 41, 201).

4. a) Weidemann, Kann der Mann bei bestehender Gütergemeinschaft ohne Zustimmung der Frau die Eintragung eines von ihm erworbenen, aber noch nicht auf ihn eingetragenen Grundstücks als Gesamtgut beantragen? ZBlFG. 17, 16, tritt in dem Streit zwischen der früheren Rechtsprechung des KG. und dem BayObLG. (s. JDR. 13 Vorbem. zur GBO. und 14 Anm. 2 zu §§ 1438, 1439 BGB.) der bejahenden Ansicht bei und wendet sich gegen die der älteren verneinenden Ansicht des KG. beistimmenden Darlegungen Josefs, ZBlFG. 16, 94 (JDR. 14 § 22 III 1). Auf den streitigen Tatbestand wende Josef mit Unrecht § 1438 Abs. 3 BGB. an. Dort werde die Zustimmung der Frau verlangt, weil die Berichtigung des unrichtig gewordenen Grundbuchs in Frage komme; vorliegendenfalls hat die Frau zu keiner Zeit ein unrichtiges Grundbuch gegen sich; es liegt keine Berichtigung, sondern eine Neueintragung vor.

b) Meikel, Erwerb von Grundstücken als Gesamtgut, R. 16, 124. Jeder Ehegatte kann, auch wenn die Auflassung an ihn allein erfolgt ist, die Eintragung beider Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft beantragen. (Vgl. auch Ziff. 1 zu § 1438 BGB.)

5. BayObLG. 1. 10. 15, R. 16 Nr. 309. Ist eine einstweilige Verfügung nur gegen Sicherheit des Gläubigers bestätigt, so genügt die auf Gläubigerantrag ausgesprochene vorläufige Vollstreckbarkeit gegen Gläubigersicherheit nicht zu einem Löschungsantrage des Schuldners.

6. BayObLG. 10. 12. 15; 16, 153, BayNotZ. 16, 144, BayRpflZ. 16, 72 (vgl. Ziff. III zu § 54 GBO.). Die Berichtigung der Angaben im Titel eines Grundbuchblatts kann, falls sie eine Bestandsverminderung mit sich bringt, nicht vom Grundbuchamte von Amts wegen vorgenommen werden, sondern nur auf Grund einer Berichtigungsbewilligung des Betroffenen oder nach § 22 GBO.

§ 28.

1. Colmar 8. 11. 15, ElsLothJZ. 16, 81, ElsLothNotZ. 16, 128. Ist der Eigentümer durch Urteil zur Bewilligung einer Gesamtsicherungshypothek auf „sämtliche Liegenschaften" verurteilt, so kann die Eintragung nicht erfolgen, selbst wenn im Antrage die Grundstücke grundbuchmäßig richtig angegeben sind, da dem Grundbuchamte die Prüfung, ob die im Antrage genannten Grundstücke Eigentum des Verurteilten sind, nicht zugemutet werden kann.

2. LG. Kiel 23. 5. 16, SchlHolstAnz. 16, 190. Zwar ist § 28 nur eine Ordnungsvorschrift, d. h. eine dagegen verstoßende Eintragung ist nicht nichtig; aber sie stellt für den Grundbuchrichter in zwingender Weise das Mindestmaß dessen fest, was er im Interesse der Grundbuchführung fordern muß. Die Bezeichnung des belasteten Grundstücks als „das im Grundbuche von Molfsee Bd. — Bl. — verzeichnete in Schulensee belegene Grundstück mit allem Zubehör" ist keine genügend bestimmte Bezeichnung im Sinne des § 28.

§ 29.

1. Über KG. 16. 12. 15 vgl. Ziff. 1 zu § 874 BGB.

2. BayObLG. 18. 5. 15; 16, 93. Liegt dem Grundbuchamt eine in einem gerichtlichen Vergleich erklärte Eintragungsbewilligung vor, so bedarf es nicht des Nachweises der Rechtskraft des Vergleichs. Ob ein auf Widerruf geschlossener Vergleich rechtzeitig widerrufen ist, kann das Grundbuchamt aus den Prozeßakten selbst feststellen, ohne eine Entscheidung des Prozeßgerichts darüber herbeiführen zu müssen.

3. BayObLG. 29. 10. 15, R. 16 Nr. 310. Eine Ermächtigung des Notars zur Erwirkung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung genügt nicht zum grundbuchmäßigen Nachweise, daß von der erteilten Genehmigung der Gegenpartei gegenüber Gebrauch gemacht ist.

4. *Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZBlFG. 16, 600 ff. Den Nachweis der Befugnis zur Vertretung eines kommunalen Sparkassenvereins erbringt eine öffentliche Urkunde, die von der den Verein bildenden Kommunen gemeinsam vorgesetzten Dienstbehörde ausgestellt ist.

§ 32.

Colmar 3. 4. 16, ElsLothJZ. 16, 279. Wenn vom instrumentierenden Notar zunächst beantragt wird, bei einem Grundstücke den Eigentumsübergang und die Kaufgeldhypothek einzutragen, vor der Eintragung aber der letztere Antrag zurückgenommen wird, so fällt diese Rücknahme nicht unter die Ermächtigung des Notars aus § 15 GBO., sondern bedarf der Form der §§ 32, 29 GBO.

§ 33.

*Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZBlFG. 16, 600 ff. Durch ein Zeugnis des Handelsregistergerichts ist der Nachweis der Vertretung eines kommunalen Sparkassenvereins nicht zu erbringen.

§ 36.

KG. 28. 10. 15 vgl. zu § 53.

§ 37.

1. KG. 24. 6. 15, KGJ. 48, 151 ff. (bes. 155 ff.). Das Nachlaßgericht hat ein Zeugnis gemäß § 37 auch auf Grund der Erklärungen des zur Auseinandersetzung befugten Testamentsvollstreckers zu erteilen. Nach § 37 Abs. 1 genügt, wenn bei einer zu einem Nachlasse gehörenden Hypothek einer von mehreren Erben als neuer Gläubiger eingetragen werden soll, zum Nachweise der Erbfolge und der Eintragungsbewilligung „der Erben" ein Zeugnis des Nachlaßgerichts, und nach Abs. 2 darf das Zeugnis nur ausgestellt werden, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins vorliegen und die Erklärungen der Erben von dem Nachlaßgerichte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sind. Es bestehen indes keine durchschlagenden Bedenken, diese Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus auch auf den hier zur Entscheidung stehenden Fall der Auseinandersetzung durch einen Testamentsvollstrecker anzuwenden. Wird die Bestimmung des § 37 GBO. sich zwar am nutzbringendsten dann erweisen, wenn die Auseinandersetzung unter Vermittlung des Nachlaßgerichts (§ 86 FGG.) stattfindet und bei der Gelegenheit der aus diesem Anlasse gleichzeitigen Anwesenheit aller Miterben die notwendigen Bewilligungen von dem Nachlaßgericht entgegengenommen werden können, so ist doch in der Wissenschaft anerkannt, daß die Vermittlung der Auseinandersetzung keine notwendige Voraussetzung für die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts zur Erteilung des im § 37 behandelten Zeugnisses ist (Schlegelberger, FGG. [2] § 84 Anm. 21; Arnheim, GBO. [2] § 37 Anm. 10; Predari, GBO. [2] §§ 37, 38 Anm. 3). Genügt es danach aber, wenn ohne vorgängiges nachlaßgerichtliches Vermittlungsverfahren die Erben die im § 37 Abs. 2 vorgeschriebenen Erklärungen dem Nachlaßgerichte gegenüber abgeben und als richtig nachweisen, so muß es auch für zulässig erachtet werden, daß der Testamentsvollstrecker, der nach § 2211 BGB. mit Ausschluß der Erben den Nachlaß zu verteilen hat, zu diesen Erklärungen

und Nachweisen gegenüber dem Nachlaßgerichte mit der Wirkung zugelassen wird, daß daraufhin das Zeugnis vom Nachlaßgerichte zu erteilen ist.

2. KG. 30. 9. 15, KGJ. 48, 157. Die der Entscheidung vom 24. 6. 15 — vgl. oben Ziff. 1 — zugrunde liegenden Erwägungen treffen auch für den Fall zu, daß es sich um ein nachlaßgerichtliches Zeugnis nach § 99 GBO. in Verb. mit Art. 10 PrAGGBO. dafür handelt, daß bei einem Nachlaßgrundstück ein Nachlaßbeteiligter als Eigentümer eingetragen werden soll. Das Zeugnis darf erst nach erfolgter Beurkundung der Auflassung erteilt werden (entsprechend § 37 Abs. 2 GBO.). Ist die Auflassung vor dem Grundbuchamt erfolgt, so bedarf es keiner nachlaßgerichtlichen Bescheinigung der Auflassung; doch muß sich aus dem Zeugnis ergeben, daß die Erbfolge zwecks grundbuchmäßiger Vollziehung der Erbauseinandersetzung über ein bestimmtes Grundstück bescheinigt wird.

§ 39.

Dresden 29. 7. 15, SeuffA. 71, 47. Eine einstweilige Verfügung, mit der die Löschung der für den Antragsgegner eingetragenen Auflassungsvormerkung angeordnet wird, ist rechtlich unzulässig, weil dies auf ein an das Grundbuchamt gerichtetes Gebot zur Vornahme einer Eintragung hinauslaufen würde. Ein solches Gebot kann das Prozeßgericht nicht erlassen, vielmehr ist ihm nur gestattet, durch seine Entscheidung die Grundlage für eine Grundbucheintragung zu schaffen und das Grundbuchamt um die Vornahme der danach zu bewirkenden Eintragung zu ersuchen.

§§ 40, 41.

1. **RG.** 28. 6. 16, RJA. 15, 65. Im Grundbuche stehen die Eltern des Beschwerdeführers J. C. in münsterischer Gütergemeinschaft mit seiner Ehefrau A. als Eigentümer eingetragen. Beide sind ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung verstorben. Ferner sind für J. C. eine Reihe von Hypotheken auf anderen Grundstücken eingetragen. Der Beschwerdeführer befindet sich im Besitz einer von seinen Eltern ausgestellten, gerichtlich beglaubigten Generalvollmacht folgenden Wortlauts: „Wir ..... erteilen unserem Sohne ..... Generalvollmacht, uns in allen unseren Angelegenheiten rechtswirksam zu vertreten mit dem speziellen Auftrag, unsere Immobilien zu veräußern und aufzulassen. Dabei bestimmen wir ausdrücklich, daß diese unsere Generalvollmacht durch den Tod nicht erlöschen soll." Am 2. 12. 15 reichte der Beschwerdeführer dem AG. folgende Urkunden ein, mit denen er in seiner Eigenschaft als Generalbevollmächtigter die Eintragung einer Hypothek auf dem für seine Eltern eingetragenen Grundstücke zugunsten der Amtssparkasse zu C. sowie die Umschreibung ihrer Hypotheken auf einen Erwerber, dem er die Hypotheken abgetreten hatte, bewilligte und beantragte. Das Grundbuchamt beanstandete die Eintragungs- und Umschreibungsanträge und verlangte „Feststellung der Erben durch Erbschein und gehörige Bevollmächtigung durch dieselben". Die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Das RG. hat die ihm gemäß § 79 Abs. 2 GBO. zur Entscheidung vorgelegte weitere Beschwerde zum Teil für begründet erklärt. Unbedenklich ist zunächst, daß die Vollmacht, die für die Erben ausdrücklich und in grundbuchmäßiger Form ausgestellt ist, für diese Erben wirksam ist und daß demnach das Verlangen des Grundbuchamts nach Beibringung einer neuen, von den Erben ausgestellten Vollmacht unbegründet war. Es entspricht dies, mag man nun auf Grund des Wortlauts und der Anführungen des Beschwerdeführers als unterliegendes Rechtsverhältnis einen Erbteilungsauftrag annehmen (§§ 168, 672 BGB.) oder der Generalvollmacht abstrakte Natur beimessen, der allgemeinen in Rechtsprechung und Rechtslehre herrschenden Anschauung. Für den Grundbuchverkehr bedarf es aber, wenn namens der Erben eine durch Eintragungen zu verwirklichende Rechtshandlung vorgenommen werden soll, nach § 40 GBO. der vorgängigen Eintragung der Erben und folgeweise als des Minderen des Erbennachweises nach § 36 GBO. Eine Ausnahme macht § 41 GBO. nur hinsichtlich der „Übertragung oder Aufhebung eines Rechtes", also z. B. der Auflassungen, Hypothekenumschreibungen und Löschungen. Neue Belastungen oder Änderungen eingetragener Rechte fallen, abgesehen von weiteren hier nicht in Betracht kommenden Aus-

nahmefällen, nicht unter die Bestimmung (KGJ. 27, A 125, 263; 30, A 217). Demnach konnte im vorliegenden Falle dem Antrag auf Eintragung der neuen Darlehnshypothek nicht stattgegeben werden, wenn nicht der Erbennachweis nach § 36 GBO. beigebracht und außerdem noch, wie schon das LG. bemerkt hatte, auch der Antrag auf Eigentumseintragung der Erben gestellt wurde. Die Beschwerde über die Einforderung des Erbennachweises ist daher insoweit unbegründet. Anders liegt dagegen, wie das OLG. mit Recht ausgeführt hat, die Sache bei den Umschreibungsanträgen. Denn hier trifft die Ausnahme des § 41 GBO., die die Eintragung der Erben erübrigt, zu. Bei der einen Hypothek ist allerdings auch der Erblasser des Beschwerdeführers noch nicht im Grundbuch eingetragen, vielmehr steht die Hypothek noch auf den Namen der Rechtsvorgängerin des Erblassers; hier greift jedoch § 40 Abs. 2 GBO. ein, wie jetzt, nachdem das KG. seine frühere abweichende Ansicht aufgegeben hat (KGJ. 36, A 242, OLG. 21, 8), wohl allgemein angenommen wird. Ist nun aber die Eintragung der Erben als Zwischeninhaber der Hypotheken bei deren Umschreibung nicht erforderlich, so ist auch kein Grund abzusehen, warum dem Grundbuchrichter der Erbennachweis geführt werden soll. Der Ausweis des Generalbevollmächtigten wird durch die grundbuchmäßig beglaubigte Generalvollmacht erbracht, und die Frage ist lediglich die, ob im gegebenen Falle noch der Erbennachweis erforderlich ist. Dies könnte, wenn die Eintragung der Erben, wie nachgewiesen, nicht nötig ist, und wenn die Vollmacht, wie das KG. zugibt (z. B. KGJ. 41, A 166, vgl. auch **RG.** 68, 391), für die Erben unterschiedslos ihre Wirkung behält, nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn wirklich, wie das KG. annimmt, die Erklärung des Generalbevollmächtigten nach dem Tode des Erblassers unter Umständen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfte. Das KG. will die Sache so angesehen wissen, als handle es sich in diesem Falle um eine Vollmacht und eine Erklärung des etwaigen „Vormundes", während doch die Vollmacht vom Erblasser mit unterschiedsloser Wirkung für die Erben ausgestellt ist und die Erklärung des Bevollmächtigten nicht namens des „Vormundes", sondern namens des „Erben" abgegeben wird. Will man nicht der vom Erblasser für die Erben ausgestellten Vollmacht einen Teil ihrer Bedeutung entziehen, so muß die vom Generalbevollmächtigten namens des minderjährigen oder sonst geschäftsunfähigen Erben abgegebene Erklärung dieselbe Bedeutung haben wie die eines Bevollmächtigten, den der Vormund (wie im Falle der im § 1822 Nr. 11 BGB. ausdrücklich erwähnten Prokura) „mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts" bestellt hat. Die Erklärung des Bevollmächtigten bedarf dann keiner besonderen Genehmigung. Und nicht anders liegt auch die Sache in dem vom KG. herangezogenen Falle, wo der Machtgeber nach Ausstellung der Vollmacht die Geschäftsfähigkeit einbüßt. Auch hier entbehrt die Einschränkung der Vertretungsbefugnis, wie sie das KG. vornehmen will, jeder gesetzlichen Begründung.

2. Werneburg, Zu §§ 40, 41 GBO., HessRspr. 16, 251, erörtert die Frage, ob bei Eintragung eines Miterben, dem die Miterben bei der Auseinandersetzung eine Nachlaßhypothek überwiesen haben, vorab die gesamten Miterben gemäß § 40 Abs. 1 eingetragen werden müssen. Die Frage wird verneint. Zwar greift nicht die Ausnahme des § 41 Platz, wohl aber die des § 40 Abs. 2. Den Zusammenhang zwischen den veräußernden und dem die Hypothek erwerbenden Miterben stellt die gerichtliche oder notarielle Erbauseinandersetzung her, der Zusammenhang zwischen Erblasser und den veräußernden Miterben wird zwar nicht durch den Erbschein gewahrt (streitig!), folgt aber daraus, daß der Erbe nach der Gesetzestechnik des BGB. die Rechtspersönlichkeit des Miterben ipso iure fortsetzt. Der im Wege erbrechtlicher Universalsukzession erfolgte Übergang der Hypothek ist im § 1155 nicht geregelt. ➠ Mithin können die veräußernden Miterben ihr Gläubigerrecht auch nicht „nach § 1155 BGB." nachweisen, was § 40 Abs. 2 ausdrücklich verlangt. ⟵

§ 40.

Colmar 15. 5. 16, ElsLothNotZ. 16, 224 ff. Veräußert eine Gemeinde einen Teil ihres nicht buchungspflichtigen Grundstücks an einen Eigentümer, dessen Grundbesitz dem

Buchungszwang unterliegt, so ist eine vorherige Eintragung des ganzen Grundstücks der veräußernden Gemeinde jedenfalls nicht erforderlich (ob die des veräußerten Grundstückteils, wird dahingestellt gelassen).

§ 41.

1. **RG.** 13. 11. 15; 87, 284, JW. 16, 136, RJA. 14, 300, ZBlFG. 16, 668. Die im § 41 festgelegte Ausnahme von der Bestimmung des § 40, wonach eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn der von ihr Betroffene grundbuchlich eingetragen ist, ist nicht auf den im § 41 ausdrücklich genannten Fall der Erbfolge beschränkt, sondern auf andere rechtsähnliche Tatbestände von Gesamtrechtsnachfolge auszudehnen, z. B. die Rechtsnachfolge infolge Eingemeindung. Beweggründe des Gesetzgebers für die Ausnahmevorschrift des § 41 sind materiell, daß bei Verfügungen der nicht eingetragenen Erben eine Gefährdung Dritter schlechthin ausgeschlossen ist, formell, daß die Legitimationsprüfung, zu deren Erleichterung § 40 vorherige Eintragung des Verfügungsbefugten erfordert, beim Erbgange vom Richter ohnedies vorzunehmen ist, vor allem aber das Bedürfnis, den Verkehr nicht mit unnötigen Formalvorschriften zu belasten. Sämtliche Gesichtspunkte treffen auch für den Fall der Gesamtrechtsnachfolge bei Eingemeindung zu. — Die gegenteilige vom RG. mißbilligte Entsch. des OLG. Dresden verteidigt Kretzschmar, ZBlFG. 16, 671 ff.

2. KG. 23. 3. 16, OLG. 32, 412. Die Hypothekengläubigerin, eine Landgemeinde, ist einer Stadtgemeinde eingemeindet worden durch PrG. v. 9. 4. 12. Die Stadt, die nicht im Grundbuch eingetragen ist, beantragt die Eintragung neuer Zahlungsbedingungen bei der Hypothek. Ihre vorherige Eintragung gemäß § 40 Abs. 1 GBO. ist erforderlich. Die Rechtsnachfolge durch Eingemeindung steht zwar der Erbfolge gleich (**RG.** 87, 284, vgl. oben Ziff. 1). Aber keiner der Fälle des § 41, in denen von vorheriger Eintragung des Erben abzusehen ist (Bewilligung des Rechtsvorgängers, Titel gegen diesen, Antrag auf Eintragung oder Aufhebung eines Rechtes gerichtet), liegt vor. § 40 Abs. 2 mit § 1155 BGB. ist ebenfalls unanwendbar; denn es genügt nach § 1155 nicht der Nachweis des Überganges durch Gesetz, es wird vielmehr das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis des gesetzlichen Überganges im § 1155 erfordert.

3. Zustimmung des Nacherben (vgl. JDR. 13 § 41 Ziff. I). BayObLG. 18. 7. 16, BayRpflZ. 16, 327. Der Senat steht in Übereinstimmung mit dem ersten ZivSen. (Entsch. v. 22. 3. 12, BayObLG. 13, 176) und **RG.** 3. 10. 08; 69, 277, auf dem Standpunkte, daß das Grundbuchamt vom Nacheise der Zustimmung des Nacherben nur absehen kann, wenn entweder die Entgeltlichkeit der Verfügung bei dem Grundbuchamt offenkundig, oder wenn deren Entgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen ist. Ist das Recht des Nacherben aber eingetragen, dann ist er gegen Verfügungen des Vorerben, die nach §§ 2136, 2113 Abs. 2 unwirksam sein könnten und unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs stehen, gegenüber jedem Rechtsnachfolger genügend geschützt, und der Grundbuchrichter hat nicht weiter zu prüfen, ob die Rechte des Nacherben durch die Verfügung nicht etwa doch geschädigt werden (BayObLG. 12, 41).

4. Darmstadt 7. 1. 16, HessRspr. 16, 138. Die bloße testamentarische Ermächtigung des Erben durch den Erblasser, einem Dritten am Nachlaßgrundstück ein Recht zu bestellen, ist keine Bewilligung im Sinne des § 41 Abs. 1 Satz 2. Hierunter ist vielmehr nur zu verstehen die unmittelbare die Buchung bezweckende Erklärung, der formelle Konsens des Passivbeteiligten zur Buchänderung.

§ 42.

1. BayObLG. 1. 7. 15 (JDR. 14 Ziff. 1) auch BayObLG. 16, 106.

2. KG. 8. 7. 15, KGJ. 48, 226, RJA. 14, 314. Bei Löschung einer Hypothek ist vom Verlangen der Vorlegung des Hypothekenbriefs abzusehen, wenn durch öffentliche Urkunden feststeht, daß ihn das Grundbuchamt bereits früher unbrauchbar gemacht hat. Infolge dieser Unbrauchbarmachung ist der Brief im Rechtssinne kein Brief mehr, die Hypothek, obwohl noch Briefhypothek, ist Briefhypothek ohne Brief (Güthe [3], Anm. 35 zu § 54); sie ist bei der Löschung so zu behandeln, als wäre über sie ein Brief nie erteilt worden.

3. BayObLG. 1. 7. 15, RJA. 14, 314. Die Vorschrift des § 42 ist streng auszulegen, sie verträgt nur die gesetzlich ausdrücklich zugelassenen Ausnahmen. Auch ihr Charakter als Ordnungsvorschrift gestattet dem Grundbuchamte nicht, sich bewußt über sie hinwegzusetzen.

§ 46.

1. Colmar 11. 11. 14, ElsLothNotZ. 16, 119 (vgl. oben § 879 BGB. Ziff. 1). Da die Eintragungen nicht gleichzeitig beantragt worden waren, hätte nach § 46 Abs. 2 vermerkt werden müssen, daß die später beantragte Eintragung der Hypothek der der Vormerkung im Range nachsteht. § 46 gilt nicht nur für den im § 879 BGB. berücksichtigten Fall, daß mehrere ein Grundstück belastende Rechte eingetragen werden, sondern auch für sonstige Eintragungen, bes. Vormerkungen. Hiernach genügt es, wenn zwischen beiden streitigen Eintragungen ein Rangverhältnis besteht (§ 46 Abs. 3). Dies ist aber der Fall; denn nach § 883 Abs. 3 BGB. ist die Wirksamkeit der Hypothek vom Range der beiden Eintragungen abhängig (KGJ. 39, A 198, **RG.** 55, 270).

2. BayObLG. 1. 10. 15, BayNotZ. 16, 31. Die Verletzung der Vorschrift des Abs. 1 macht das Grundbuch nicht unrichtig. Vgl. oben zu § 894 BGB. Ziff. 1 und JDR. 14 Ziff. I 4 zu § 894.

§ 48.

1. BayObLG. 26. 3. 15 (JDR. 14 Ziff. 2) auch BayObLG. 16, 63.

2. *Fraeb, Der kommunale Sparkassenverein, ZBlFG. 16, 600 ff. Kommunale Sparkassen ohne juristische Persönlichkeit sind im Grundbuch einzutragen, etwa: „Sparkasse der Gemeinden des Kreises X. zu X."

3. KG. 10. 6. 15, KGJ. 48, 200 ff., bes. 204 (s. § 1008 BGB. Ziff. 2). Die Eintragung der Miteigentümer eines im Gesamthandseigentum stehenden sog. Zweckgrundstücks kann folgendermaßen lauten: „Die jeweiligen Eigentümer der Pläne a, b u. c", wobei zu größerer Deutlichkeit gemäß § 48 GBO. hinzugesetzt werden kann: „Als Gesamthandseigentümer kraft rezeßmäßiger Interessentengemeinschaft."

§ 52.

KG. 24. 6. 15, KGJ. 48, 151 ff. (vgl. auch Ziff. 1 zu § 37 GBO.) Beantragt der Testamentsvollstrecker die Umschreibung einer Nachlaßhypothek auf einen Miterben mit der Erklärung, daß die Überweisung im Wege der Erbteilung erfolge, so bedarf es zur Eintragung der Rechtsänderung des urkundlichen Nachweises des Erbrechts dessen, auf den die Hypothek umgeschrieben werden soll. — Dieser Nachweis ist außer aus materiellrechtlichen Gründen — Nachweis der Entgeltlichkeit des Verwaltungsakts gemäß § 2205 BGB. — auch zufolge § 52 geboten. Da die Hypothek gemäß der Eintragungsbewilligung aus Anlaß einer Erbteilung umgeschrieben werden soll, liegt in der Eintragung der Hypothek zugleich die Eintragung der Gläubigerin als Erbin; das Erfordern der Unterlagen für das Erbrecht war somit die aus § 52 GBO. sich ergebende Pflicht des Grundbuchrichters. Wie ferner der Grundbuchrichter den Nacherbenvermerk nur eintragen darf, wenn ihm die Richtigkeit des Vermerkes durch Vorlegung geeigneter Urkunden nachgewiesen wird (KGJ. 40, 190), so darf er sich auch hier nicht mit der bloßen Erklärung des Testamentsvollstreckers begnügen, die Einzutragende sei Miterbin; die Verantwortungspflicht, die im § 52 dem Grundbuchrichter auferlegt wird, darf nicht ohne gesetzliche Grundlage auf den Testamentsvollstrecker verschoben werden. — Zum Nachweise des Erbrechts ist Beibringung eines nachlaßgerichtlichen Zeugnisses gemäß § 37 GBO. ausreichend.

§ 53.

KG. 28. 10. 15 (vgl. oben zu § 2289 u. § 2364). Der Erblasser hat aus den Gründen des § 2338 BGB. Testamentsvollstreckung angeordnet, jedoch mit der Maßgabe, daß die Testamentsvollstreckung aufhören soll, wenn der Erbe nach dem Urteile der Testamentsvollstrecker durch sein Verhalten Gewähr für ordnungsmäßige Verwaltung des Vermögens bietet. Die Testamentsvollstreckung ist also auflösend bedingt (vgl. auch § 2338 Abs. 2 Satz 2). Will

der Erbe bei dem Grundbuchamte die Eintragung ohne Miteintragung der Testamentsvollstreckung erreichen, so muß er den Eintritt der auflösenden Bedingung durch Beibringung des Erbscheins belegen (§ 36 Abs. 1 GBO.). Vor Erteilung des Erbscheins ist es Sache des Nachlaßgerichts, materiell zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Wegfall der Testamentsvollstreckung vorliegen.

§ 54.

I. BayObLG. 14. 5. 15 (JDR. 14 Ziff. II 1) auch BayObLG. 16, 91.

II. Die Grundlagen der Entscheidung. — Allgemeines. 1. KG. 14. 10. 15, vgl. oben unter VI zu § 12 FGG.

2. Du Chesne, ZBlFG. 117 ff., 170 ff. Der Grundbuchrichter handelt bei Eintragung des Widerspruchs bzw. bei Löschung gemäß § 54 GBO. im öffentlichen Interesse, um durch Beseitigung unzulässiger Eintragungen den Staat möglichst vor Schadensersatzpflichten zu schützen. Darum wird er von Amts wegen tätig und muß sich seine Überzeugungsgrundlagen im freien Verfahren von Amts wegen beschaffen: Untersuchungsmaxime. — Die vom KG. (KGJ. 48, 194 ff. — oben Ziff. 1 —) zur Begründung dieses Prinzips herangezogene Entstehungsgeschichte des Art. 1 PrFGG. ist nicht beweiskräftig. Im Verfahren des § 54 hat der Richter die Nachforschungspflicht, seine Überzeugungsmittel sind jedoch völlig formfrei. — Streng vom Verfahren des § 54 verschieden ist das des § 71 Abs. 2 GBO. Hier wird nur im Interesse eines Privaten die Frage nach der Verletzung gesetzlicher Vorschriften und der Richtigkeit des Grundbuchs geprüft; das prüfende Gericht hat daher nur die von dem Verletzten zur Begründung seines Interesses herangezogenen Unterlagen zu würdigen, mangels öffentlichen Interesses weitergehende Nachforschungen nicht abzuhalten. (Der Gegensatz von § 54 und 71 wird an Hand der Entscheidung des KG. näher dargelegt.) Abzulehnen in seiner Allgemeinheit ist der in der Entscheidung enthaltene Grundsatz, daß der Grundbuchrichter im Falle des § 54 in der pflichtmäßigen Wahl seiner Maßnahmen nicht beschränkt sei. Zufolge der ganzen Einrichtung des grundbuchlichen Verfahrens, gemäß der Grundbeschaffenheit des Grundbuchamts ist der Grundbuchrichter auf urkundliche Beweismittel beschränkt. Auch im Verfahren des § 54 GBO. bleibt der Grundbuchrichter derselbe, abgetrennt vom unmittelbaren Verkehre mit dem Publikum in seiner stillen Amtsstube mit der Feder arbeitende Beamte. Für unzulässig ist zu erachten die Anhörung des Antragstellers; denn sie vermittelt dem Grundbuchrichter nur die Kenntnis einer einseitigen Behauptung, liefert ihm aber keinen Beweis. Eidesstattliche Versicherungen des Antragstellers, anderer Beteiligter und dritter Auskunftspersonen sind nur zuzulassen, soweit sie schriftlich vorliegen. Das Anhören solcher Personen, als bloße Entgegennahme ihrer Behauptungen, steht dem Grundbuchrichter frei; unzulässig aber ist die vom KG. dem Grundbuchrichter gestattete formelle Zeugenvernehmung, weil sie, als direkter Verkehr mit dem Publikum, dem Hauptgrundsatze grundbuchrichterlicher Tätigkeit widersprechen würde (anders beim Handelsregisterverfahren wegen der ausdrücklichen Vorschriften der §§ 12, 15 FGG.). Wiederum zulässig ist die Verwendung eines anderweit aufgenommenen Zeugenprotokolls.

3. Du Chesne, RheinZ. 16, 294. Das KG., KGJ. 47, 185 ff. (JDR. 14 Ziff. 1 zu § 54) verlangt unter Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung nur für das Tatbestandsmerkmal der Gesetzesverletzung Beweis, während es für die Unrichtigkeit des Grundbuchs Glaubhaftmachung als genügend erachtet. Der letztgenannten Beweiserleichterung ist beizutreten. Die Prüfungspflicht des § 54 Abs. 1 umfaßt die Beachtung aller der in das Bewußtsein des Grundbuchrichters eintretenden Umstände, die geeignet sind, die Unrichtigkeit einer Eintragung darzutun. Dabei kommt nicht in Betracht die Entgegennahme von Beweisen, so daß die Vorschrift des § 29 GBO. außer Betracht bleibt; vielmehr handelt es sich um die freie Bildung einer Überzeugung im Geiste des Grundbuchrichters als Vertreters des Interesses des Staates an der Abwendung von Schäden. Die Bildung dieser Überzeugung ist nicht auf die amtliche Tätigkeit und die amtlichen Quellen beschränkt. Im Falle des § 71 Abs. 2, § 54 GBO. wird ein Unterschied nur insofern zu machen sein, als hier dem Beschwerdeführer die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen seines Widerspruchs

obliegt, und zwar muß der Beschwerdeführer, dem Verfahren des Beschwerdegerichts gemäß, seine Beweise schriftlich bringen. Abgesehen von diesen beiden Verschiedenheiten besteht zwischen dem Verfahren nach § 71 Abs. 2 und § 54 Abs. 1 kein Unterschied. In beiden Fällen handelt es sich um ein Nachverfahren. Zweck der Verfahrens ist die verfahrensmäßige Außerkraftsetzung einer Funktion der vollendeten Eintragung, des öffentlichen Glaubens, um für ein nachfolgendes selbständiges Löschungsverfahren den Raum freizuhalten und Schäden, die bis zur Löschung entstehen könnten, zu verhüten, also Einschränkung der Wirkung des bestehenden Eintrags und Vorbereitung des künftigen Gegeneintrags durch einen unselbständigen Zwischeneintrag. Wie für die Unrichtigkeit des Grundbuchs, muß auch für die Gesetzesverletzung des § 54 Satz 1 die Herstellung der richterlichen Überzeugung von der geschehenen Verletzung — auch auf anderem Wege als durch öffentliche Urkunden — ausreichend erscheinen; auch für diese Herstellung der Überzeugung kann unter Umständen der bloße Hinweis auf das verletzte Gesetz und im übrigen jedes Mittel genügen, das diese Überzeugung begründen kann. Das Glaubhaftmachungsverfahren der GBO. verfolgt mit dem der ZPO. das gleiche Ziel: die Begründung einer Überzeugung des Richters bis zur Herbeiführung einer Gegenüberzeugung, und gleicht ihm im Verfahren selbst: es ist ein unförmliches Beweisverfahren. Zu unterscheiden von der Glaubhaftmachung des § 54 GBO. ist die „Darlegung" des berechtigten Interesses nach § 11 GBO. Auch ihr Ziel ist die Überzeugung des Grundbuchrichters, die er aber im Gegensatze zur Glaubhaftmachung auf die bloße Behauptung des Antragstellers gründen kann, sofern diese nicht von anderen Umständen verdächtig gemacht wird. Sonstige Anwendungsfälle der Glaubhaftmachung finden sich in der GBO. nicht. In der eingangs genannten Entscheidung des KG. handelt es sich um eine zu Unrecht gelöschte Dienstbarkeit. Zur Prüfung, ob durch diese Löschung das Grundbuch unrichtig geworden ist, gehört die Glaubhaftmachung, daß bis zur gesetzwidrigen Löschung die Dienstbarkeit fortbestanden hat, insbesondere verlangt das KG. hierzu die Untersuchung, ob eine Einigung über ihr Entstehen stattgefunden hat. Diese negative Prüfungspflicht erscheint zu weitgehend. Der Grundbuchrichter wird sich damit begnügen dürfen, den positiven Bedenken, die ihm etwa aufstoßen, nachzugehen, also falls ihm Bedenken gegen das Vorliegen der Einigung nicht beigehen, diese als vorliegend anzunehmen. Mit der bloßen Möglichkeit des Vorliegens wird er nicht zu rechnen brauchen.

III. Der Widerspruch. BayObLG. 10. 12. 15; 16, 153, BayNotZ. 16, 144, Bay. RpflZ. 16, 72. Für die Eintragung des Widerspruchs ist nicht der strikte Beweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs nach den §§ 22, 29 erforderlich. Es genügt vielmehr die Glaubhaftmachung, die auch im Falle der §§ 894, 899 BGB. für eine einstweilige Verfügung erforderlich und hinreichend ist.

IV. Inhaltlich unzulässige Eintragungen. 1. Der Begriff. **RG.** 9. 2. 16; 88, 83, LeipzZ. 16, 462, RJA. 15, 59, ZBlFG. 16, 259. Eine Eintragung kann nur dann von Amts wegen gelöscht werden, wenn sich aus ihrem Inhalte selbst ergibt und für den, der das Grundbuch einsieht, ohne weiteres ersichtlich ist, daß das Eingetragene etwas nach dem Gesetz Unzulässiges und daher rechtlich Bedeutungsloses ist, nicht aber, wenn die Unzulässigkeit einer Eintragung erst durch Heranziehung von Tatsachen und Beweisen, die außerhalb des Grundbuchs liegen, festgestellt werden kann. Mit Rücksicht auf die Anweisung zur Vornahme der Löschung von Amts wegen ist im § 54 Abs. 1 Satz 2 hinter „Erweist sich" hinzuzudenken: „für das Grundbuchamt", und ferner lautet die Vorschrift nicht: „Erweist sich eine Eintragung als nach ihrem Inhalt unzulässig", sondern: „Erweist sich eine Eintragung nach ihrem Inhalt als unzulässig", so daß die Worte „Erweist sich" zu den Worten „nach ihrem Inhalt" in Beziehung gebracht sind. Danach hat der Halbsatz 1 des Satzes 2 die Bedeutung von: „Überzeugt sich das Grundbuchamt nach dem Inhalt einer Eintragung, daß diese unzulässig ist." Das Grundbuchamt hat also bei der Entscheidung der Frage, ob eine Eintragung von Amts wegen zu löschen sei, lediglich auf Grund des auf das eingeschriebene Rechtsverhältnis sich beziehenden Inhalts des Grundbuchs zu prüfen, ob das Eingetragene nach dem Gesetze nicht in das Grundbuch aufgenommen werden durfte. Insbesondere ist

unter „Erweist sich“ nicht etwa zu verstehen: „Wird dem Grundbuchamte nachgewiesen“ in dem Sinne, daß auch, wenn erst durch andere Beweise als durch den Inhalt des Grundbuchs die Unzulässigkeit einer Eintragung dargetan würde, die Voraussetzung für ein Einschreiten des Grundbuchamts gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 gegeben wäre. Vielmehr soll nach dem Sinne dieser Vorschrift das Grundbuchamt nur dann, wenn ihm der Inhalt des Grundbuchs für sich allein die Überzeugung von der Unzulässigkeit einer Eintragung verschafft, zur Löschung von Amts wegen wie berechtigt so verpflichtet sein. Die Annahme, daß eine Stiftung wegen Fehlens der landesherrlichen Genehmigung der Rechtspersönlichkeit ermangle, rechtfertigt es also nicht, die Hypothekeneintragung zu ihren Gunsten als inhaltlich unzulässige anzusehen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Eintragung eines eintragungsfähigen Rechtes für einen nicht rechtsfähigen Berechtigten sich überhaupt als eine nach ihrem Inhalt unzulässige darstellen kann. Nimmt man dies auch an, so ist doch jedenfalls zu erfordern, daß der Mangel der Rechtspersönlichkeit des eingetragenen Berechtigten aus der Eintragung selbst zu ersehen ist (KGJ. 39, A 210). Hier läßt die Hypothekeneintragung selbst nicht ersehen, daß die als Gläubigerin eingetragene Stiftung Rechtspersönlichkeit nicht besitzt. Eine Stiftung kann rechtsfähig und Gläubigerin einer Hypothek sein. Fragen könnte es sich sogar, ob nicht die Vermutung aus § 891 BGB. auch das Bestehen der Rechtspersönlichkeit der als Berechtigte eingetragenen Stiftung umfasse (Planck [4], Anm. 2 d Abs. 2 zu § 891). Jedenfalls bedarf es außerhalb des Grundbuchs liegender Nachweise, um feststellen zu können, daß die eingetragene Gläubigerin der Rechtspersönlichkeit ermangelt.

2. Einzelfälle. a) BayObLG. 19. 11. 15; 16, 148, BayRpflZ. 16, 16, DJZ. 16, 824. Ist im Grundbuch ein Besitz als standesherrliches Familienfideikommiß eingetragen und nach dem Aussterben der standesherrlichen Familie ein nicht einer standesherrlichen Familie angehörender Erbe als Fideikommißinhaber eingetragen, so ist die letztere Eintragung ihrem Inhalte nach unzulässig und deswegen zu löschen. Erst dann, wenn das bisher standesherrliche Fideikommiß im Grundbuch in ein Familienfideikommiß im Sinne des § 1 der VII. Beil. zur BayVerfUrk. umgestaltet wird, kann an Stelle der standesherrlichen Familie eine andere Familie eingetragen werden.

b) KG. 2. 3. 16, OLG. 33, 122. Eine Vormerkung, welche die Eintragung einer Gesamtzwangshypothek vorbereiten soll, ist inhaltlich unzulässig und von Amts wegen zu löschen.

c) AG. Stuttgart 5. 1. 16, WürttZ. 16, 148. Die Eintragung der Verpfändung des Erbanteils an einem den gesamten noch ungeteilten Nachlaß bildenden Grundstück ist zulässig. Gegenstand der Erbengemeinschaft kann auch ein einzelnes Nachlaßgrundstück sein. Ein Pfandrecht an dem hieran bestehenden Anteil eines der Miterben ergreift nicht das Grundstück selbst, sondern nur den Anteil an der Erbschaft. Die Verpfändung verstößt auch nicht gegen § 137, sie ist kein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot; denn trotz der Verpfändung darf der Miterbe den verpfändeten Anteil weiter veräußern, allerdings nur belastet mit dem dinglichen Rechte des Pfandgläubigers.

Dritter Abschnitt. Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuldbrief.

§ 57.

LG. Insterburg 19. 6. 16, JW. 16, 1357. Der Vermerk des Zurücktretens bei der den Vorrang einräumenden Post ist als notwendiger Bestandteil der Vorrangseinräumung auch eine die vortretende Post betreffende Eintragung und als solche im Hypothekenbriefe der letzteren zu bescheinigen. Es genügt nicht, daß im Briefe unter dem Vermerke „gleichstehende oder vorgehende Eintragungen“ die zurückgetretene Post nicht aufgeführt ist, vielmehr ist im Interesse tunlichster Klarheit der ganze unverkürzte Inhalt der Rangänderung als einer den Inhalt der Hypothek betreffenden Eintragung (§ 57 Abs. 2 Ziff. 3) in den Brief aufzunehmen.

Vierter Abschnitt. Beschwerde.

§ 71.

I. BayObLG. 25. 6. 15 (JDR. 14 Ziff. 1) auch BayObLG. 16, 105.

II. Abs. 1. 1. Rostock 18. 10. 15, MecklZ. 34, 211. Die Sonderbestimmung des § 20 Abs. 2 FGG. ist auf das Grundbuchrecht nicht anwendbar, da die GBO. eine derartige einschränkende Bestimmung nicht enthält.

2. KG. 25. 11. 15, KGJ. 48, 171. Lehnt das Grundbuchamt die Anberaumung eines Auflassungstermins mit der Begründung ab, daß dem angekündigten im Termine zu stellenden Eintragungsantrage nicht stattgegeben werden könne, so ist damit nicht der künftige Eintragungs-, sondern nur der Terminsanberaumungsantrag abgelehnt. Diese Ablehnung ist mit der Sachbeschwerde anfechtbar. Lehnt dagegen das Grundbuchamt die Terminsanberaumung aus anderen Gründen ab (z. B. weil ohnehin bestimmte Grundbuchtage festgelegt seien), fügt dieser Ablehnung aber die Mitteilung hinzu, dem Auflassungsantrage werde aus gewissen Bedenken nicht stattgegeben werden können, so ist diese Mitteilung nur eine gutachtliche Äußerung, gegen die keine Beschwerde zulässig ist (KGJ. 39, A 278).

3. Josef, BadRpr. 16, 45. Dem Eigentümer steht die Beschwerde gegen die eine Abschrifterteilung anordnende Verfügung zu; denn § 71 bezweckt den Schutz des Eigentümers gegen eine Offenlegung, die durch das berechtigte Interesse des Dritten nicht geboten ist. (Vgl. auch oben zu § 34 FGG.)

III. Abs. 2. 1. Satz 1. Keine Beschwerde gegen Eintragungen. a) KG. 6. 1. 16, KGJ. 48, 184. Ein Berichtigungsantrag aus § 22 kann auf den Nachweis der Unrichtigkeit oder auf die Berichtigungsbewilligung des durch die Berichtigung Betroffenen gestützt werden. Ist die Beschwerde gegen Zurückweisung eines auf den Nachweis der Unrichtigkeit gestützten Berichtigungsantrags gerichtet, so ist sie nach § 71 Abs. 2 Satz 1 unzulässig (vgl. Güthe, GBO. [3] § 71 Anm. 8). Ist dagegen der Berichtigungsantrag auf eine Berichtigungsbewilligung gestützt, so wird die Zulässigkeit der Beschwerde durch § 71 Abs. 2 Satz 1 nicht betroffen (vgl. KGJ. 39, A 288).

b) **RG.** 9. 2. 16; 88, 83, LeipzZ. 16, 462. Das KG. hat die Zulässigkeit der Würdigung des Beschwerdebegehrens vom Gesichtspunkt eines Berichtigungsantrags (§ 22 GBO.) verneint, weil es sich um Berichtigung einer von vornherein unrichtigen Eintragung handele und nach seiner ständigen Rechtsprechung (KGJ. 26, A 80, 290; 30, A 180; 39, A 283) eine solche Berichtigung wegen § 71 Abs. 2 Satz 1 im Beschwerdewege nicht verlangt werden könne. Die Annahme des KG., seine Rechtsprechung in dieser Hinsicht befinde sich in Übereinstimmung mit der des RG., ist nicht zutreffend. **RG.** 55, 404 hat nur die Beschwerde über die Zurückweisung eines Berichtigungsantrags, der sich lediglich darauf stützte, daß die Eintragung nach Maßgabe der ihr zugrunde liegenden Urkunden unrichtig sei, für unzulässig erklärt, weil die Beschwerde sich in Wirklichkeit gegen die Eintragung richte und, wenn durch die Stellung eines solchen Berichtigungsantrags im Falle seiner Ablehnung der Beschwerdeweg eröffnet werden könnte, dies auf eine Umgehung des § 71 Abs. 2 Satz 1 hinauslaufen würde. Nicht aber ist ausgesprochen worden, daß eine Beschwerde über die Zurückweisung eines Antrags auf Berichtigung einer schon ursprünglich unrichtigen Eintragung auch dann unzulässig sei, wenn sich der Antrag auf neu beigebrachte Tatsachen oder Urkunden stütze.

2. Satz 2. Widerspruch im Wege der Beschwerde. KG. 2. 3. 16, OLG. 33, 122. Der Beschwerdeführer A. hatte auf Grund rechtskräftigen Urteils die Eintragung einer Gesamtzwangshypothek beantragt. Mit Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO. hatte das Grundbuchamt ihm die Verteilung der Forderung im Sinne des § 867 Abs. 2 ZPO. aufgegeben, zugleich aber, da ein Antrag auf Eintragung einer Gesamtzwangshypothek seitens des X. eingegangen war, den Anspruch des A. auf Eintragung der Gesamtzwangshypothek vorgemerkt. Hiergegen und gegen die später erfolgte Eintragung der inzwischen verteilten Zwangshypothek erhoben X. und der Eigentümer B. Beschwerde, auf Grund deren das LG. die Eintragung eines Widerspruchs gegen Vormerkung und Zwangshypothek anordnete.

Gegen diesen Widerspruch richtet A. seine weitere Beschwerde. Der Widerspruch gegen die Vormerkung ist unzulässig, da diese selbst unzulässig und von Amts wegen zu löschen gewesen war (vgl. oben § 54 Ziff. IV 2 b), der Widerspruch gegen den Inhalt der Zwangshypothek entbehrt der Grundlage, da diese an sich den gesetzlichen Vorschriften entsprach. Wohl aber ist infolge der inhaltslos gewordenen Vormerkung das Rangverhältnis der Zwangshypothek zuungunsten der vorher eingetragenen Gesamtvertragshypothek verschoben. Da die inhaltlich unzulässige Vormerkung die Kraft der Rangsicherung für die Hypothek des A. nicht mehr hatte, muß bei dieser — nach Löschung des anderen für X. eingetragenen Widerspruchs — ein Widerspruch gegen das Rangverhältnis eingetragen werden.

§ 77.

Karlsruhe 7. 10. 15, BadRpr. 16, 8. Allerdings ist das Grundbuchamt an die Entscheidung des Beschwerdegerichts gebunden, auch dann, wenn es sie für unrichtig hält. Aber das gilt doch nicht ausnahmslos. Die Eintragung darf nur dann und nur insoweit stattfinden, als ihr nicht eine inzwischen eingetretene Änderung des Grundbuchamts entgegensteht. Solche Änderung muß das Grundbuchamt auch gegenüber einer landgerichtlichen Beschwerdeentscheidung berücksichtigen (Güthe, Anm. 19 zu § 77).

§ 78.

Rostock 18. 10. 15, MecklZ. 34, 211, OLG. 32, 410. Wenn das LG. zu dem Ergebnisse gelangt, der Inhalt der letztwilligen Verfügung in ihrer Gesamtheit ergebe als wahren Willen des Erblassers, daß die Ehefrau die Stellung einer befreiten Vorerbin haben solle, so ist das eine mit der weiteren Beschwerde nicht anfechtbare tatsächliche Würdigung. Die Entscheidung des LG. verletzt weder gesetzliche Auslegungsregeln, noch läßt sie sonst erkennen, daß sie von Rechtsirrtum beeinflußt wäre; die rechtliche Möglichkeit, die letztwillige Verfügung so auszulegen, wie das LG. es tat, besteht, und es kann nicht angenommen werden, daß sich das LG. bei seiner Entscheidung nicht bewußt gewesen wäre, daß das Testament auch dahin ausgelegt werden könne, daß der überlebende Ehegatte schlechthin Erbe des zuerst versterbenden sein, die Kinder aber nur Erben des zuletzt versterbenden sein sollten. Die Auslegungsregel des § 2269 BGB. greift erst dann Platz, wenn der wirkliche Wille des Erblassers nicht ermittelt werden kann.

Fünfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 82.

Kaufmann, Stand der Grundbuchanlegung im Deutschen Reich, DJZ. 16, 1160, gibt in Ergänzung seines Berichts DJZ. 13, 1192 eine Übersicht über die Fortschritte und den derzeitigen Stand der Grundbuchanlegung in den einzelnen Bundesstaaten.

§ 91.

KG. 11. 11. 15, KGJ. 48, 167. Das Grundbuchanlegungsverfahren wird gemäß § 91 lediglich durch landesherrliche Verordnung geregelt, die Vorschriften der GBO. bleiben außer Anwendung. Es ist daher in diesem Verfahren kein Raum für eine Zwischenverfügung nach § 18 GBO.

§ 99.

Gerner, Über den Gebrauch nachlaßgerichtlicher Zeugnisse bei Erbteilsübertragung, BadNotZ. 16, 31. Bei der im Wege der Erbauseinandersetzung erfolgenden Übertragung eines Grundstücks auf einen Miterben genügt es, wenn das im § 99 GBO., Art. 10 Pr. AGGBO. erforderte nachlaßgerichtliche Zeugnis die Eintragungsbewilligung der Miterben enthält; eine Beifügung des die dingliche Übertragung des Nachlasses beurkundenden Auseinandersetzungsprotokolls (gefordert von Güthe, Anm. 18 zu § 99 GBO.) ist nicht erforderlich, weil nach der neueren Rechtsprechung und Rechtslehre gemäß §§ 22, 19 GBO. eine bloße Bewilligung ohne den Unrichtigkeitsnachweis zur Grundbuchberichtigung auch in Ansehung des Grundstückseigentums genügt, wenn nur dem Grundbuchamte nicht eine Unrichtigkeit der die Entbehrlichkeit der Auflassung darlegenden Angaben bekannt ist.

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

Vorbemerkung: Aus dem für die Kriegszeit verhältnismäßig zahlreichen Schrifttum zum ZVG. ragt **Nußbaums** systematische Darstellung „Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung", Tübingen 1916 hervor, die, wie des Verf. „Deutsches Hypothekenwesen" ihre Eigenart in der Berücksichtigung der Tatsachen des Rechtslebens zeigt. Die Rechtspr. des RG. und der OLG. ist ausgiebig berücksichtigt; die (als Anlage) in Leitsätze gebrachten „Hinweise für die Praxis" sind besonders zu erwähnen. Einzelne Ansichten des Verf. sind im Folgenden und an anderen Stellen wiedergegeben. — Den Einfluß des Krieges zeigen die Entscheidungen zu § 36 in der Frage der Hinausschiebung des Versteigerungstermins. Hinzuweisen ist ferner auf die Entscheidungen des RG. zu § 91 Ziff. 4 (Eigentümerhypothek nach dem Zuschlag) und zu § 152 Ziff. 5 (Zwangsverwaltung und Konkurs).

Schrifttum: **Aubele**, Die Kosten des Eigentumsvertreters im Zwangsversteigerungsverfahren, BayNotZ. 16, 1. — **Bachelin**, Formular zu einem Bericht des Zwangsverwalters gemäß (Bad)ZwVO., BadNotZ. 14, 75. — **Karl Becker**, Vollstreckungstitel gegen den Ehemann in Ansehung des eingebrachten Gutes bei dinglicher Unterwerfungsklausel gegen die Ehefrau (§ 800 ZPO.) und bei der Zwangsvollstreckung gegen eine Ehefrau als Ansteigerin aus §§ 132, 133 ZVG., JW. 16, 1149. — **Czepai**, Die neueste ungarische Rechtspraxis aus dem Kreise des Zwangsvollstreckungsgesetzes, ZVlFG. 17, 22. — **Dittrich**, Nießbrauch an Grundstücken, Mietzinsabtretung, Mietzinspfändung, Zwangsverwaltung, BayRpflZ. 16, 83. — **Derselbe**, Haftung des Grundstücks für öffentliche Lasten, ebenda 254. — **Grohmann**, Einführung in das Zwangsversteigerungsgesetz (2), Leipzig 1916. — **Gr(ohmann)**, Behandlung der Pfandbriefhypotheken des Landwirtschaftlichen und des Erbländisch-Ritterschaftlichen Kreditvereins im Königreiche Sachsen und ähnlicher Institute in der Zwangsversteigerung, SächsRpflA. 16, 420. — **Hähn**, Über die Wirkung der Zwangsverwaltung auf anhängige Prozesse, LeipzZ. 16, 353. — **Hampe**, Einfluß von Konkurs, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung auf das Mitbesitz- und Mitgenußrecht des Aufkömmlings nach braunschw. Bauernrecht, BraunschwZ. 16, 65. — **Josef**, Das Kündigungsrecht des Erstehers eines versicherten Grundstücks, BadNotZ. 14, 16. — **Derselbe**, Die Anordnung der Zwangsversteigerung in ihrer Einwirkung auf die Feuerversicherung von Gebäude und Zubehör, BadNotZ. 13, 143. — **Kann**, Gesamtbericht über Schriftwerke aus dem Jahre 1913 zum ZVG., BuschsZ. 46, 71. — **Krech u. Fischer**, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (8) — von Fischer allein bearbeitet, Berlin 1916. — **Kreß**, Gehören in Bayern die Beiträge zur landwirtschaftlichen Unfallversicherung zu den öffentlichen Lasten des Grundstücks i. S. des ZVG.? BayNotZ. 16, 362. — **Kretzschmar**, Geltendmachung der Ansprüche aus baurechtlichen Verpflichtungen i. S. des § 2 d. Allg. BauG. v. 1. 7. 1900 bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks, FischersZ. 45, 281. — **Derselbe**, Zulässigkeit und Wirkungen der einstweiligen Einstellung der Zwangsversteigerung seitens eines oder einiger der das Verfahren betreibenden Gläubiger, JW. 16, 1380. — **Kriener**, Der Erwerb des Versteigerungserlöses, BayRpflZ. 16, 250. — **Loewe**, Die Deckung von Grundsteuern in der Zwangsversteigerung, PrVerwBl. 37, 369. — **Lux u. Wenz**, Der Ersteheranspruch auf Pacht oder Miete gemäß § 101 BGB. und § 56 ZVG., ZDJustSekr. 16, 156. — **Maenner**, Die rechtliche Stellung des Zwangsverwalters, LeipzZ. 16, 504. — **Nußbaum**, Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Tübingen 1916. — **Derselbe**, Die Reform der großstädtischen Zwangsverwaltung, RuW. 16, 122. — **Reinhard**, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und Kriegsteilnehmerschaft, BayNotZ. 16, 178. — **Reinhard**, Übersicht über Rechtspr. und Schrifttum zum Zwangsversteigerungsgesetz, ZVlFG. 17, 184. — **Rücker**, Die Bestimmung des Zwangsversteigerungstermins, WürttZ. 16, 1. — **Derselbe**, Hypothekenzinsen bei der Zwangsverwaltung, WürttZ. 16, 33. — **Derselbe**, Zu § 127 ZVG., WürttZ. 16, 109. — **Schmid**, Sind der Zwangsverwalter und der Konkursverwalter Stellvertreter i. S. des § 45 GewO.? WürttZ. 16, 17. — **Schultzenstein**, Zur Entstehung des Anspruchs auf den Anliegerbeitrag nach dem § 15 PrFluchtlG. v. 2. 7. 1875, JW. 16, 1565. — **Stillschweig**, Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens bei Mehrheit betreibender Gläubiger, besonders die Gestaltung des geringsten Gebots, JW. 16, 1013, 1182. Erwiderung von **L. Goldmann**, JW. 16, 1181. — **Taube**, Das Pfandrecht an der Hypothek im Zwangsversteigerungsverfahren: Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung, SächsRpflA. 16, 424. — **Wein**, Eine

Frage aus dem Zwangsversteigerungsrecht, ZBlFG. 16, 482. — Wenz, Die Deckung einer Gesamthypothek bei der Zwangsversteigerung, ZDJustSekr. 16, 48. — Werneburg, Sequestration und Zwangsverwaltung auf Grund einstweiliger Verfügung zum Schutz des gefährdeten Hypothekenrechts, DNotZ. 16, 313. — Derselbe, Die Maximalhypothek (Kredithypothek) vor und nach der Beschlagnahme des Grundstücks, BadNotZ. 14, 45. — Derselbe, Versicherungsgesellschaft und Hypothekengläubiger, Holdheims MSchr. 16, 117. — Derselbe, Die Kautionshypothek im Bankverkehr, ebenda 16, 176. — Derselbe, Die privatschriftlich verpfändete Hypothek in der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks, JheringsJ. 66, 58 u. BayNotZ. 15, 446. — Derselbe, Die Maschine in der Zwangsversteigerung des Fabrikgrundstücks, BayNotZ. 16, 121. — Derselbe, Die Einwirkung der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung auf das Versicherungsverhältnis, BayNotZ. 16, 205. — Derselbe, Der Eigentumsvorbehalt an Maschinen und die Möglichkeit der Erhaltung seiner Wirksamkeit durch den Maschinenlieferanten, insbesondere in der Zwangsversteigerung des Fabrikgrundstücks des Käufers, SächsRpflA. 16, 453. — Weyrauch, Das Zusammentreffen der gewöhnlichen Zwangsversteigerung mit der Teilungs-Zwangsversteigerung, DNotZ. 16, 532.

Erster Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 7.

Aubele, BayNotZ. 16, 1. Eine analoge Anwendung der Regeln des § 7 auf die Kosten des Eigentumsvertreters ist mit Rücksicht auf die wesentlich andere Stellung desselben nicht angängig. Der betreibende Gläubiger und der Eigentumsvertreter haben sonach nur noch die Möglichkeit, den Streit über die Kosten bei der Feststellung der Kosten im Verteilungsplan, eventuell bei Widerspruch (§§ 115, 124 ZVG.) im Prozeßwege zum Austrag zu bringen.

§ 10.

I. Abs. 1. 1. Zu Nr. 1. a) Nußbaum, 69 zum Grunde des Vorrechts.

b) **RG.** 14. 10. 16, R. 16, Nr. 2154. Ausgaben, die der betreibende Gläubiger an den Zwangsverwalter zur Erhaltung oder nötigen Verbesserung gemacht hat, sind auch dann zu erstatten, wenn sie zur Erreichung des Zwecks, den der betreibende Gläubiger mit der Zwangsverwaltung erstrebte, nicht notwendig waren.

2. Zu Nr. 2 u. 3. Hampe, BraunschwZ. 16, 69. Nur für sog. Hofschulden (SeuffA. 25, 145) kann der Hof trotz des Mitbesitz- und Mitgenußrechts des aufgeheirateten Ehemannes haftbar gemacht werden. Denn entweder gehen sie bei der Zwangsversteigerung nach § 10 Ziff. 2 u. 3 dem Mitbesitz- und Mitgenußrecht vor (LeipzZ. 10, 760; OLG. 20, 389) oder sie sind mit der dazu erforderlichen Genehmigung des Aufkömmlings im Grundbuch eingetragen (BraunschwZ. 59, 126; 61, 119).

3. Zu Nr. 3. a) Dittrich, BayRpflZ. 16, 254. Es besteht für die Steuerbehörden trotz Anwachsens der Rückstände öffentlicher Lasten (zweijährige Verjährung nach Art. 122 BayAGBGB.) kein Anlaß zu drängendem Vorgehen bei der Zwangsversteigerung, da sie (trotz § 30) rechtzeitig immer wieder selbst für rechtzeitige Erwirkung eines Beitritts sorgen oder aber, was unter Umständen vorzuziehen ist, die Einstellung des Verfahrens oder die öftere Terminsverschiebung zwar nicht bewilligen, aber das Notariat (Bayern) unter der Hand zu fortgesetzter Hinausverlegung des Termins aus Zweckmäßigkeitsgründen und von Amts wegen veranlassen können.

b) Kreß, BayNotZ. 16, 362. Die Beiträge der Betriebsunternehmer zur landwirtschaftlichen Unfallversicherung in Bayern sind rechtlich nichts anderes als eine erweiterte Grundsteuer, also öffentliche Lasten des Grundstücks i. S. des ZVG., anders nur, soweit die Beiträge nicht nach der Grundsteuer erhoben werden (vgl. § 990 RVO.).

c) Kretzschmar, FischersZ. 45, 281 erörtert die Geltendmachung der Ansprüche aus baurechtlichen Verpflichtungen i. S. des § 2 des Allg. BauG. v. 1. 7. 1900 (Sachsen) bei der ZV. im Anschluß an Dresden 20. 11. 15 (ebenda, s. unten 3f). Er bekämpft die Ge-

wohnheit der Gemeinden, sich wegen der Straßenbaukosten Hypothek am Baugrundstück bestellen zu lassen.

d) Schultzenstein s. § 52.

e) RG. 16. 12. 14, ZBl.FG. 16, 96 u. 17, 58. „Belastungen des Grundstücks" geht weiter als Lasten, d. h. Leistungen, die aus dem Grundstück zu entrichten sind. Unter Belastungen sind Grunddienstbarkeiten mit zu verstehen.

f) Dresden 20. 11. 15, ZBlFG. 16, 674. Keine Berücksichtigung einer für künftige Straßenbaukosten eingetragenen Hypothek bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks. Ein Anspruch der Gemeinde i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 3 kommt erst mit der von der Gemeinde bewirkten Herstellung der Straße zur Entstehung. (Auch kein bedingter Anspruch i. S. von § 48.) Siehe 3c.

g) Stuttgart 7. 4. 16, WürttJ. 28, 54. Straßenkanalbeiträge und Hauskanalkosten dürfen nach WürttR. nicht als Lasten des Grundstücks angesehen werden, wenn sie im Baulastenbuch wieder gelöscht sind.

h) PrOVG. 5. 3. 14, R. 16, 49. Anmeldung von Anliegerbeiträgen. Der auf Grund des § 15 FluchtlG. v. 2. 7. 1875 erwachsene Anspruch der Gemeinde ist nach § 10 Ziff. 3 als solcher zum Verteilungsverfahren nicht anzumelden, er erlischt auch nicht gemäß § 52 a. a. O. Es handelt sich nicht um eine laufende öffentliche Abgabe. Dagegen müssen rückständige Straßenbaukostenforderungen aus den letzten zwei Jahren angemeldet werden.

i) RG. 31. 3. 15 GesuR. 17, 523 s. bereits JDR. 14 § 10 Ziff. 4.

4. Zu Nr. 4. Taube (unten II 1). Bei Pfandbriefhypotheken werden die laufenden und rückständigen Amortisationszuschläge (i. S. von § 13) nach § 10 Nr. 4, an sich regelwidrig, nur aus Zweckmäßigkeitsgründen wie die Zinsen behandelt, während sie doch in Wirklichkeit Abschlagszahlungen aufs Kapital sind. Damit sie der Hypothekengläubiger nicht doppelt erhält, müssen sie aus den Zinsen ausgeschieden und an der auf das Kapital zu zahlenden Summe gekürzt werden.

II. Abs. 2. 1. Taube, SächsRpflA. 16, 424. Vom Pfandgläubiger angemeldete Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung sind nach § 10 Abs. 2, § 12 Nr. 1 nur dann zu berücksichtigen, wenn der Pfandgläubiger der Inhaber des ältesten bestehenden Pfandrechts an der Hypothek und nach § 1282 BGB. einziehungsberechtigt ist und wenn die angemeldeten Kosten die Kündigung der Hypothek und die die Befriedigung aus dem Grundstücke wegen der Hypothek bezweckende Rechtsverfolgung betreffen.

2. LG. Straßburg 30. 3. 16, ElsLothNotZ. 16, 232. Die Gebühren und Auslagen für die Vertretung eines Gläubigers im Zwangsversteigerungs- und Verteilungsverfahren durch einen Notar sind aus dem Grundstücke zu befriedigen, wenn der hierfür benötigte Aufwand in keinem Mißverhältnisse zur Bedeutung der zu wahrenden Interessen des Gläubigers steht.

3. Karlsruhe 13. 10. 15, BadRpr. 16, 28. Insertionsmehrkosten auf Wunsch eines Beteiligten gehen nur soweit zu Lasten des Vollstreckungsschuldners, als sie zur Herbeiführung der Befriedigung des Gläubigers notwendig waren.

Siehe auch § 56.

§ 11.

Rücker, WürttZ. 16, 33. Verfehlt ist die nicht seltene Übung, in den Teilungsplan nicht die nach dem Rang des Rechts geordneten Zinsenforderungen seit dem letzten der Beschlagnahme vorhergehenden Fälligkeitstermin ohne Beisetzung des Zeitpunkts, bis zu dem die Zinsen laufen, einzustellen, sondern die ersten zu den laufenden Beträgen gehörigen Raten der Zinsenforderungen, also z. B. den ersten Halbjahreszins oder Jahreszins (§ 157 Abs. 1 Satz 2; § 13 Abs. 1 bestimmt nicht die Reihenfolge, sondern die Grenze für die Behandlung wiederkehrender Leistungen als laufender oder rückständiger).

§ 12.

Siehe § 10.

§ 13.

Siehe § 11.

§ 14.

1. **Werneburg**, BadNotZ. 14, 97. Fällt die Höchstbetragshypothek nicht in das geringste Gebot, so kommt, wenn die Zwangsversteigerung während des Schwebezustandes, also vor der Forderungsfeststellung (und der daran anschließenden, eventuellen Grundbuchberichtigung), stattfindet, die Bedingtheit des dinglichen Rechts — für den Hypothekar die suspensive, für den Eigentümer die resolutive — nunmehr zur praktischen Geltung. Nach § 14 gelten daher die Ansprüche aus der eingetragenen Höchstbetragshypothek als aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrages (ebenso Krech-Fischer, Komm. § 14, anders OLG. 16, 333). Der Versteigerungsrichter hat daher, da sowohl der Betrag unbestimmt, wie auch die Person der wahren Berechtigten an dem Versteigerungserlöse — dem gedeckten bzw. zur Hebung gelangten Betrage der Höchstbetragshypothek — vorläufig noch unbekannt ist, gemäß § 126 den auf diese entfallenden Betrag für die unbekannten Berechtigten zu hinterlegen, ein Resultat, das sich auch aus § 120 ergibt.

2. **Nußbaum**, 78. Höchstbetragshypotheken fallen nicht unter § 14 (herrschende Ansicht).

Zweiter Titel. Zwangsversteigerung.

I. Anordnung der Versteigerung.

§§ 15, 16.

LG. Gießen 20. 1. 16, HessRspr. 16, 325. Der Mann bedarf nach § 1375 BGB. der Zustimmung der Frau zur Stellung eines ZVAntrags zwecks Aufhebung der Gemeinschaft an Grundstücken, die im Miteigentum der Frau und dritter Personen stehen.

§ 16.

LG. Würzburg 26. 7. 15, BayNotZ. 16, 352. Der Mangel der Zustellung des Schuldtitels mit Vollstreckungsklausel an den Ehemann im gesetzlichen Güterstand kann nicht durch nachträgliche Zustellung geheilt werden. Die angeordnete Zwangsversteigerung gegen die Ehefrau ist ungesetzlich.

§§ 20, 21.

1. **Josef**, BadNotZ. 13, 143. Ist der Versicherer nur verpflichtet, die Entschädigungssumme zur Wiederherstellung des abgebrannten Gebäudes zu zahlen und ist zu der Zeit, wo die Zahlung erfolgen soll, die Zwangsversteigerung des Gebäudes angeordnet, so kann der Versicherer die Entschädigungssumme nicht an das Vollstreckungsgericht zahlen, auch nicht an den Ersteher als solchen. Vielmehr kommen in Betracht §§ 1130 BGB., 97 VVG. Der Versicherer kann die Zahlung an den leisten, der durch die Empfangnahme des Geldes den Wiederaufbau sichert; das kann auch nach Anordnung der Zwangsversteigerung sehr wohl der Eigentümer (Schuldner, Versicherungsnehmer) sein, ebenso aber auch nach durchgeführter Versteigerung im gleichen Fall der Ersteher. Hier zahlt der Versicherer auf Anweisung des Eigentümers oder des Erstehers das Geld an den Bauunternehmer.

Ist versichertes Zubehör verbrannt, so zahlt, solange nicht die Versicherungsforderung für den Hypothekengläubiger in Beschlag genommen ist, nach §§ 1129, 1124 Abs. 1 BGB. der Versicherer mit befreiender Wirkung an den Eigentümer, so daß also dem Hypothekengläubiger keine Rechte an der Versicherungsforderung zustehen.

2. **Werneburg**, BayNotZ. 16, 205. Da über die Frage, an wen der Versicherer die fällige Versicherungssumme nach der Versteigerungsbeschlagnahme des Gebäudegrundstücks zu zahlen hat (Versicherten, Vollstreckungsgericht oder Ersteher) nichts bestimmt ist, so ist für den Versicherer die Hinterlegung der Versicherungsgelder und Anzeige hiervon an den Versicherten und das Vollstreckungsgericht das Zweckmäßigste.

S. auch § 173.

§ 20.

1. **Werneburg**, HoldheimsMSchr. 16, 125 erörtert auch die Verbindung der Zwangsvollstreckung in die fällige Versicherungsforderung mit derjenigen in das Grundstück (ZV. oder ZVw.), wenn nur das Zubehör oder Inventar eines Grundstücks gegen Feuer versichert ist. Vgl. auch § 90.

2. Gr.(ohmann), SächsRpflA. 16, 420. Bei Pfandbriefhypotheken ist Folge der Eigenschaft des Guthabens des Eigentümers am Tilgungsfonds als eines Bestandteils des Grundstücks, daß das Guthaben stets mit auf den neuen Erwerber des Grundstücks, in der ZV. also auf den Ersteher übergeht. Hierbei ist zu beachten, daß dies Guthaben als Bestandteil des Grundstücks nach § 20 mit beschlagnahmt wird, also allein, ohne das Grundstück bis zum Zuschlage von Dritten nicht nochmals wirksam beschlagnahmt werden kann, daß es aber mit dem Zuschlage auf den Ersteher übergeht. Hierdurch werden die in **RG.** 64, 211 geschilderten Verhältnisse vermieden (s. auch Altmann, ZBlFG. 8, 567).

3. KG. 9. 11. 15, LeipzZ. 16, 568, MitöfffeuerversAnst. 16, 272. Der Ersteher eines Grundstücks erwirbt mit dem Zuschlag den Anspruch des Vollstreckungsschuldners auf Brandentschädigung und ist durch § 101 VVG. gegen die dem Versicherer gegenüber dem Vollstreckungsschuldner zustehenden Verwirkungseinreden geschützt (§§ 55 Abs. 1, 90 Abs. 2 ZVG., § 1127 BGB.).

4. Kiel 25. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 132. Zur Wirksamkeit eines für die Zukunft vereinbarten Besitzkonstituts bedarf es einer späteren in die äußere Erscheinung tretenden Übertragungshandlung. Erst deren Zeitpunkt ist maßgebend für die Entscheidung, ob die erworbene Sache unter die Haftung für eine Hypothek fällt und von der Beschlagnahme ergriffen wird.

§ 21 ff.

Nußbaum, 39. Der Grund für die Verschiedenheit der Versteigerungs- und der umfassenderen Verwaltungsbeschlagnahme liegt darin, daß die Einziehung der Mieten und die Gewinnung und Verwertung der land- und forstwirtschaftlichen Erzeugnisse für den Gläubiger sich praktisch nur auf dem Wege einer dauernden amtlichen Verwaltung des Grundstücks durchführen läßt.

§ 23.

Nußbaum, 50 bemerkt zu **RG.** 70, 378 und OLG. 3, 241, daß die Unkenntnis des tatsächlichen Umfanges der Beschlagnahme im einzelnen Falle geschützt bleibt.

§ 27.

Weyrauch, DNotZ. 16, 538. Ist der Erbteil eines Miterben oder der ideale Bruchteil eines Grundstücks und das Recht auf Auseinandersetzung für verschiedene Gläubiger gepfändet und überwiesen, so ist entgegen der Rechtspr. nicht nur der erste Antragsteller als betreibender Gläubiger zu behandeln und die später kommenden auf eine Teilnahme an der Erlösteilung zu verweisen, vielmehr ist der Beitritt der späteren zuzulassen.

II. Aufhebung und einstweilige Einstellung des Verfahrens.

§ 28.

Dittrich, BayRpflZ. 16, 83. Im allgemeinen wird (bei gewerblichen oder landwirtschaftlichen Zwecken dienenden Grundstücken) verlangt, daß das Vollstreckungsgericht dem Gläubiger bei Bekanntwerden der Nießbrauchsverhältnisse gemäß § 28 eine Frist bestimmt, binnen welcher er einen gegen den Nießbraucher gerichteten Titel vorzulegen hat. Bei fruchtlosem Fristablauf ist eine „beschränkte Zwangsverwaltung" (Jäckel-Güthe) zuzulassen. (S. auch § 149.)

§ 30.

1. **Stillschweig, Goldmann** s. § 44 Ziff. 1.

2. Nußbaum, 61. Nach § 30 Abs. 2 ist dem Gläubiger ein Vertagungsrecht als solches versagt. Die Gesetzesbestimmung ist zu weitgehend.
S. auch § 44.

§ 31.

Stillschweig, Goldmann s. § 44 Ziff. 1.

III. Bestimmung des Versteigerungstermins.

§ 36.

I. Rücker, WürttZ. 16, 1 s. § 95 Ziff. 1.

II. Hinausschiebung des Versteigerungstermins. a) München 22. 11. 15, JW. 16, 615, R. 16, 364. Bei den gegenwärtigen Verhältnissen wird die Stellung der dritten Hypothekengläubigerin durch eine alsbaldige Versteigerung des Anwesens weit mehr geschädigt als allenfalls die erste Hypothekengläubigerin durch ein Hinausschieben des Versteigerungstermins um etwa 6 Monate.

b) Posen 24. 4. 15, PosMSchr. 15, 82, R. 16, 88. Der Antrag des Grundstückseigentümers, den Versteigerungstermin bis nach Beendigung des Krieges hinauszuschieben, kann nicht als Antrag auf Einstellung des Verfahrens aufgefaßt werden und, falls der Eigentümer nicht Kriegsteilnehmer ist, nur auf § 36 Abs. 2 ZVG. (Vorliegen besonderer Gründe dafür, daß der Zeitraum zwischen Terminsanberaumung und Termin mehr als 6 Monate betrage) gestützt werden.

c) Nürnberg 31. 12. 15, R. 16, 86 unter Berücksichtigung von §§ 5, 7 KTSchutzG.

d) KG. 21. 12. 15, KGBl. 16, 7, R. 16, 152. Die Vertagung eines Zwangsversteigerungstermins kann auch in der Kriegszeit nur aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung des Interesses aller Beteiligten angeordnet werden. Vgl. hierzu Nußbaum, 120.

e) Frankfurt 5. 10. 15, FrankfRundsch. 49, 296, OLG. 32, 289 ebenso.

Siehe auch § 85; § 13 EGZVG.

§§ 37, 38.

LG. Gießen 28. 7. 15, HessRspr. 16, 313. Die Abhaltung einer ZV. in einem anderen, als dem in der Bekanntmachung angegebenen Gebäude ist unzulässig, wenn nicht während der ganzen Dauer des Versteigerungsgeschäftes die Erscheinenden nach dem anderen Gebäude gewiesen werden. Die Feststellung im Versteigerungsprotokoll ist erforderlich. §§ 43, 78, 80, 83 ZVG.

§ 37.

Nr. 5. 1. Nußbaum, 64. Auch die Vormerkung zur Erhaltung des einem Dritten zustehenden Rechts auf Eigentumsübertragung (§ 883 BGB.) bildet kein die ZV. hinderndes Recht, denn sie will nichts weiter, als die Befugnis sicherstellen, von jedem Eigentümer und daher auch vom Ersteher die Auflassung zu verlangen. Es ist deshalb in dieser Frage gleichgültig, ob die Vormerkung dem Recht des betreibenden Gläubigers im Range vorgeht oder nicht. Abweichende Ansichten bei Güthe, GBO. §§ 37, 38.

2. **RG.** 28. 6. 16; 88, 351, R. 16, Nr. 1645 bis 1647. Der Umfang des Anspruchs des dritten Eigentümers auf den Erlös, der durch die Versteigerung der ihm gehörig gewesenen Gegenstände erzielt worden ist, bestimmt sich nach dem Betrage des Erlöses, nicht etwa nach dem Werte, den die Gegenstände zur Zeit der Versteigerung hatten. § 92 Abs. 1 findet hier keine Anwendung.

Werden für das Grundstück und die im Dritteigentum stehenden Gegenstände gesonderte Gebote abgegeben und angenommen, so ergibt sich aus dem vom Ersteher auf die Gegenstände abgegebenen Meistgebot der fragliche Versteigerungserlös von selbst. Sind das Grundstück und die Gegenstände zusammen für ein einheitliches Gebot zugeschlagen worden, so ist zu ermitteln, welcher Teil des Gebots als auf die Gegenstände bezüglich anzusehen ist. Hat der Ersteher einen bestimmten Teil des Gebots deshalb abgegeben, weil

die Gegenstände mitversteigert wurden, so ist dieser Teil der Erlös für die Gegenstände. Ist solches nicht geschehen, so ist, wenn nicht im einzelnen Falle besondere Umstände zu einer anderen Verteilung Anlaß geben, das Gebot nach dem Verhältnisse des Wertes der Gegenstände zu dem Werte des versteigerten Ganzen, des Grundstücks zusammen mit den Gegenständen, zu verteilen. Der Teil des Gebots, der danach auf die Gegenstände entfällt, hat dann als der Erlös für diese zu gelten (RG. 8, 204).

Haben die im Dritteigentum stehenden Gegenstände infolge ihrer Verbindung einen höheren Wert als in ihrer Trennung, so ist, falls sich der auf sie entfallende Erlös nicht ohne weiteres ergibt, bei dessen Ermittlung nach dem Verhältnisse der Werte der Gegenstände und des versteigerten Ganzen jener höhere Wert in die Berechnung einzustellen. Der danach sich ergebende Erlös der Gegenstände gebührt dem Eigentümer, auch wenn er höher ist, als der Wert der getrennten Gegenstände.

3. Kiel 25. 1. 16, SchlHolstAnz. 16, 132 s. oben § 20 Ziff. 4.

§ 43.

Abs. 2. **RG.** 14. 12. 15 s. unten § 83 Ziff. 1.

IV. Geringstes Gebot. Versteigerungsbedingungen.

§ 44.

1. Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens bei Mehrheit betreibender Gläubiger, besonders die Gestaltung des geringsten Gebots. a) Stillschweig, JW. 16, 1013 u. 1181. Ein Anspruch, bezüglich dessen das Verfahren eingestellt ist, darf der Feststellung des geringsten Gebotes nicht zugrunde gelegt werden. Wegen dieses Anspruchs wird das Verfahren während der Einstellung nicht betrieben. Das Recht auf Versteigerung und das Recht des Gläubigers auf Zugrundelegung seines Anspruchs bei Feststellung des geringsten Gebotes sind organisch so eng miteinander verbunden, daß beim Ruhen des einen auch das andere zum Stillstand kommen muß. Dagegen

b) L. Goldmann, JW. 16, 1181 im Anschluß an Posen 4. 7. 14 (JDR. 14 § 44 Ziff 2) aus dem Gesichtspunkt, daß der Gläubiger, der die einstweilige Einstellung des Verfahrens bewilligt hat, diesen Rechtserfolg nicht erreicht und wegen der Fortsetzung des Verfahrens durch andere Gläubiger einer ganz neuen Situation gegenübersteht.

c) Kretzschmar, JW. 16, 1380 billigt die Ansicht Stillschweigs (oben 1a), da jeder der mehreren Versteigerungsanträge für sich allein und unabhängig von den anderen das Verfahren auslöst und trägt.

d) Nußbaum, 60. Bewilligt einer von mehreren betreibenden Gläubigern die einstw. Einstellung der ZV., so bringt er damit zum Ausdruck, daß er an einer während der Einstellung stattfindenden Versteigerung nicht als betreibender Gläubiger teilnehmen will (gegen die herrschende Ansicht).

2. Wein, ZBlFG. 16, 482 behandelt die Berechnung des Mindestgebots in folgendem Falle: Gläubiger A beschlagnahmt wegen eines nur persönlichen Anspruchs ein hypothekfreies Grundstück. Kurze Zeit darauf erwirkt Gläubiger B wegen eines ebenfalls nur persönlichen Anspruchs den Beitritt. Da mittlerweile an A eine Teilzahlung geleistet wurde, läßt dieser das Verfahren bezüglich des Restes seines Anspruchs einstweilen einstellen. Das Verfahren des Gläubigers B läuft weiter. Das Mindestgebot wird so festzusetzen sein: Es besteht nur aus bar zu zahlenden Ansprüchen und zwar aus a) den Kosten **x**, b) dem Anspruch des A.

3. Werneburg, JheringsJ. 66, 60 u. BayNotZ. 15, 446 erörtert die Gefahr des Pfandrechtsverlusts der privatschriftlich verpfändeten Hypothek durch Nichtaufnahme ins geringste Gebot.

4. Gr.(ohmann), SächsRpflA. 16, 422 erörtert an der Hand der oben § 20 Ziff. 2 wiedergegebenen Grundsätze für Pfandbriefhypotheken die Folgen im Verteilungsverfahren.

5. Wenz s. §§ 63, 64.

6. RG. 5. 5. 16, WarnE. 16, 263 s. § 839 V Ziff. 6a.
7. Dresden 20. 11. 15, ZBlFG. 16, 674 s. oben § 10 Ziff. 3f.

§ 48.

Dresden 20. 11. 15, ZBlFG. 16, 674 s. oben § 10 Ziff. 3f.

§ 50.

Gr. (oh mann), SächsRpflA. 16, 422 zieht bei Pfandbriefhypotheken aus seinen oben § 20 Ziff. 2 wiedergegebenen Grundsätzen den Schluß, daß auch den Ersteher keine Zahlungspflicht nach § 50 trifft, da ja die Hypothek bestehen bleibt.

§ 52.

1. Schultzenstein, JW. 16, 1567. Ist die Geltendmachung der Anliegerbeitragsschuld im ZVerstVerfahren unausführbar, weil nur eine rückständige geltend gemacht werden kann, so greift Satz 2 des Abs. 1 § 52 über das Erlöschen der Rechte Platz. Diese Bestimmung geht als reichsrechtliche dem § 15 PrFluchtlG. vor. Sie ist dahin zu verstehen, daß der Ersteher mit dem erstandenen Grundstücke für nichts aus der früheren Zeit haftet. Er kann also auch wegen des Anliegerbeitrags nicht mit dem Grundstück in Anspruch genommen werden. Ist nach der neuen Ansicht des PrOVG. der frühere Eigentümer als bloß „jeweiliger Eigentümer" nicht Schuldner, so hat die Gemeinde ihren Beitrag verloren — ein höchst unbefriedigendes Ergebnis.

2. RG. 16. 12. 15, BayRpflZ. 16, 156. Der Ablösungsanspruch bei der gemeinschaftlichen Grenzmauer ist nicht durch die Zwangsversteigerung untergegangen; er ist kein Recht i. S. des § 52, sondern ein persönlicher Anspruch, der erst mit dem Anbau entsteht, während vorher nur in der vertragsmäßig geregelten Benutzungsgemeinschaft eine Grundlage für seine spätere Entstehung gegeben war.

3. PrOVG. 5. 3. 14, R. 16, 49 s. oben § 10 Ziff. 3h.

4. RG. 7. 6. 16; 88, 300 s. § 91 Ziff. 4.

§ 53.

Werneburg, IheringsJ. 66, 65 u. BayNotZ. 15, 446. Betreibt der Hypothekengläubiger die ZV. lediglich als persönlicher Gläubiger des Subhastaten, so kann eine Genehmigung der Schuldübernahme des Erstehers durch den Hypothekengläubiger und damit eine Befreiung des Subhastaten von der persönlichen Schuld erst erfolgen, wenn der Ersteher als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist . . . Die Voraussetzungen des § 1164 BGB. liegen bei Befriedigung des Hypothekengläubigers aus dem baren Überschuß des Versteigerungserlöses vor, wenn jener die ZV. auf Grund eines persönlichen vollstreckbaren Schuldtitels betreibt und das Vollstreckungsgericht von der Identität der vollstreckbaren mit der durch die Hypothek gesicherten Forderung keine Kenntnis hat. Verf. schließt sich der Meinung an, die die Umwandlung der übergehenden Hypothek in eine Grundschuld zugunsten des persönlichen Schuldners bzw. des Subhastaten bei Vorliegen der §§ 53 ZVG., 1164 BGB. annimmt (Turnau-Förster, § 1164 BGB.; Güthe, GBO. § 22). Nach der herrschenden Meinung (die Hypothek bleibt Hypothek) tritt das Ergebnis ein, daß auch das Pfandrecht des Pfandgläubigers an der Hypothek dem Subhastaten wie auch dem Ersteher des Grundstücks gegenüber im ZVVerfahren weiteren Fortbestand behält (§§ 110, 126, 812 BGB.).

§ 55.

1. Siehe auch §§ 20, 21, 65, 90.

2. Abs. 2. a) Nußbaum, 68. Nachstehende Gläubiger können sich durch Anwendung des Grundsatzes schützen, daß ein betreibender Gläubiger durch die Freigabeerklärung eines anderen betreibenden Gläubigers nicht betroffen wird.

b) RG. 18. 12. 15, BayNotZ. 16, 197, JW. 16, 321 (mit Bemerkg. von Nußbaum; vgl. auch Nußbaum, 141), LeipzZ. 16, 547, R. 16, Nr. 341, SeuffA. 71, 249. Zubehör

des Grundstücks im Besitze des Schuldners (Grundstückseigentümers) — Maschinen und Gerätschaften — wird Eigentum des Erstehers, auch wenn ein Eigentumsvorbehalt bestand und der Ersteher ihn kannte (§ 90 Abs. 2).

§ 56.

1. Lux, ZDJustSekr. 16, 156 will für den Fall, daß der Bestand in der Zwangsverwaltung nicht mehr ausreicht, dadurch helfen, daß der betreibende Gläubiger zur Leistung des Fehlbetrages in Form eines Verwaltungsvorschusses herangezogen oder daß eine besondere Versteigerungsbedingung unter Zustimmung aller Beteiligten aufgestellt wird. Dagegen Wenz, ebenda. Der Verwalter hat die dem Ersteher gebührenden Gelder von den Gläubigern zurückzufordern.

2. Loewe, PrVerwBl. 37, 369 behandelt die Deckung von Grundsteuern in der Zwangsversteigerung. Die übliche Anwendung der Regel des § 103 BGB. würde ergeben, daß der Vierteljahrsbetrag der sich als regelmäßig wiederkehrende Leistung darstellenden Grundsteuer nach dem Verhältnis der Zeit zu teilen ist. Aber § 60 PrKommAbgG. ist eine Ausnahmebestimmung zu § 103 BGB. Damit ist das erwünschte Ergebnis gewonnen, daß der Gemeinde der volle auf den Monat des Zuschlags entfallende Grundsteuerbetrag zuzuteilen ist.

3. **RG.** 3. 5. 16, JW. 16, 1016, R. 16, Nr. 1410, RheinNotZ. 16, 136. Ansteigerung unter dem Wert und Veräußerung eines Grundstücks zu höherem Preise durch den Hypothekengläubiger, dem ein Schadensersatzanspruch gegen den Grundstücksverwalter zusteht. Der Ersteher eines Hauses als solcher (wohl aber in der Eigenschaft als Hypothekengläubiger) hat keinen Schadensersatzanspruch gegen den die Versteigerung betreibenden Konkursverwalter, wenn aus dessen Verschulden während der Beschlagnahme das Haus durch Wasserrohrbruch beschädigt worden ist.

§ 57.

1. **RG.** 24. 3. 16, GruchotsBeitr. 60, 853, LeipzZ. 16, 876, WarnE. 16, 155. Schadensersatzpflicht des Vermieters, wenn der Ersteher des zwangsversteigerten Hauses das Mietsverhältnis gemäß § 57 vor Ablauf der vertraglichen Mietzeit kündigt (§ 571 BGB.). Schuldlosigkeit an der Zwangsversteigerung und der damit zusammenhängenden Kündigung ist unerheblich.

2. **RG.** 29. 4. 16, R. 16, Nr. 1338. Gegenüber dem auf vorstehende Hypothek und Nießbrauch gestützten Vorrechtsanspruch auf Mietzinsen gegenüber einem nachstehenden Hypothekengläubiger ist der auf das Ersteherrecht (§ 57 ZVG.) und auf Anfechtung gestützte Anspruch eine Klagänderung (§ 527 ZPO.).

§ 58.

BayObLG. 16. 11. 14, BayObLG. 15, 665. Unter die vom Ersteher zu tragenden Kosten fallen auch die Gebühren, die der zum Versteigerungsbeamten ernannte Notar nach Art. 52 Abs. 2 BayNotGebO. zu beanspruchen hat (BayObLG. 7, 60; 15, 155).

§§ 63, 64.

Wenz, ZDJustSekr. 16, 48 erörtert an Beispielen die Deckung einer Gesamthypothek bei der Zwangsversteigerung.

§ 63.

1. Darmstadt 19. 3. 15, HessRspr. 16, 48. Die Zustimmung zur Unterlassung des Einzelausgebots muß aus dem Protokoll ersichtlich sein.

2. **RG.** 14. 3. 16 s. § 839 BGB. V 6b.

§ 65.

1. Werneburg, HoldheimsMSchr. 16, 126 erörtert die Ausschließung der Feuerversicherungsforderung von der ZV. Er verwirft die Ansicht, daß damit auch das ZVerfahren hinsichtlich des Grundstücks beendigt werde.

2. Rostock 23. 6. 15, MecklZ. 34, 197, SeuffA. 71, 40. Hinsichtlich der Wirkung des Vollstreckungsgerichts-Beschlusses, gewisses Zubehör von der Versteigerung des Grundstücks auszuscheiden, sowie des Widerspruchsrechts des ausgefallenen Realgläubigers gegen die Fortschaffung des Zubehörs wird an der herrschenden Rechtsprechung (RG. 55, 416) festgehalten.

§ 66.

RG. 5. 5. 16 s. oben § 44 Ziff. 6.

V. Versteigerung.

§§ 67 ff.

RG. 1. 4. 16, WarnE. 16, 244. Auslegung einer Ausbietungsklausel. Nach dem Wortlaut waren die Zedenten der Klägerin nur verpflichtet, die Hypothek selbst oder durch einen Dritten auszubieten und in letzterem Falle sich für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Dritten solidarisch haftbar zu erklären, sowie sich der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen. Eine Verpflichtung, innerhalb einer gewissen Frist vor dem Versteigerungstermine eine besondere Erklärung der Bereitwilligkeit zur Erfüllung ihrer Ausbietungspflicht abzugeben und ihre Leistungsfähigkeit nachzuweisen oder eine dritte zur Ausbietung bereite und leistungsfähige Person der Beklagten nachzuweisen, ist nicht vorgesehen. Zur Annahme solcher Verpflichtungen konnte der Berufungsrichter auch nicht durch Auslegung gelangen (§§ 133, 157, 242 BGB; RG. 87, 211).

VI. Entscheidung über den Zuschlag.

§ 73.

Cöln 3. 2. 16, LeipzZ. 16, 419 s. § 85.

§ 78.

Posen 15. 9. 15, PosMSchr. 16, 158. Unbeachtlichkeit unprotokollierter Vorgänge im Versteigerungstermin.

§ 80.

1. Nußbaum, 124 gegen Güthe, Komm. zu § 80, der einen eingeschränkten Nachweis der Unrichtigkeit des Protokolls zulassen will. Nur offenbare Unrichtigkeiten des Protokolls darf nach herrschender Ansicht der Zwangsversteigerungsrichter richtig stellen.
2. Posen 15. 9. 15 s. § 78.

§ 81.

PrOVG. 22. 9. 15, OVG. 69, 202. Im Falle der Abtretung des Rechtes aus dem Meistgebot im ZVVerfahren handelt es sich bei einem Irrtum über Eigenschaften des Grundstücks nicht um einen Irrtum im Beweggrunde (RG. in JW. 11, 533; anders RG. 73, 136).

§ 83.

1. Nr. 1. RG. 14. 12. 15, JW. 16, 401 (mit Anmerkg. von Landsberg), R. 16, Nr. 238 u. 239, LeipzZ. 16, 816 (§ 839 BGB.). Haftung des Staates für den Schaden aus unrichtiger Zustellung.

2. Nr. 6. Breslau 23. 11. 15, JW. 16, 521. Ein Zwangsversteigerungsverfahren gegen einen unvertretenen prozeßunfähigen Schuldner ist schlechthin unzulässig.

§ 85.

1. Cöln 3. 2. 16, LeipzZ. 16, 419, R. 16, 204. Den Gründen von RG. 27. 2. 14 (WarnE. 14, 265; ferner 25. 4. 11, JW. 11, 599), wonach bei Grundstücks-Zwangsversteigerungen — in Ermanglung eines ausdrücklichen gesetzlichen Verbots — auch außer den Fällen des § 85 und jetzt der BRVO. v. 10. 12. 14 eine Vertagung des Versteigerungs- oder Zuschlagstermines nicht geradezu unzulässig ist, wird man sich nicht verschließen können. Die Möglichkeit erheblicher Beeinträchtigung der Rechte der Beteiligten (§§ 72, 33) muß dazu

führen, die Vertagungen nur aus ganz dringenden Gründen und nur in außergewöhnlichen Fällen vorzunehmen (vgl. PrJMErl. v. 5. 8. 14).

2. Colmar 20. 12. 15, ElsLothZ. 16, 393. Schadensersatzanspruch bei Versagung des Zuschlags unter Anberaumung eines neuen Versteigerungstermins.

§ 87.

Nußbaum, 130, 133. **RG.** 25. 4. 11, JW. 11, 599 richtet sich nicht gegen die Anberaumung, sondern nur gegen die Vertagung von Verkündungsterminen.

§ 90.

1. Werneburg, SächsRpflA. 16, 453. Nach **RG.** 67, 30 erwirbt der Ersteher des Fabrikgrundstücks mit dem Zuschlag das Eigentum an dem Grundstück und seinen wesentlichen Bestandteilen, insbesondere den eingefügten Maschinen (falls sie nicht Zubehör sind), und zwar selbst dann, wenn sie nach den Versteigerungsbedingungen und dem Zuschlagsbeschluß von der Versteigerung ausdrücklich ausgeschlossen sind; hierdurch wird nur eine persönliche Verpflichtung des Erstehers begründet (**RG.** 74, 201). Günstiger steht der Maschinenlieferant, wenn die Maschine Zubehör der Fabrik ist (**RG.** 67, 38; GruchotsBeitr. 52, 877; **RG.** 70, 399 — Einstellungsbeschluß des Vollstreckungsgerichts). Die Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil hängt von der Verkehrsanschauung ab. Das Schrifttum will durch beschränkt persönliche Dienstbarkeit und Erbbaurecht helfen. Siehe auch Werneburg, BayNotZ. 16, 121. Vgl. oben § 55.

2. Werneburg, HoldheimsMSchr. 16, 125. Ist ein versichertes Gebäude nicht vollständig wiederhergestellt, so geht bei ZV. der in der Haftung verbliebene, über den Wert des wiederhergestellten Gebäudes hinausgehende Teil der Versicherungsforderung nach §§ 20, 90 auf den Ersteher des Grundstücks über, und zwar ohne Rücksicht auf eine etwaige vorherige Abtretung und ohne Erwähnung der Versicherungsforderung im Zuschlagsbeschluß (**RG.** 78, 25; OLG. 14, 110). Soweit jedoch vor Einleitung der ZV. die hypothekarische Haftung der Versicherungsforderung erloschen war (nämlich bis zur Höhe des Wertes der Wiederherstellungsarbeiten) wird der Teilbetrag derselben vom Ersteher nicht erworben.

3. **RG.** 16. 6. 15, JW. 15, 1031, LeipzZ. 16, 547. Weder der Zuschlagsbeschluß noch die Forderungsübertragung schafft hinsichtlich des Bestehens der Forderung gegen den Ersteher materielle Rechtskraft (**RG.** 46, 306).

4. **RG.** 18. 12. 15 s. oben § 55 Ziff. 2b.

§ 91.

1. Nußbaum, 152 (mit Rechtspr.). In der Regel wird bei der Hypothek die Vereinbarung des Stehenbleibens dahin zu deuten sein, daß der Ersteher auch die persönliche Schuld übernehme; fehlt dieser Wille ausnahmsweise, wird die Hypothek zur Grundschuld.

2. Werneburg, HoldheimsMSchr. 16, 176 nimmt mit der herrschenden Meinung an, daß weder die Beschlagnahme des Grundstücks noch die Erteilung des Zuschlags an den Ersteher die Wirkung hat, daß weitere Forderungen für den früheren Höchstbetragshypothekar innerhalb des von der Höchstbetragshypothek bezeichneten Betrages des Kreditverhältnisses nicht mehr entstehen können, vielmehr daß auch nach diesen Zeitpunkten diese Möglichkeit gegeben ist. Entgegen der herrschenden Meinung hat nach ihm mit Jaeckel-Güthe (§ 114 Bem. 5d a. E.) auch das Verteilungsverfahren nicht eine Beendigung des der früheren Höchstbetragshypothek zugrunde liegenden Kreditverhältnisses zur Folge. Das ZVG. enthält keine Bestimmung für die Beendigung.

3. Werneburg, BadNotZ. 14, 99. Mit der herrschenden Meinung ist anzunehmen, daß trotz des Zuschlags des Grundstücks an den Ersteher weitere Forderungen des Höchstbetragshypothekars (im Falle der Nichtaufnahme der Höchstbetragshypothek im geringsten Gebot) entstehen können, die der Deckung aus dem Versteigerungserlöse teilhaftig sind.

4. **RG.** 7. 6. 16; 88, 300, JW. 16, 1191, R. 16, Nr. 1411, ZBlFG. 17, 155. Dadurch, daß nach dem Zuschlage eine Eigentümerhypothek als solche nicht mehr entstehen kann,

wird nicht ausgeschlossen, daß infolge eines nach dem Zuschlage eintretenden Wegfalles der Forderung eines Hypothekengläubigers das diesem zustehende Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse, in das sich die Hypothek aufgelöst hat, auf den Eigentümer übergeht und dieser deshalb berechtigt ist, im Verteilungsverfahren gegen die Zuteilung des auf die Hypothek entfallenden Betrages an den Hypothekengläubiger Widerspruch zu erheben und den entsprechenden Erlösteil für sich zu beanspruchen. Der Versteigerungserlös ist keine reine Mobiliarmasse, sondern kraft der gesetzlichen Surrogation dinglich für den Zweck der Liquidation der Rechtsverhältnisse, die an dem Grundstück bestanden haben, gebunden (**RG.** 75, 313). Die abweichenden Urteile **RG.** 55, 260 u. 60, 251 bei Verzicht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse sind in der Rechtslehre vielfach angefochten worden. Soweit etwa aus der Begründung dieser Urteile entnommen werden müßte, daß die Vorschriften über Hypotheken bzw. Grundschulden auf das Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse grundsätzlich und durchweg nicht angewendet werden könnten, vermöchte der Senat diese Auffassung nicht aufrecht zu erhalten. Eine entsprechende Anwendung der dazu geeigneten Vorschriften, zu denen insbesondere § 1163 Abs. 1 Satz 2 gehört, erscheint vielmehr nicht nur zulässig, sondern durch die vom Gesetze angeordnete Surrogation geboten.

5. **RG.** 4. 3. 16, LeipzZ. 16, 680. Bei einer Vereinbarung, daß nach Leistung der Sicherheit die Klägerin die Urkunden zum Nachweise nach § 91 Abs. 2 beim Vollstreckungsgerichte nicht nur einreichen, sondern auch bei ihm belassen mußte, gehört zur Leistung auch die Unterlassung ihrer Zurücknahme bis nach erfolgter Abhaltung des Verteilungstermins, in dem die Vereinbarung des Bestehenbleibens der Hypothek gemäß § 91 Abs. 2, 3 mit § 118 nachzuweisen war, um die Übertragung der Forderung gegen die Ersteherin auf die Klägerin auszuschließen. Die Zurücknahme der Urkunde durch die Klägerin ist nicht Rückgängigmachung einer bereits gemachten, sondern die Nicht-Bewirkung, also die Zurückbehaltung der geschuldeten Leistung (§ 273 BGB.).

6. **RG.** 4. 3. 15, DNotZ. 16, 129, ZBlFG. 16, 32. Schadensausgleichung durch einen bei der ZV. erlangten Vorteil.

7. Rostock 23. 6. 15, MecklZ. 34, 197. Fehlsam ist es, wenn der erste Richter unter Bezugnahme auf **RG.** 55, 416 annimmt, daß die Rechte der ausgefallenen Realgläubiger auf die von der Versteigerung ausgeschiedenen Zubehörstücke sich in der Befugnis erschöpften, die Zwangsvollstreckung in sie zu betreiben. Diesen Satz spricht RG. keineswegs aus, sondern es sagt im Gegenteil, daß die Hypothek an den fraglichen Sachen nicht erloschen sei und daß das Eigentum des Dritterwerbers durch die Belastung mit dem Hypothekenrecht der Realgläubiger auch fernerhin beschränkt sei. Dementsprechend ist für die Rechtsstellung der ausgefallenen Realgläubiger in bezug auf die streitigen Sachen der gleiche Charakter in Anspruch zu nehmen wie für die Grundstückshypothek oder -grundschuld; der Charakter einer dinglichen Belastung der Sachen, derzufolge diese zu ihrer Befriedigung dienen sollen.

8. BayObLG. 14./24. 1. 16, R. 16, Nr. 772. Die persönliche Schuld erlischt erst mit der tatsächlichen Befriedigung, nicht schon mit der rechnungsmäßigen Deckung.

9. BayObLG. 14./24. 1. 16, R. 16, Nr. 771. Nichteinhaltung der in Abs. 2 vorgeschriebenen Form macht die Vereinbarung sachlich unwirksam (vgl. **RG.** R. 15, Nr. 1219).

10. Rostock 23. 6. 15 s. oben § 65 Ziff. 2.

§ 92.

RG. 28. 6. 16 s. § 37 Ziff. 2.

§ 94.

Werneburg, BayNotZ. 16, 205. Gegen KG. 7. 7. 14, BA. 14*, 116 und Püschel, LeipzZ. 15, 108 mit Schneider, ebenda 350 ist anzunehmen, da weder das VVG. noch das ZVG. während der Dauer der gerichtlichen Verwaltung ein Ruhen der Kündigungsbefugnis des Erstehers beim Versicherungsverhältnis kennen, daß es bei der Regel bleibt,

daß das Kündigungsrecht dem Ersteher wie in sonstigen Zwangsversteigerungen sofort vom Zuschlag an zusteht und nach Ablauf eines Monats nach der Zuschlagsverkündung — Eigentumserwerb — erlischt.

VII. Beschwerde.

§ 95.

1. Rücker, WürttZ. 16, 1. Hat der Kommissär (in Württemberg) ohne vorheriges Gehör den Zwangsversteigerungstermin bestimmt, so haben die Beteiligten die unbefristete Erinnerung an das Vollstreckungsgericht. Hat er sie vorher gehört, so können sie die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts binnen der Frist für die sofortige Beschwerde nachsuchen. In beiden Fällen ist die Sachentscheidung des Vollstreckungsgerichts unanfechtbar. Durch den Zuschlag wird die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts überholt und gegenstandslos. Ist Gefahr vorhanden, daß der Zuschlag erteilt werde, ehe über den Angriff auf die Terminsbestimmung entschieden werden kann, so kann das Vollstreckungsgericht durch eine einstweilige Anordnung nach §§ 766 Abs. 1 Satz 2, 732 Abs. 2 bzw. § 572 Abs. 3 ZPO. helfen, z. B. die Beschlußfassung über den Zuschlag vorläufig untersagen.

2. Stuttgart 17. 2. 16, WürttJ. 28, 70. Keine Beschwerde wegen der Bestimmung des Zwangsversteigerungstermins durch den Versteigerungskommissär (in Württemberg). Die Entscheidung des Amtsgerichts als Vollstreckungsgerichts ist der Beschwerde entzogen.

3. Frankfurt 5. 10. 15, LeipzZ. 16, 573, R. 16, 364. Kommt die Vertagung einer einstw. Einstellung des Verfahrens gleich, auch vor dem Beschluß über den Zuschlag, so ist Beschwerde zulässig.

§ 97.

Rostock 6. 11. 16, R. 16, Nr. 2155. Der landgerichtliche, den Zuschlag versagende Beschluß kann vom Schuldner nicht mit der weiteren Beschwerde angefochten werden.

§ 98.

Posen 23. 9. 16, PosMSchr. 16, 104. Das Erscheinen im Zwangsversteigerungstermin genügt nach § 98, um dem Erschienenen gegenüber die Beschwerdefrist mit der Verkündung des Zuschlags beginnen zu lassen, mochte er auch in dem dazu bestimmten Termine nicht erschienen sein.

§ 100.

1. Celle 15. 8. 15, LeipzZ. 16, 81. Zulässigkeit der Beschwerde bei Ablehnung des Antrages, den Zuschlag auf Grund der BRVO. v. 10. 12. 14 zu versagen.

2. Breslau 23. 11. 15 s. oben § 83 Ziff. 2.

VIII. Verteilung des Erlöses.

§§ 105 ff.

Kriener, BayRpflZ. 16, 312 behandelt beim Erwerb des Versteigerungserlöses auch den Erlös aus der Hypothek. § 1247 BGB. ist auch für den Versteigerungserlös aus Grundstücken anzuwenden. Wie bei beweglichen Sachen gilt der Grundsatz: Soweit der Erlös den Anspruch des Gläubigers nicht übersteigt, fällt er unmittelbar in das Vermögen des Gläubigers. Soweit er den Anspruch des Gläubigers übersteigt, fällt er unmittelbar in das Vermögen des Schuldners.

§ 110.

Werneburg, JheringsJ. 66, 78 (s. oben § 53) erörtert auch die Bedeutung der Nichtanmeldung des Pfandrechts im ZVVerfahren seitens des Pfandgläubigers und die Befriedigung des Hypothekars aus dem Versteigerungserlöse wegen seiner persönlichen Forderung. Er verneint einen Bereicherungsanspruch des Pfandgläubigers gegen den befriedigten Hypothekar und Verpfänder und bejaht den Fortbestand des Pfandrechts an der ursprünglichen Hypothek.

§ 115.

1. **RG.** 4. 12. 15, LeipzZ. 16, 743, R. 16, Nr. 291. In dem Rechtsstreit auf erhobene Widerspruchsklage nach § 878 ZPO., § 115 ZVG. ist für die Frage, ob der Widerspruch gerechtfertigt ist oder nicht, die Sachlage maßgebend, wie sie zur Zeit des Verteilungstermins bestand; durch Ereignisse, die nach dem Termine eintreten, kann das aus dem Teilungsplane bedingt erworbene Recht der Beteiligten nicht mehr vereitelt werden (**RG.** 62, 171; 65, 66; 75, 315). S. folg. Ziff.

2. **RG.** 4. 12. 15, R. 16, Nr. 342. Der Widersprechende, dem an sich ein Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös zusteht, kann sich zur Rechtfertigung seines Widerspruchs auch auf schuldrechtliche Beziehungen berufen, die den Widerspruchsgegner verpflichten, gegenüber dem Widerspruchskläger zurückzutreten (**RG.** 71, 426). Ebenso folg. Ziff.

3. **RG.** 8. 12. 15, R. 16, Nr. 340. Ein Widerspruch kann nicht mit der Behauptung begründet werden, daß der zugewiesene Betrag nicht dem Widerspruchsbeklagten, sondern einem Dritten zustehe (**RG.** 71, 426; 78, 63).

4. **RG.** 8. 12. 15, R. 16, Nr. 227. Hat ein Mitbürge Hypothekenzinsen gezahlt, so kann er aus dem auf die Hypothek entfallenden Steigerlös volle Befriedigung verlangen, und zwar auch dann, wenn der Ersteher ein Mitbürge war. Dieser kann im Verteilungsverfahren auch nicht mit Schadensersatzansprüchen aufrechnen, die ihm daraus entstanden sind, daß er mit Rücksicht auf seine Bürgenhaftung das Grundstück angesteigert hat (§ 774 BGB.).

5. **RG.** 3. 7. 15, R. 16, Nr. 579. Hat ein vorstehender Gläubiger sich gegenüber einem nachstehenden Gläubiger obligatorisch verpflichtet, seine Forderung im Versteigerungsverfahren nicht zuungunsten des letzteren geltend zu machen, wird dann aber die Forderung des vorstehenden Gläubigers von einem Dritten gepfändet und diesem zur Einziehung überwiesen, so kann der nachstehende Gläubiger dem Pfändungsgläubiger gegenüber sich im Verteilungsstreit nicht auf jene Abrede berufen.

6. **RG.** 3. 7. 15, R. 16, Nr. 580. Die Widerspruchsklage gegen einen Teilungsplan kann nicht auf eine erst nach dem Verteilungstermin geltend gemachte Gläubigeranfechtung gegründet werden.

7. **RG.** 25. 9. 15, GruchotsBeitr. 60, 345, R. 16, Nr. 581, ZBlFG. 17, 25. Durch die Begründung, die der Gläubiger seinem Widerspruche im Verteilungstermin gegeben hat, ist er in der Begründung seiner den Widerspruch verfolgenden Klage nicht beschränkt (Einwendungen gegen den Kapitalansatz statt solcher gegen die Zinsbeträge).

8. Posen 22. 9. 16, PosMSchr. 16, 159. Nur dinglich Berechtigte können auf die Anfechtung ihren Widerspruch bei der Verteilung des Kaufgeldes stützen (**RG.** 52, 337). Nur unter besonderen Umständen genügen obligatorische Beziehungen zwischen dem Widersprechenden und dem Gegner, jedoch muß ersterer ein Recht auf Befriedigung gerade aus dem Versteigerungserlös haben (**RG.** 71, 426).

§ 117.

München 28. 9. 15 s. unten § 180 Ziff. 2.

§ 118.

1. Nußbaum, 185 gegen **RG.** 76, 373; 86, 222. Die Pflicht zur Barzahlung fällt insoweit fort, wie dem Ersteher eine aufrechnungsfähige Gegenforderung gegenüber dem Empfangsberechtigten zusteht und die Aufrechnung erklärt wird.

2. **Kriener**, BayRpflZ. 16, 312 s. §§ 105ff.

3. RG. 4. 3. 16 s. § 91 Ziff. 5.

§ 120.

S. § 14.

§ 126.

1. Werneburg, IheringsJ. 66, 90 (s. oben §§ 53, 110). Bei Kenntnis von der Identität der vollstreckbaren persönlichen mit der hypothekarisch gesicherten Forderung hat das Vollstreckungsgericht den bei der ZV. des Pfandgrundstücks erzielten Barerlös für den unbekannten Berechtigten nach Maßgabe des Teilungsplans für den Pfandgläubiger zu hinterlegen.

2. S. auch Werneburg, § 14 Ziff. 1.

3. KG. 14. 10. 15, R. 16, Nr. 1983, RJA. 15, 83, ZBlFG. 17, 274. Ist bei der ZV. wegen Nichtberichtigung des Bargebots zugunsten unbekannter Berechtigter eine Sicherungshypothek eingetragen, so ist ausschließlich das Vollstreckungsgericht befugt, die nachträgliche Eintragung des Berechtigten zu beantragen (§§ 128, 135, 138).

§ 127.

Rücker, WürttZ. 16, 109. Im Fall des § 127 kann der Kommissär (in Württemberg) nicht zwangsweise vorgehen (Beschaffung des Hypothekenbriefs); er kann sich zu diesem Zweck auch nicht an das Vollstreckungsgericht wenden.

§§ 132, 133.

Becker, JW. 16, 1149 behandelt die Zwangsvollstreckung gegen die Ehefrau als Ansteigerin aus §§ 132, 133. Drei Fälle sind zu unterscheiden: 1. Höchstgebot der Frau und Zuschlag liegen vor Eintritt des betreffenden Güterstandes. Materiellrechtlich haftet das eingebrachte Gut für die sämtlichen Ansprüche gegen die Ehefrau aus dem Zuschlag; prozessual liegen sowohl die Voraussetzungen der §§ 727, 325 ZPO. für die Umschreibung des Zuschlagsbeschlusses gegen den Mann in Ansehung des eingebrachtes Gut gewordenen Grundstücks als auch die Voraussetzungen des § 742 ZPO. für die Umschreibung des Titels gegen den Ehemann in Ansehung des gesamten eingebrachten Gutes vor. 2. Das Höchstgebot der Frau liegt vor, der Zuschlag dagegen nach dem Eintritt des betreffenden Güterstandes. Materiellrechtlich muß der Ehemann sich den Zugriff der Gläubiger der Frau auf das eingebrachte Gut gefallen lassen. Prozeßrechtlich für die Umschreibung des Titels gegen den Mann ist der Fall wie zu 1 zu beurteilen. 3. Das Gebot der Frau und der Zuschlag liegen nach dem Eintritt des betreffenden Güterstandes. Will der Gläubiger lediglich die Wiederversteigerung des Grundstücks gegen die Frau betreiben, so kann er die Umschreibung des Titels gegen den Mann in Ansehung des Grundstücks nach §§ 727, 325 ZPO. erwirken (§ 1399 BGB.). Eines Prozesses nach § 739 bedarf es nicht. Eine weitere Umschreibung des Titels gegen den Mann in Ansehung des eingebrachten Gutes allgemein nach § 742 ZPO. ist in diesem Fall nicht möglich, gleichviel ob er dem Gebot seiner Frau zugestimmt hat oder nicht. Dieser Duldungstitel ist im Wege der Klage nach § 739 ZPO. zu beschaffen.

§ 133.

AG. u. LG. Posen 2./31. 8. 16, JW. 16, 1296 (mit Anm. v. Stillschweig). Aussetzung der Wiederversteigerung des Grundstücks wegen Kriegsteilnehmerschaft des Erstehers.

§ 144.

BayObLG. 27. 10. 15, BayNotZ. 16, 33. Bewertung der Erklärung des Meistbietenden, für einen Dritten geboten zu haben, nach BayStempG.

Dritter Titel. Zwangsverwaltung.

§ 146.

1. Nußbaum, RuW. 16, 122 empfiehlt für eine Reform der großstädtischen Zwangsverwaltung die Verstärkung des Einflusses des betreibenden Gläubigers und des Schuldners auf die Verwaltung, Vermehrung der Zahl der Verwalter und Berücksichtigung des Grundstücksgewerbes bei ihrer Auswahl.

2. Dittrich, BayRpflZ. 16, 83. Die Anordnung der Zwangsverwaltung zugunsten eines dem Nießbrauche nachstehenden Hypothekengläubigers ohne Zustimmung des Nießbrauchers ist ein Unding und gesetzlich unzulässig, weil an Masseeinnahmen und an eine Befriedigung des Beschlagnahmeanspruchs nicht zu denken sei. (S. auch § 28.)

3. Werneburg, DNotV. 16, 313 hält mit der herrschenden Ansicht die Anordnung von Sequestration und ZV. durch einstw. Verfg. zum Schutz des gefährdeten Hypothekenrechts für zulässig. Bei der Sequestration kann das Prozeßgericht die Befugnisse des Sequesters bestimmen; tut es dies nicht, so sind die Vorschriften der §§ 146 ff. „entsprechend" anzuwenden, d. h. soweit sie dem Sicherungszweck (§§ 149, 150, 152 Abs. 1 Halbsatz 1 u. Abs. 2, 153, 154, 155 Abs. 1), nicht dem Befriedigungszweck dienen. Bei der eigentlichen ZV. finden die Vorschriften des ZVG. mit Sicherungscharakter unmittelbare Anwendung (z. B. §§ 19, 148, 149 bis 154, 156, 157). Wird später eine ZVerw. mit Befriedigungszweck beantragt, so ist der „Beitritt" zuzulassen, dessen Wirkungen im einzelnen erörtert werden.

4. Hampe, BraunschwZ. 16, 70. Bei der Zwangsverwaltung eines braunschw. Bauernhofes treten ähnliche Wirkungen ein wie beim Konkurse des Hofeigentümers. Ist der Mann Hofeigentümer, so ruht während der Verwaltung das Mitbesitz- und Mitgenußrecht der aufgeheirateten Frau vollständig. Ist er Aufkömmling, so kann ihm Besitz und Nutzung durch die Zwangsverwaltung nur entzogen werden, wenn auch gegen ihn ein Titel auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Hof erwirkt ist. Vgl. auch OLG. 11, 134; **RG.** 56, 389.

5. Bachelin, BadNotZ. 14, 75 gibt ein Formular zu einem Bericht des Zwangsverwalters gemäß BadZwVO. v. 6. 8. 09, das aber im ganzen Reich verwendet werden soll.

6. Posen 12. 6. 15, PosMSchr. 16, 160. Durch das Besitzverhältnis auf Grund des Zurückbehaltungsrechtes (wegen Verwendungen) wird die Anordnung einer Zwangsverwaltung nicht überhaupt unmöglich gemacht, sondern die Zwangsverwaltung wird durch das bestehende Besitzverhältnis nur eingeschränkt, und es ist im einzelnen Falle aus der Sach- und Rechtslage zu entnehmen, wieweit die Befugnisse des Zwangsverwalters reichen.

§ 148.

1. Dittrich, BayRpflZ. 16, 83. Eine Verfügung über die Mietzinsen, die der Nießbraucher erst nach der für einen vorgehenden Hypothekengläubiger angeordneten Verwaltungsbeschlagnahme trifft, ist dem Beschlagnahmegläubiger gegenüber unwirksam. Dies gilt auch dann, wenn die Verwaltung nur auf Grund eines gegen den Grundstückseigentümer lautenden Vollstreckungstitels angeordnet wurde (entgegen **RG.** 84, 200).

2. Werneburg, DNotZ. 16, 313 s. § 146 Ziff. 3.

3. **RG.** 7. 7. 15, BayRpflZ. 16, 45 s. unten § 173.

4. **RG.** 29. 4. 16, LeipzZ. 16, 945. Die Beschlagnahme im Zwangsverwaltungsverfahren begründet als solche kein Vorrecht unter den Beteiligten.

§ 149.

Dittrich, BayRpflZ. 16, 83. Will der Zwangsverwalter den Nießbraucher des unmittelbaren Besitzes der von diesem selbst innegehabten Räume entsetzen, um sie zu nutzen, so müßte der Beschlagnahmegläubiger zunächst eine Klausel gegen den Nießbraucher und auf Grund dieser Klausel eine Beschlagnahmeanordnung auch gegen den Nießbraucher erwirken; er wird aber hieran in der Regel kein Interesse haben, da ja gemäß § 149 dem zur Zeit der Beschlagnahme auf dem Grundstück wohnenden Schuldner (und das wäre bei einer Vollstreckung gegen den Nießbraucher eben der Nießbraucher) die für seinen Hausstand unentbehrlichen Räume zu belassen sind. Wohnen sowohl der Eigentümer als auch der Nießbraucher auf dem Grundstück, so wird die Frage, welcher von beiden wohnen bleiben darf, nur von Fall zu Fall zu entscheiden sein. (S. auch § 28.)

§ 152.

1. Maenner, LeipzZ. 16, 504 vertritt die Auffassung, daß der Zwangsverwalter gesetzlicher Vertreter des Schuldners sei, weil die Willenserklärungen des Verwalters innerhalb seiner Befugnisse (hinsichtlich des beschlagnahmten Vermögens) unmittelbar für und gegen den Schuldner wirken; § 152 Abs. 2 sei eine Sonderbestimmung für Miet- und Pachtverträge, veranlaßt durch §§ 571, 581 BGB. Dagegen Nußbaum, 219.

2. Schmid, WürttZ. 16, 17. Der Zwangsverwalter ist bei persönlichen Wirtschaften nie Stellvertreter des Schuldners i. S. von § 45 GewO., es sei denn, der letztere bestelle ihn zum Stellvertreter. Geht man davon aus, daß bei dinglichen Wirtschaften die Wirtschaftsgerechtigkeit als Zubehör zum Grundstück gehört und deshalb vom Zwangsverwalter auch, wie das Grundstück selbst, zu nutzen ist, daß ferner der Zwangsverwalter gesetzlicher Vertreter des Grundstückseigentümers bzw. Schuldners ist, so steht der Weiterführung einer solchen Wirtschaft durch den Zwangsverwalter als Stellvertreter i. S. der §§ 45, 33 GewO. kein Hindernis im Wege.

3. Hähn, LeipzZ. 16, 353 hält entgegen den Kommentaren zu § 152 die fortdauernde Legitimation des Eigentümers zur Prozeßführung mit dem Zweck der Zwangsverwaltung für unverträglich, weil dieser darin besteht, die Masse dem Einfluß des Grundstückseigentümers zu entziehen und ihr Schicksal nur noch durch den Verwalter bestimmen zu lassen. Der Zwangsverwalter muß berechtigt sein, sich die zur Zeit der Anordnung der ZwVerwaltung vorhandene Prozeßlage anzueignen, ebenso muß der Gegner dagegen geschützt sein, daß ihm die Vorteile dieser Prozeßlage entzogen werden. Auf die Übernahme des Prozesses durch den ZwVerwalter seien die konkursrechtlichen Übernahmebestimmungen anzuwenden.

4. Josef, BadNotZ. 14, 25. Erwirbt jemand ein Grundstück, das unter Zwangsverwaltung steht, so kann er während ihrer Dauer das Kündigungsrecht aus § 70 Abs. 2 VVG. nicht ausüben. Denn die Entschließung über Fortsetzung oder Aufhebung der Versicherung steht als eine die Erhaltung des Grundstücks betreffende Maßregel allein dem Verwalter zu, die dem Schuldner (Erwerber) ausdrücklich entzogen ist (§§ 152, 148 Abs. 2 ZVG.). Auch im Fall einer nach § 94 ZVG. angeordneten Verwaltung ist daher diese Entschließung dem Erwerber (Ersteher) bis zur Aufhebung der Verwaltung entzogen; sie steht aber während dieser Zeit auch nicht dem Verwalter zu. Denn nach § 94 Abs. 2 finden auf die Rechtsstellung dieses Verwalters die Vorschriften über die Zwangsverwaltung nur entsprechende Anwendung, also nur mit den Abweichungen, die sich aus der Aufgabe des Verwalters ergeben.

5. **RG.** 7. 7. 15, BayRpflZ. 16, 45, ZBlFG. 16, 583. Gegen wen ist die Feststellungsklage zu richten, daß ein Gegenstand (Apothekeneinrichtung) nicht zu der der Zwangsverwaltung unterliegenden, zur abgesonderten Befriedigung der Absonderungsberechtigten dienenden Immobiliarmasse, sondern zu der Konkursmasse gehöre? Im Falle der Zwangsversteigerung wird die Klage des Konkursverwalters allerdings gegen den die Zwangsversteigerung betreibenden absonderungsberechtigten Gläubiger zu richten sein, da er die Gegenstände für die abgesonderte Befriedigung beansprucht. Es mag auch sein, daß im Falle der Zwangsverwaltung die Feststellungsklage ebenfalls gegen den betreibenden Gläubiger zu erheben ist, wenn der Absonderungsberechtigte gegenüber dem Konkursverwalter geltend gemacht hat, die Gegenstände würden von der zu seinen Gunsten wirkenden Beschlagnahme mitumfaßt und es würde sein Recht auf abgesonderte Befriedigung beeinträchtigt werden, falls die Gegenstände zu der Konkursmasse gezogen würden. Im übrigen aber ist im Falle der Zwangsverwaltung der Zwangsverwalter der rechte Beklagte wenigstens dann, wenn er dem Konkursverwalter gegenüber den Standpunkt vertreten hat, daß die Gegenstände zur Zwangsverwaltungsmasse gehörten. Der Zwangsverwalter ist nicht Vollstreckungsorgan, wie etwa der Gerichtsvollzieher. Er wird zwar vom Vollstreckungsgericht zur Durchführung der Zwangsverwaltung bestellt, und es hat ihn nach § 153 mit der erforderlichen allgemeinen Anweisung für die Verwaltung zu versehen. Er übt aber

die ihm zugewiesene Tätigkeit selbständig aus. Dem Vollstreckungsgericht steht nur die Aufsicht über die Geschäftsführung zu, namentlich nach der Richtung, daß er nicht pflichtwidrige Maßnahmen trifft, und die Gläubiger können nur in dieser Hinsicht beim Vollstreckungsgericht vorstellig werden, haben jedoch sonst keinen Einfluß auf die Zwangsverwaltung. Nach § 152 Abs. 1 hat der Zwangsverwalter aber nicht nur das Recht und die Pflicht, alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten und ordnungsmäßig zu benutzen, sondern er hat auch Ansprüche geltend zu machen, auf welche sich die Beschlagnahme erstreckt. Daraus ist zu folgern, daß er auch selbständig darüber zu entscheiden hat, ob er Gegenstände als von der Beschlagnahme ergriffen zur Zwangsverwaltungsmasse ziehen will oder nicht, und daß deshalb im Streitfalle mit ihm die Frage auszumachen ist, ob ein gewisser Gegenstand zur Zwangsverwaltungsmasse gehört oder ob dies nicht der Fall ist (nicht Verfahren nach § 766 ZPO.). Hier ist daher der beklagte Zwangsverwalter der rechte Beklagte.

6. **RG.** 1. 11. 16, R. 16, Nr. 2156. Ein vom Zwangsverwalter auf eine längere Zeit als die Dauer der Zwangsverwaltung geschlossener Pachtvertrag ist gültig.

7. LG. Leipzig 28. 4. 16, JW. 16, 1144. Es ist Pflicht des Verwalters aus § 152, die Bodenerzeugnisse gegen Hagelschaden zu versichern.

8. Karlsruhe 16. 2. 16, ZDJustSekr. 16, 143. Ist der Zwangsverwalter auf Herausgabe von Zubehörstücken verklagt, die zwar vor der Beschlagnahme des Grundstücks veräußert, aber noch nicht vom Grundstück fortgeschafft waren, so kann ihm der Hypothekengläubiger als Nebenintervenient beitreten, und zwar auch derjenige, der die Zwangsverwaltung betreibt, da der Verwalter nicht sein Vertreter ist.

9. LG. Karlsruhe 8. 4. 14, BuschsZ. 46, 215. Es mag richtig sein, daß der Zwangsverwalter (wie der Konkursverwalter) eine Schank- oder Gastwirtschaft, auch wenn die Beschlagnahme sich nicht auf das Geschäft erstreckt, auf dem dazu eingerichteten Grundstück fortzuführen oder zu beginnen berechtigt ist, sofern nur die Voraussetzungen des öffentlichen Rechts erfüllt sind. Der Schuldner kann aber der abgeleiteten Befugnis des Zwangsverwalters durch Aufgabe des Gewerbebetriebs, Verzicht auf die Konzession usw. ein Ende machen.

§ 153.

Hamburg 24. 1. 16, HansGZ. 16, Beibl. 124. Kein Anwaltszwang bei Beschwerde gegen Festsetzung eines Verwalterhonorars (§§ 793, 569 Abs. 2 Satz 2 ZPO.).

§ 154.

Dresden 17. 11. 14, ZBlFG. 16, 678. Persönliche Haftung des Zwangsverwalters aus den von ihm eingegangenen Geschäften. Wer mit ihm Geschäfte abschließt, kann davon ausgehen, daß dieser ihn, wenn nicht aus den Nutzungen des Grundstücks, so doch aus dem Vorschusse, den er besitzt, befriedigen werde.

§ 155.

1. Dittrich, BayRpflZ. 16, 83 behandelt die Gestaltung des Teilungsplans bei bestehendem Nießbrauch hinsichtlich der laufenden wiederkehrenden Leistungen und des Beschlagnahmeanspruchs. Ist an 1. Stelle eine verzinsliche Hypothek des A, an 2. Stelle ein Nießbrauch des B, an 3. Stelle eine verzinsliche Hypothek des C eingetragen und betreibt A die Zwangsverwaltung wegen rückständiger Hypothekenzinsen, so soll nach Befriedigung der laufenden Zinsen des A der Beschlagnahmeanspruch des A gedeckt werden.

2. LG. Leipzig 28. 4. 16, JW. 16, 1144. Als Verwaltungskosten i. S. des § 155 können nur die Kosten gelten, die aus Verwaltungsmaßnahmen des Verwalters erwachsen sind, also ihre Entstehung in Rechtshandlungen des Verwalters haben. Die eingeklagte Versicherungsprämie hat aber ihre Entstehung in dem vom Grundstückseigentümer vor der Zwangsverwaltung abgeschlossenen (Hagel)versicherungsvertrage

§ 160.

Nußbaum, 241 bekämpft § 160 vom Standpunkt der Gesetzgebungspolitik.

§ 173.

RG. 7. 7. 15, BayRpflZ. 16, 45, ZBlFG. 16, 583. Zwischen der vom Konkursverwalter und der von einem Absonderungsberechtigten beantragten Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung besteht ferner der Unterschied, daß im ersteren Falle gemäß § 173 der Beschluß, durch den das Verfahren angeordnet wird, nicht als Beschlagnahme gilt und daher der Konkursverwalter bis zur Versteigerung auch über Zubehörstücke verfügen kann, soweit nicht die Rechte der Hypothekengläubiger der Verfügung ein Maß setzen (vgl. §§ 1134, 1135 BGB.). In dem zweiten Falle dagegen gilt nach §§ 20, 23, 146, 148 der Beschluß, durch den die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung angeordnet wird, zugunsten des betreibenden Gläubigers als Beschlagnahme des Grundstücks und der Gegenstände, auf die sich bei einem Grundstück die Hypothek erstreckt, also nach § 1120 BGB. auch des Zubehörs. Wenn im letzteren Falle nur die Zwangsversteigerung angeordnet ist, bleibt dem Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners noch die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks gemäß § 24 innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft. Wenn aber die Zwangsverwaltung angeordnet ist, wird ihm gemäß § 148 Abs. 2 die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen. Vgl. § 152 Ziff. 5.

Dritter Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in besonderen Fällen.

§ 180.

1. Weyrauch, DNotZ. 16, 532 bekämpft die Ansicht (Jäckel-Güthe), daß beim Zusammentreffen der gewöhnlichen ZV. mit der TeilungsZV. beide Verfahren selbständig nebeneinander durchzuführen seien, meint vielmehr, daß beide Arten des Verfahrens zwanglos miteinander verbunden werden können.

2. München 28. 9. 15, BayRpflZ. 16, 187. Nachdem das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht in Anwendung der §§ 180, 117 Abs. 2 den Versteigerungsübererlös für die Beteiligten hinterlegt hatte, war es als solches zur Bescheidung von Anträgen bezüglich des hinterlegten Betrages nicht mehr zuständig (Fischer-Schäfer, § 180 ZVG. Anm. 6; Jäckel-Güthe, Anm. 9).

3. LG. Darmstadt 24. 5. 16, HessRspr. 17, 203. Die Einleitung eines Zwangsversteigerungsverfahrens zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft kann nicht deshalb abgelehnt werden, weil der Antrag von sämtlichen Eigentümern gestellt wird.

EGZVG.

§ 13.

Stuttgart 17. 2. 16, R. 16, Nr. 773. Gegen die Bestimmung des Zwangsversteigerungstermins durch den Versteigerungskommissar kann die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts angerufen werden; dagegen gibt es gegen die dann ergehende Entscheidung des **Vollstreckungsgerichts** keine Beschwerde (§ 95). Ebenso München 20. 4. 15, LeipzZ. 15, 1465.

Druck: Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Berlin-Schöneberg.

